

ESTRATTO DAL VERBALE DELL'ADUNANZA DEL 14 MAGGIO 2015
(omissis)

7) - DDL sulla concorrenza.

Osservazioni elaborate unitamente al Consigliere Bruni

In primo luogo si ritiene di esaminare in linea generale le principali contraddittorietà della previsione che introduce nell'ordinamento forense per l'esercizio dell'attività legale le società con socio di solo capitale senza alcuna limitazione perché è quella che produrrà, ove trasformata in legge, i maggiori danni per i clienti e per l'Avvocatura. Successivamente saranno approfonditi in modo più analitico i vari profili introdotti dal disegno di legge.

Si osserva che la normativa in esame risulta totalmente priva di ogni considerazione circa la specificità della professione forense per il rapporto con il cliente e gli obblighi deontologici stringenti derivanti dall'esercizio della professione così come è attualmente regolamentata; inoltre, e questo in maniera molto grave, è priva di qualsiasi armonizzazione con la normativa civilistica sulle società, con la normativa fiscale e tributaria e con la normativa professionale forense. Non sono state previste eccezioni alle norme comuni per rendere la società di capitali compatibile con la libera professione. Queste eccezioni incontrerebbero comunque difficoltà e contraddittorietà forse non sempre del tutto superabili.

Da considerare, inoltre, l'apertura alla consulenza di natura giuridica in tutte le materie anche ad altri professionisti.

C'è dunque un conflitto non risolto tra norme vigenti per la professione di avvocato e le nuove società di capitali previste dal disegno di legge.

1) Si considerino, ad esempio, le norme sul controllo giudiziario dell'attività degli amministratori delle s.p.a. Questo controllo contrasta con la competenza degli Ordini a procedere disciplinatamente per violazione di norme di legge e deontologiche.

Il controllo inoltre contrasta con il segreto professionale e con l'indipendenza del professionista.

2) I problemi più complessi sono quelli relativi ai bilanci e al regime fiscale. Il bilancio dovrebbe essere redatto secondo le regole del codice civile, per le quali si applica il regime di competenza e non del regime di cassa in vigore per i professionisti. Appare improbo, se non impossibile, prevedere la possibilità di un bilancio della società per azioni da redigere secondo le regole di competenza.

3) I bilanci, con la relazione degli amministratori e dei sindaci, sarebbero pubblici, in conflitto con l'esigenza di segretezza dell'attività.

4) Una società di capitali può avere per fine soltanto il profitto, mentre la professione di avvocato ha finalità più nobili e socialmente rilevanti in armonia con la sua funzione sociale di tutela dei

diritti dei cittadini e l'applicazione concreta dell'art. 24 della Costituzione (in armonia con i diritti fondamentali).

5) L'esistenza del capitale comporta molti problemi particolari, soprattutto per la possibile partecipazione di soci "tecnici" o "finanziatori". Al proposito sorgono molti dubbi e/o domande: il voto in assemblea sarebbe proporzionale ai conferimenti (o comunque alla quota di capitale posseduta) con eguaglianza tra soci avvocati e soci non avvocati? gli utili sarebbero sempre proporzionali ai conferimenti (o al valore delle quote), senza tener conto del valore delle prestazioni professionali (e con quale armonizzazione sulle retribuzioni previste per il lavoro autonomo)? l'ingresso di soci giovani come sarebbe regolamentato, stante la difficoltà di conferimenti iniziali? d) può essere ceduta la partecipazione sociale con compenso al cedente e può o deve essere retribuito l'avviamento? e) la partecipazione societaria è liberamente cedibile e quali sarebbero le limitazioni per l'ovvio diritto di esprimere un gradimento da parte degli altri soci anche non avvocati?

Nulla comunque è precisato per gli avvocati nella troppo laconica previsione di legge.

Il pericolo è che da imprese commerciali (soprattutto assicurazioni e banche) potrebbero essere costituite numerose società miste per la trattazione delle pratiche che interessano ad esse. Al riguardo non è posto alcun limite al rapporto numerico tra soci avvocati e non avvocati e neppure alla misura della partecipazione del capitale, con possibile prevalenza per numero o per conferimenti, o per valore delle quote, di non avvocati, che potrebbero di fatto trasformare le società tra avvocati (così come previste dalla L. 247/12) in società esclusivamente commerciali.

Non è previsto che gli avvocati soci compiano solo prestazioni professionali, come è per gli avvocati degli enti pubblici. Vi è dunque il pericolo che agli avvocati soci sia affidata la esecuzione di prestazioni di ogni genere con impossibilità di controlli deontologici e sulle incompatibilità.

Entrando nel merito delle singole disposizioni del DDL Concorrenza, si evidenziano le seguenti criticità:

i) Capo n. 1, con riguardo ai profili di evidente incostituzionalità dell'art. 6 nella parte in cui prevede un vincolo di inammissibilità ad una prova costituenda come la testimonianza qualora non avvenisse l'identificazione dei testimoni nel breve termine di contestazione del sinistro con soli danni materiali;

ii) Capo III: l'art. 18, in tema di notificazione a mezzo posta degli atti giudiziari, sostanzialmente liberalizza l'adempimento giuridico senza però disciplinarne, neanche con norme di mero rinvio, le relative modalità di esecuzione, svolgimento e tenuta documentale e di registro;

iii) sempre al Capo III, l'art. 25 - potenziamento della trasparenza nella vendita di polizze assicurative accessorie a contratti di finanziamento e mutui - nella parte in cui, sostanzialmente, eliminando il riferimento alle "polizze vita" a copertura del relativo

rischio, estende la possibilità per gli istituti mutuatari di allocare qualunque tipo di «...contratto di assicurazione...» senza distinzione di tipologia e finalità connessa allo scopo di copertura del finanziamento collegato.

Ancora più gravi sono quelle disposizioni del Disegno di legge che hanno l'evidente scopo di disintegrare la soggettività, specificità e libertà della professione forense. Infatti, l'art. 26 del DDL, introducendo l'art. 4-bis nella L. 247/2012,

- i) permette l'esercizio della professione forense in forma di società di persone, di capitali e cooperative;
- ii) abroga il comma 4, art. 4 della Legge Professionale, che prevede l'obbligo di unicità di associazione per l'avvocato che intenda esercitare l'attività nella forma del sodalizio associativo;
- iii) abroga l'art. 5 stessa Legge, ad oggi mai entrato in vigore per difetto di opportuna regolamentazione, disciplinante le 'società tra avvocati'.

Primariamente appare inverosimile, e comunque privo del ben che minimo sostegno costituzionale, prevedere che «... l'esercizio della professione forense in forma societaria è consentito a società di persone, società di capitali o società cooperative ...», così permettendo lo svolgimento di tale altissima funzione sociale a qualunque persona giuridica, da chiunque costituita e/o partecipata.

In buona sostanza, una tale disposizione mina alla radice il principio di professionalità, indipendenza e libertà dell'attività forense, costituzionalmente garantito e disciplinato come pubblica funzione per chiaro disposto legislativo (L. 247/2012) ed unanime interpretazione dell'art. 24 Cost.

Ma ancor più evidente appare l'incongruenza e l'estraneità all'ordinamento dell'art. 4-bis che il DDL intende introdurre nella Legge Professionale, se letto congiuntamente agli artt. 1, 2 e 3 della stessa Legge.

Infatti, già l'art. 1, comma secondo, della Legge Professionale recante i principi posti alla base dell'Ordinamento Forense dispone che l'ordinamento stesso «... stante la specificità della funzione difensiva e in considerazione della primaria rilevanza giuridica e sociale dei diritti alla cui tutela essa è preposta: a) regola l'organizzazione e l'esercizio della professione di avvocato e, nell'interesse pubblico, assicura la idoneità professionale degli iscritti onde garantire la tutela degli interessi individuali e collettivi sui quali essa incide; b) garantisce l'indipendenza e l'autonomia degli avvocati, indispensabili condizioni dell'effettività della difesa e della tutela dei diritti; c) tutela l'affidamento della collettività e della clientela, prescrivendo l'obbligo della correttezza dei comportamenti e la cura della qualità ed efficacia della prestazione professionale».

La scollatura che appare evidente dalla congiunta lettura delle predette disposizioni è che solo sull'avvocato ricadrebbero i vincoli di autonomia, professionalità, indipendenza personale e di giudizio e cura della qualità ed efficacia della prestazione professiona-



le; mentre sulle società che eserciterebbero la professione forense vi sarebbe solo un eventuale obbligo di rispetto del codice deontologico, con un evidente profilo di incostituzionalità, per violazione degli artt. 3 e 24 Cost.

Con altre e più chiare parole, la funzione pubblica svolta dall'avvocato, sostanziata dalla primaria rilevanza giuridica e sociale dei diritti alla cui tutela essa è preposta, sembrerebbe scomparire se la professione forense venisse, invece, svolta dalle società di cui all'art. 4-bis; salvo poi precisarsi, nel comma secondo della medesima norma, che rimarrebbe ferma la personalità della prestazione professionale, così facendo ricadere (di fatto) sul solo avvocato esercitante l'incarico (assunto - però - dalla società) l'intero coacervo di funzioni ed obblighi derivanti dalla legge.

In buona sostanza, il legislatore dell'art. 4-bis, ribadendo nel secondo comma il principio della 'personalità' della prestazione, contraddice se stesso, svuotando di ogni titolo e misura la facoltà di esercizio della professione che concede alle società; ciò in quanto, evocando il distinto principio della personalità della prestazione, riconduce l'attività forense a quella tipica dell'avvocato persona fisica.

Dal punto di vista della tecnica legislativa, pertanto, il 'rivoluzionario' principio introdotto dal primo comma dell'art. 4-bis, in spregio dei principi di determinatezza della norma, non indica, e quindi non dispone, in quale modo, maniera e misura la società possa effettivamente esercitare la professione forense.

In tal senso, non aiuta - anzi aggrava ancor di più la problematica - il secondo periodo del comma secondo dell'art. 4-bis, ove indica che «l'incarico può essere svolto soltanto da soci professionisti in possesso dei requisiti necessari per lo svolgimento della specifica prestazione professionale richiesta dal cliente».

Infatti, se l'incarico lo deve svolgere un avvocato, allora non è dato comprendere in che modo e misura sia disciplinato l'esercizio della professione forense in capo alle società; e ciò, proprio perché non è disciplinato per nulla dalla norma.

Infatti, se, come è dato presumere ad una attenta lettura della Legge Professionale, l'esercizio della professione forense è funzione tipica dell'avvocato, la società potrà svolgere l'attività professionale solo per mezzo di avvocati soci.

Appare di tutta evidenza, che la tecnica di redazione della norma determini un contenuto forviante, oltre che incostituzionale e contrario ai principi stessi che la Legge Professionale pone a base dell'esercizio della professione forense stessa.

Difatti, è cosa ben diversa disporre che gli avvocati possano effettuare l'esercizio della loro funzione forense in forma di società; ovvero, formando le 'società di avvocati' di cui all'abrogando art. 5 della Legge Professionale.

Di converso, ci troviamo di fronte: **i)** alla illimitata possibilità di partecipazione al capitale di rischio delle società esercenti la professione forense di cui all'art. 4-bis di soggetti (persone

fisiche e giuridiche) non appartenenti alla categoria degli Avvocati; **ii)** al fatto che non si disciplinino in alcun modo le modalità di amministrazione, controllo e partecipazione al soggetto giuridico in parola, aprono ulteriori e gravissimi elementi di critica alla norma stessa.

Andando per gradi, quindi, al di fuori del contesto proprio e tipizzante della 'società di avvocati' di cui al citato art. 5 della Legge Professionale (norma pur non esente da sostanziali critiche), non si vede come si possa conciliare, per le società esercenti la professione forense a capitale ed amministrazione 'aperte' a chiunque voglia parteciparvi, da un lato la finalità economico/imprenditoriale, di matrice speculativa, tipica dell'Impresa, e dall'altro la funzione pubblica e di garanzia che accompagna la professione forense.

Con altre e più esplicite parole, se ogni società per definizione persegue i fini di cui agli artt. 2082 e ss. c.c., ovvero la massimizzazione del fine di lucro, il legislatore, nell'adottare gli istituti societari tipici dell'ordinamento per le società ex art. 4-bis, legittima che tale società possa e debba esistere per raggiungere proprio tale obiettivo di lucro.

Questa endemica finalità, connaturata al veicolo societario tipico, in quanto non differentemente disciplinato, come invece riguarda(va) le 'società di avvocati' ex art. 5 Legge Professionale, si pone in evidente conflitto con la finalità propria dell'esercizio della professione forense, che - come visto - si ispira ai più alti valori di indipendenza intellettuale e morale, di garanzia e di autonomia, che - appunto - sostanziano la funzione pubblica dell'attività medesima.

Non elimina il rischio ora evidenziato il fatto che la società, ovvero il socio avvocato, siano sottoposti alla «... competenza disciplinare dell'ordine di appartenenza».

Difatti, anche qualora la società ex art. 4-bis venisse colpita anche dal più grave provvedimento disciplinare, tale provvedimento, per carenza di giurisdizione, non potrebbe colpire il capitale d'impresa, ovvero il socio non avvocato, il quale, così impunito, sarebbe liberissimo di ricostituire, sotto altra denominazione, il medesimo veicolo societario esercente la professione forense.

Differentemente, riguardo all'Avvocatura libera ed indipendente, l'ordinamento «... regola l'organizzazione e l'esercizio della professione di avvocato e, nell'interesse pubblico, assicura la idoneità professionale degli iscritti onde garantire la tutela degli interessi individuali e collettivi sui quali essa incide» (cfr. art. 1, comma secondo, lett. a, L. 247/2012).

Più specificamente, «L'avvocato è un libero professionista che, in libertà, autonomia e indipendenza, svolge le attività di cui ai commi 5 e 6. (...) L'avvocato ha la funzione di garantire al cittadino l'effettività della tutela dei diritti» (cfr. art. 2, commi primo e secondo, L. 247/2012).

Inoltre, «l'esercizio dell'attività di avvocato deve essere fon-

dato sull'autonomia e sulla indipendenza dell'azione professionale e del giudizio intellettuale» (cfr. art. 3, comma primo, primo periodo, L. 247/2012).

In definitiva, l'effetto sanzionatorio, che si determinerebbe nella non peregrina ipotesi che la finalità di lucro sacrifichi a sé i valori fondanti l'Avvocatura, andrebbe a colpire - semmai - solo l'avvocato socio, lasciando libero il socio (anche persona giuridica) non avvocato di ricostituire altra società ex art. 4-bis per perpetrare scopi e finalità che ben possono ledere il buon nome e la funzione pubblica della professione forense.

Ma ciò non basta.

Infatti, l'altro aspetto dirompente che si andrebbe a generare riguarda l'assoluto vuoto legislativo della norma riguardo ai requisiti personali e morali dei soggetti, non avvocati, che partecipino al capitale di rischio e/o all'amministrazione e/o al controllo della società ex art. 4-bis.

In buona sostanza, attesa l'alta funzione pubblica che connota l'esercizio della professione forense, la necessità di una previsione che garantisca ed imponga la presenza ed il mantenimento, per i soggetti non avvocati, dei medesimi requisiti personali e morali richiesti per svolgere la professione forense appare requisito minimo per un eventuale, pur incomprensibile, apertura alla partecipazione del capitale d'impresa nelle società ex art. 4-bis.

Di qui, ferme le evidenti criticità di natura giuridica ora riferite, i più evidenti effetti pratici che la norma in commento determinerebbe nel mercato, proprio in ragione nella dichiarata ratio legis che connota il DDL Concorrenza, sarebbero devastanti per la tutela dei cittadini.

Infatti, poiché il legislatore non (disciplina né) limita in alcun modo la partecipazione del capitale d'impresa nelle società ex art. 4-bis, ivi compresa la relativa amministrazione ed il controllo, è fin troppo facile prevedere che, con riguardo ai grandi Gruppi d'impresa (come Assicurazioni, Banche, Industrie, ecc.), quest'ultimi saranno proprio i primi soggetti interessati alla costituzione ed al controllo di tali 'SOCIETÀ DI PATROCINIO'.

Orbene, appare di tutta evidenza che questa rilevante concentrazione di Capitale d'Impresa in proprie 'SOCIETÀ DI PATROCINIO' determinerebbe i) non solo il venir meno di tutta quella considerevole attività stragiudiziale e giurisdizionale oggi patrocinata dall'Avvocatura libera ed indipendente; ii) ma determinerebbe l'inevitabile conseguenza che l'attuale Avvocatura libera ed indipendente, legata ai propri vincoli ordinamentali e di condotta, dovrà concorrere con la forza economica di tale Capitale d'Impresa, venendone con ogni probabilità schiacciata.

In buona sostanza, la concentrazione di tali cospicue fette di mercato in mani di questi 'Poteri', più dediti allo scopo di lucro ed alla speculazione che alla funzione pubblica tipica dell'Avvocatura, determinerebbe con ogni probabilità, i) non solo la chiusura di molti 'piccoli' ed indipendenti studi professionali, ii)



ma, soprattutto, l'effetto di concentrare enormi fette di Mercato in mano di pochi potentati, così producendosi l'effetto diametralmente opposto a quello che sottenderebbe la ratio legis dell'art. 26 del DDL Concorrenza di liberalizzare il mercato stesso.

In definitiva, denunciando l'aspetto che la funzione pubblica dell'Avvocatura e del suo libero ed indipendente patrocinio, non possa piegarsi a mere finalità economico/concorrenziali, senza con ciò inclinare quei valori costituzionali ed ordinamentali che sottendono la funzione costituzionale tipica dell'Avvocato, la norma in commento, ovvero l'art. 26 del DDL Concorrenza, parrebbe essere solo l'ulteriore sconsolante espressione di un Sistema Italia che, in nome di valori e principi conosciuti dall'Economia e dal cd libero mercato (spesso, poi, concretamente disattesi), mini in nuce l'interesse proprio di quella collettività che, invece, dichiara di voler tutelare.

(omissis)

Il Consiglio approva e dispone di inviare immediatamente la presente delibera al Ministro della Giustizia, al Presidente del Consiglio Nazionale Forense, al Presidente della Cassa Forense, al Presidente dell'OUA e ai Presidenti degli Ordini Forensi.

E' estratto conforme all'originale.
Roma, 8 giugno 2015

Il Consigliere Segretario
(Avv. Pietro Di Tosto)