

La “società tra avvocati” e dintorni: qualche considerazione in tema di disciplina applicabile alla luce dei principi di liberalizzazione dei servizi professionali.

1. Premessa.- 2. La forma giuridica della società tra avvocati di cui al d.lgs., n. 96/2001: cenni introduttivi.- 3. Società tra professionisti e responsabilità del socio professionista: spunti per un confronto tra il d.lgs. n. 96/2001 e la legge n. 183/2011.- 4. Rilievi critici rispetto all'esclusività della forma giuridica imposta alla società tra avvocati: a) la rilettura del principio di personalità della prestazione *ex art. 2232 c.c.* nell'ambito della società tra professionisti.- 5 (segue): b) la responsabilità illimitata del socio professionista.- 6. La riserva dell'amministrazione in capo ai soci professionisti: alcune precisazioni.- 7. La partecipazione dei soci non professionisti.- 8. Considerazioni conclusive.

1. Premessa.

Il settore delle professioni regolamentate, come noto, ha subito negli ultimi tempi profondi mutamenti, che hanno portato, nel nostro come in altri ordinamenti, ad una significativa revisione della tradizionale figura del professionista intellettuale, così come dello statuto ad esso applicabile (di cui già l'Autorità Garante della concorrenza e del mercato, nella sua indagine conoscitiva sugli Ordini e Collegi professionali del 1994, aveva sottolineato la sostanziale inadeguatezza rispetto alle concrete esigenze poste dalla realtà economica e professionale¹).

Un ruolo decisivo in tal senso è stato assunto dal diritto comunitario, che, attraverso l'affermazione del principio di libera circolazione dei professionisti e di libera prestazione dei servizi professionali, da un lato, e l'elaborazione a livello giurisprudenziale di un concetto di impresa talmente lato da essere riferibile ai fini del diritto *antitrust*- anche al professionista intellettuale, dall'altro, ha quindi aperto nuove prospettive di analisi della materia e, nel contempo, spinto il nostro legislatore ad introdurre una serie di significativi provvedimenti al riguardo³.

¹ Si veda l'indagine conoscitiva sul settore degli Ordini e dei Collegi professionali dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, provv.n. 2523 del 12 dicembre 1994, par. 3, su www.agcm.it.

² In base al d.lgs., 6 novembre 2007, n. 206, di attuazione della direttiva 2005/36/CE relativa al riconoscimento delle qualifiche professionali, per “*professione regolamentata*” si intende “*l'attività, o l'insieme delle attività, il cui esercizio è consentito solo a seguito di iscrizione in Ordini o Collegi o in albi, registri ed elenchi tenuti da amministrazioni o enti pubblici, se la iscrizione è subordinata al possesso di qualifiche professionali o all'accertamento delle specifiche professionalità*” (art. 4, comma 1, lett.a)). Sul tema della liberalizzazione delle professioni regolamentate (o cd. “protette”), si vedano tra gli altri, B.H. BARTON, *Economists on Deregulation of the American Legal Profession: Praise and Critique*, Research Paper 172, marzo 2012, in www.ssrn.com; J. FLOOD, *The re-landscaping of the legal profession: Large law firms and professional re-regulation*, in *Current Sociology* vol 59, no 4, 2012; F.C. ZACHARIAS, *Reform or Professional Responsibility as Usual: Wither the Institutions of Regulation and Discipline?*, Research Paper n. 65, 2003, in www.ssrn.com; L. SACCONI, *Fondamento ed efficacia delle deontologie professionali*, in AA.VV., *Le professioni intellettuali tra liberalizzazione e nuova regolazione*, Milano, 1999, p. 21 ss.

³ Come, infatti, precisa l'ormai consolidata giurisprudenza comunitaria, “*nel contesto del diritto della concorrenza, la nozione di impresa abbraccia qualsiasi entità che esercita un'attività economica, a prescindere dallo status giuridico di tale entità e dalle sue modalità di finanziamento*” (Corte Giust., 23 aprile 1991, caso *Hoefner/Elser/Macroton*, in *Racc.*, 1991, p. 1- 1979 ss.). E si vedano, in argomento, VAN BAEL & BELLIS, *Il Diritto Comunitario della Concorrenza*,

Rilevanza centrale in tale contesto assume la direttiva 2006/123/CE (attuata nel nostro ordinamento dal d.lgs., n. 59/2010), la quale sancisce il principio generale della libertà di accesso e di esercizio delle attività di servizi (anche professionali⁴), precisando che eventuali requisiti restrittivi a tal riguardo devono, invece, superare il vaglio della “necessità” (ovvero, essere giustificati “*da un motivo imperativo di interesse generale*”) e della “proporzionalità” (cioè, essere “*tali da garantire la realizzazione dell’obiettivo perseguito*”; non andare “*al di là di quanto è necessario per raggiungere tale obiettivo; inoltre non deve essere possibile sostituire questi requisiti con altre misure meno restrittive che permettono di conseguire lo stesso risultato*”) (art. 15.3)⁵.

Sulla base di tali presupposti, il nostro legislatore è intervenuto in vario modo sulla tradizionale disciplina delle professioni regolamentate, ad esempio, eliminando il divieto di pubblicità, abrogando le tariffe professionali minime, ovvero, riconoscendo associazioni e società interprofessionali (di persone), sino a

Torino, 2009, p. 29 ss.; A. PAPPALARDO, *Il diritto comunitario della concorrenza, Profili sostanziali*, Torino, 2007, p. 54 ss. In particolare, tra le pronunce che considerano “imprese” gli stessi professionisti intellettuali, si vedano, Corte Giust., 19 febbraio 2002, C-35/99, *Procedimento penale a carico di Manuele Arduino, con l’intervento di: Diego Dessi, Giovanni Bertolotto e Compagnia Assicuratrice RAS SpA*, in *Racc.*, 2002, I, p. 1529 ss., sulla compatibilità delle tariffe professionali forensi e il diritto comunitario; Corte Giust., 19 febbraio 2002, C-309/99, *J.C.J. Wouters, J.W. Savelbergh e Price Waterhouse Belastingadviseurs BV c. Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten* (su cui, in particolare, le conclusioni dell’Avvocato Generale Leger), in *Racc.*, 2002, I, p. 1577 ss., sul divieto, previsto dal regolamento dell’ordine degli avvocati olandese, di costituire società interprofessionali tra avvocati e revisori; Corte Giust., 18 giugno 1998, C-35/96, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana*, in *Racc.*, 1998, I, p. 3851 ss., con cui le tariffe degli spedizionieri doganali italiani sono state ritenute incompatibili con la disciplina europea sulla concorrenza.

⁴ Prevede il d.lgs., 26 marzo 2010, n. 59, di attuazione della direttiva 2006/123/CE, che per “servizio” si intende “*qualsiasi prestazione anche a carattere intellettuale svolta in forma imprenditoriale o professionale, fornita senza vincolo di subordinazione e normalmente fornita dietro retribuzione (...)*” (art. 8, comma 1, lett.a)).

⁵ Direttiva 123/2006 del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa ai servizi di investimento, in *G.U.C.E.*, L 276/36, del 27 dicembre 2006. L’art. 15. 2, impone agli Stati membri di verificare se il loro ordinamento giuridico subordina l’accesso ad un’attività di servizi o il suo esercizio al rispetto di requisiti non discriminatori (tra cui, ad esempio, vengono incluse restrizioni quantitative o territoriali, requisiti che impongono al prestatore di avere un determinato statuto giuridico, obblighi relativi alla detenzione del capitale di una società, tariffe obbligatorie minime e/o massime che il prestatore deve rispettare). Specifica poi il successivo par. 3 che gli Stati membri verificano che i requisiti di cui al paragrafo 2 soddisfino le condizioni seguenti: a) “*non discriminazione*” (“*i requisiti non devono essere direttamente o indirettamente discriminatori in funzione della cittadinanza o, per quanto riguarda le società, dell’ubicazione della sede legale*”); b) “*necessità*” (“*i requisiti sono giustificati da un motivo imperativo di interesse generale*”); c) “*proporzionalità*” (“*i requisiti devono essere tali da garantire la realizzazione dell’obiettivo perseguito; essi non devono andare al di là di quanto è necessario per raggiungere tale obiettivo; inoltre non deve essere possibile sostituire questi requisiti con altre misure meno restrittive che permettono di conseguire lo stesso risultato*”). Lo stesso d.lgs., 26 marzo 2010, n. 59, stabilisce come regola generale la libertà di accesso ed esercizio delle attività di servizi, precisando appunto che “*Nei limiti del presente decreto, l’accesso e l’esercizio delle attività di servizi costituiscono espressione della libertà di iniziativa economica e non possono essere sottoposti a limitazioni non giustificate o discriminatorie*” (art. 10, comma 1). E si veda il successivo art. 12 su i “*Requisiti subordinati alla sussistenza di un motivo di interesse generale*”, tra cui, appunto, si annoverano- purchè nel rispetto dei principi di proporzionalità e non discriminazione- anche requisiti che impongono al prestatore di avere un determinato statuto giuridico, gli obblighi relativi alla detenzione del capitale di una società, tariffe obbligatorie minime o massime che il prestatore deve rispettare (comma 1).

pervenire- sia pure attraverso diversi e non lineari passaggi- alla definitiva ammissibilità della società tra professionisti⁶.

Ulteriori e significativi provvedimenti sono stati poi assunti anche di recente, inserendosi nel più generale quadro di interventi volti alla liberalizzazione delle attività economiche. Si pensi, in particolare, al decreto legge 13 agosto 2011, n. 138, che, nell'ambito delle disposizioni di cui al titolo II (*“Liberalizzazioni, privatizzazioni ed altre misure per favorire lo sviluppo”*), enuncia il principio generale secondo cui *“l’iniziativa e l’attività economica privata sono libere ed è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge”* (art. 3, comma 1) e, con specifico riferimento alle professioni regolamentate, prevede, in particolare, che gli ordinamenti professionali debbano garantire che l’esercizio dell’attività *“risponda senza eccezioni ai principi di libera concorrenza, alla presenza diffusa dei professionisti su tutto il territorio nazionale, alla differenziazione e pluralità di offerta che garantisca l’effettiva possibilità di scelta degli utenti nell’ambito della più ampia informazione relativamente ai servizi offerti”* (art. 3, comma 5)⁷.

Allo stesso modo, il d.p.r., 7 agosto 2012, n. 137 (*“Regolamento recante riforma degli ordinamenti professionali”*, dettato in attuazione dell’art. 3, comma 5, del suddetto decreto legge), a sua volta ribadisce che *“L’esercizio della professione è libero e fondato sull’autonomia e indipendenza di giudizio, intellettuale e tecnico”* (art. 2, comma 1) e sono in ogni caso vietate *“limitazioni discriminatorie, anche indirette, all’accesso e all’esercizio della professione, fondate sulla nazionalità del professionista o sulla sede legale dell’associazione professionale o della società tra professionisti”* (comma 4)⁸.

In questo quadro si è poi inserito l’art. 10 della legge n. 183 del 2011, sulle società tra professionisti, nonché il decreto legge 24 gennaio 2012

⁶ Nell’ordinamento interno, una svolta decisiva viene data dal decreto legge, 4 luglio 2006, n. 223 (cd. “decreto Bersani”), convertito in legge, 4 agosto 2006, n. 248, disponendo, da un lato, l’abrogazione di tutte le disposizioni legislative e regolamentari che prevedono tariffe fisse o minime, ovvero il divieto di pattuire compensi parametrati al raggiungimento degli obiettivi perseguiti (cd. “patto di quota lite”), e, dall’altro, l’abrogazione del divieto di svolgere pubblicità circa i titoli e le specializzazioni professionali, le caratteristiche del servizio offerto e il prezzo delle prestazioni (art. 2). Per quanto riguarda l’evoluzione dell’ordinamento in tema di società tra professionisti, si vedano, in particolare, A.M. LEOZAPPA, *Società e professioni intellettuali, Le società professionali tra codice civile e leggi speciali*, Milano, 2004; M. RESCIGNO, *La “lunga marcia” verso la società tra professionisti*, in *La società tra avvocati*, a cura di L. De Angelis, Milano, 2003, p. 11 ss.; ID, *Le società fra professionisti*, Milano, 1985, spec. p. 2 ss.; G. SCHIANO DI PEPE, *Le società di professionisti, Impresa e società fra professionisti*, Milano, 1977. E più di recente, F. SCALABRINI, *Società di diritto speciale e professioni intellettuali*, in *Oggetto ed attività: ruolo e responsabilità del Notaio*, Milano, 2008, p. 421 ss.

⁷ Il decreto è pubblicato in *G.U.*, 13 agosto 2011, n. 188. Sullo stesso ha espresso parere positivo lo stesso Consiglio di Stato, Sez. Consultiva per gli Atti Normativi, 5 luglio 2012, n. 3169, in www.altalex.com.

⁸ Vedilo pubblicato in *G.U.*, 14 agosto 2012, n. 189, p. 2 ss. Detto provvedimento contiene una serie di misure volte a regolare l’accesso e l’esercizio dell’attività professionale, nonché, a garantire l’effettivo svolgimento dell’attività formativa durante il tirocinio, così come a prevedere l’obbligatorietà della formazione continua permanente e dell’assicurazione per i rischi derivanti dall’attività professionale, ovvero, ad autorizzare la pubblicità informativa con ogni mezzo.

n. 1 (convertito dalla legge 24 marzo 2012, n. 27), il quale ha segnato un altro fondamentale passaggio nel processo di liberalizzazione delle professioni, abrogando il sistema delle tariffe professionali e demandando alle parti la pattuizione del compenso (al momento del conferimento dell'incarico) (art. 9, comma 1)⁹.

Nello stesso senso, si pone la legge, 31 dicembre 2012, n. 247 (“*Nuova disciplina dell’ordinamento della professione forense*”), prevedendo che “*La pattuizione del compenso è libera (...)*” (art. 13, comma 3)¹⁰.

Entro tale cornice si inserisce dunque la nuova disciplina sulle società tra professionisti, caratterizzata da elementi di forte innovazione e da una certa discontinuità, sia rispetto ai precedenti legislativi dettati in settori speciali di disciplina (es. società tra avvocati, società interprofessionali, ovvero società di revisione), sia, talvolta, rispetto alle soluzioni praticate in altri ordinamenti (cfr. *infra*)¹¹.

Ai sensi dell’art. 10, comma 4, i presupposti caratterizzanti la nuova disciplina sulle società tra professionisti (pur con le incertezze derivanti dalla formulazione spesso imprecisa della legge) possono essere in tal modo sinteticamente individuati: *a*) la partecipazione alla società tra professionisti è consentita sia ai soci professionisti sia- in presenza di specifiche condizioni- ai soci non professionisti (comma 4, lett.*b*)); *b*) il contratto d’opera professionale è concluso tra cliente e società, ma le prestazioni professionali sono eseguite dai soli soci in possesso dei necessari requisiti abilitativi (comma 4, lett.*c*)), essendone precluso l’esercizio, tanto ai professionisti non soci¹² quanto, a maggior ragione, ai soci non professionisti; *c*) è ammesso l’utilizzo di tutti i tipi sociali previsti dai titoli V e VI del libro V del codice civile (quindi società di persone, di capitali e cooperative) (comma 3)¹³; *d*) la società può essere costituita anche per l’esercizio di più attività professionali (comma 8).

⁹ Significativamente, l’art. 1, comma 2, della legge n. 27/2012 (sulla “*Liberalizzazione delle attività economiche e riduzione degli oneri amministrativi sulle imprese*”), abroga: “*a) le norme che prevedono limiti numerici, autorizzazioni, licenze, nulla osta o preventivi atti di assenso dell’amministrazione comunque denominati per l’avvio di un’attività economica non giustificati da un interesse generale, costituzionalmente rilevante e compatibile con l’ordinamento comunitario nel rispetto del principio di proporzionalità; b) le norme che pongono divieti e restrizioni alle attività economiche non adeguati o non proporzionati alle finalità pubbliche perseguite (...)*”.

¹⁰ Vedila pubblicata in *G.U.*, 18 gennaio 2013, n. 15.

¹¹ Sulla discontinuità di tale intervento legislativo rispetto all’esperienza precedente, in particolare, M. CIAN, *La nuova società tra professionisti. Primi interrogativi e prime riflessioni*, in *Nuove leggi civ.comm.*, 2012, p. 3 ss., ivi, p. 7.

¹² Indicazione che sembrerebbe desumibile dalla previsione di cui alla lett. *a*), che, appunto, richiede “*l’esercizio in via esclusiva da parte dei soci*”.

¹³ Né sembrerebbero esservi ragioni, stante il rinvio generale alla disciplina codicistica, per escludere il possibile ricorso a società unipersonali ai sensi degli artt. 2325, comma 2, e art. 2462, comma 2, c.c. : si vedano, M. CIAN, *op.cit.*, p. 12 s.; G. MARASA’, *I confini delle società tra professionisti*, in *Società*, 2012, p. 401, sottolineando come, da un lato, la legge effettui un rinvio a tutti i modelli societari previsti dal codice civile (e quindi anche quelli unipersonali) e, dall’altro, manchi una qualche indicazione che imponga la presenza di una pluralità di soci professionisti. In senso contrario, invece, Comitato Unitario Permanente degli Ordini e Collegi Professionali, *Le società tra professionisti: esame della normativa e proposte di intervento*, Circolare 2 gennaio 2012, p. 2 (reperibile su www.altalex.com), basandosi sul riferimento dell’art. 10, comma 4, lett. *a*), all’ esercizio dell’attività professionale “*da parte dei soci*”.

Come meglio si vedrà, da essa si distingue per diversi ed essenziali aspetti (taluni riconfermati in sede di riforma forense dalla legge, n. 247/2012) la disciplina sulle società tra avvocati di cui al d.lgs., n. 96/2001 (*infra*).

Ciò porta quindi a ritenere che nell'ordinamento emergano (perlomeno) due figure di società tra professionisti, riconducibili ad altrettanti modelli di disciplina, destinati a convivere autonomamente (come precisa lo stesso art. 10, comma 9, secondo cui “*Restano salve le associazioni professionali, nonché i modelli societari già vigenti alla data di entrata in vigore della presente legge*”)¹⁴.

Tali considerazioni portano ad interrogarsi sui reciproci rapporti tra le due normative e, in particolare, a chiedersi se talune delle previsioni caratterizzanti la società tra avvocati di cui al d.lgs., n. 96/2001 (quali, ad esempio, l'esclusività dell'oggetto sociale, la partecipazione alla società dei soli avvocati e la riserva agli stessi dell'amministrazione, nonché la previsione nei loro confronti della responsabilità personale e diretta), siano giustificabili in base a ragioni di interesse generale (e, in particolare, la rilevanza pubblicistica degli interessi coinvolti, la particolare natura dell'attività professionale, nonché la fisiologica asimmetria informativa tra cliente e professionista), ovvero, si pongano al di là di tali finalità, configurandosi quali restrizioni non giustificate né proporzionate, derivanti dall'imposizione del prestatore di servizi di un determinato “*statuto giuridico*” (cfr. artt. 15.2 della direttiva servizi e 12 del d.lgs., n. 59/2012).

In tal caso, l'imposizione di un particolare “statuto giuridico” alla società tra avvocati può essere intesa in un duplice senso, ovvero, come limitazione della forma societaria utilizzabile (il legislatore prevede, infatti, che essa può essere costituita esclusivamente secondo le forme di cui al d.lgs., n. 96/2001, il quale, come vedremo, rinvia alla disciplina della società in nome collettivo¹⁵), nonché come attribuzione alla stessa di uno statuto “speciale”, che si differenzia significativamente vuoi dalla legge n. 183/2011 vuoi dalle previsioni dello stesso codice civile¹⁶.

¹⁴ Vedi anche G.MARASA, *op.cit.*, p. 399.

¹⁵ Precisa il Considerando 73 della direttiva che “*Fra i requisiti da prendere in esame figurano i regimi nazionali che, per motivi diversi da quelli relativi alle qualifiche professionali, riservano a prestatori particolari l'accesso a talune attività. Tali requisiti comprendono gli obblighi che impongono al prestatore di avere un determinato status giuridico, in particolare di essere una persona giuridica, una società di persone, un'organizzazione senza scopo di lucro o una società di proprietà di sole persone fisiche, e gli obblighi in materia di partecipazione azionaria in una società, in particolare l'obbligo di disporre di un capitale minimo per determinate attività di servizi oppure di avere una particolare qualifica per detenere capitale in determinate società o per gestirle (...)*”. Lo stesso d.p.r., n. 137/2012, stabilisce che “*Le disposizioni vigenti che regolano l'accesso e l'esercizio delle attività economiche devono garantire il principio di libertà di impresa e di garanzia della concorrenza. Le disposizioni relative all'introduzione di restrizioni all'accesso e all'esercizio delle attività economiche devono essere oggetto di interpretazione restrittiva*” (art. 3, comma 7), nel contempo precisando che tra le “restrizioni” non consentite, vi è anche “*la limitazione dell'esercizio di una attività economica attraverso l'indicazione tassativa della forma giuridica richiesta all'operatore*” (comma 9, lett.g)).

¹⁶ Non a caso, parte della dottrina è giunta a configurare la società tra avvocati quale società “di diritto speciale” o “a statuto differenziato” (C. IBBA, *La società fra avvocati: profili generali*, in *Riv.dir.civ.*, 2002, p. 369 s. e ID, *Società tra avvocati e tipi societari*, in *La società tra avvocati*, cit., p. 102 ss.); L. DE ANGELIS, *La società tra avvocati: uno sguardo d'insieme*, ivi, p. 90.) e altra addirittura quale tipo autonomo diverso da quelli già esistenti (così, C. MONTAGNANI, *Il “tipo” della società tra professionisti*, *Il “tipo” della società tra professionisti, denominato società tra avvocati*, in *Riv.soc.*, 2002, spec. p. 1021 s.).

Del resto, anche quando si consente la costituzione di società tra avvocati in forma diversa da quella personale (come ai sensi dell'art. 5, comma 2, lett. a), n. 247/2012) si introducono delle variabili di una certa significatività alla disciplina in generale applicabile in base al codice civile.

Non potendo, in questa sede, verificare la conformità dell'intera disciplina prevista dal d.lgs., n. 96/2001, e dall'art.5, legge, n. 247/2012, ai principi di libero esercizio delle attività economiche e, in particolare, di libera prestazione dei servizi, ci si limiterà a valutare solo alcuni aspetti che paiono essenziali nella configurazione della società tra avvocati, così come della - più generale fattispecie- della società tra professionisti, ovvero: a) la forma societaria utilizzabile; b) la riserva dell'amministrazione in capo ai soci professionisti; c) l'ammissibilità di soci di cd. capitale.

Come si avrà modo di vedere, mentre l'attribuzione ai soci avvocati della funzione amministrativa (al pari dell'esclusività dell'oggetto sociale) pare requisito imprescindibile, al fine di garantire la natura e l'identità della fattispecie, ovvero l'indipendente esercizio dell'attività professionale, diverse considerazioni sembrano invece valere per gli altri due profili sopra menzionati¹⁷.

2. La forma giuridica della società tra avvocati di cui al d.lgs., n. 96/2001: cenni introduttivi.

Per meglio inquadrare il tema, pare necessario effettuare talune essenziali precisazioni in merito alla figura della società tra avvocati di cui al d.lgs., n. 96/2001 (come noto, introdotta in attuazione della direttiva 98/5/CE, volta a facilitare l'esercizio permanente della professione di avvocato in uno Stato membro diverso da quello in cui è stata acquisita la qualifica professionale)¹⁸.

A tal proposito, la legge comunitaria, 21 dicembre 1999, n. 526, nel dettare i criteri cui si sarebbe dovuto attenere il legislatore delegato nell'emanazione della relativa disciplina, precisava che l'esercizio in comune dell'attività di rappresentanza e di difesa in giudizio non avrebbe potuto *“in nessun caso vanificare la personalità della prestazione, il diritto del cliente a scegliere il proprio difensore, la responsabilità dell'avvocato e la sua piena indipendenza, la soggezione della società professionale a un concorrente regime di responsabilità e ai principi di deontologia generali propri delle professioni intellettuali e specifici della professione di avvocato”* (art. 19, comma 2, lett.e)¹⁹.

¹⁷ L'esclusività dell'oggetto sociale (e quindi l'esercizio da parte della società tra professionisti di un'attività esclusivamente o quantomeno prevalentemente professionale) sarebbe, infatti, requisito necessario al fine di poter qualificare la società come professionale in senso proprio, distinguendola dalla diversa fattispecie della società cd. di servizi soggetta alla disciplina prevista per qualsiasi altra società commerciale (*arg. ex art. 2238, 2 comma, c.c.*): sul tema dell'oggetto sociale della società tra professionisti, sia consentito rinviare per ulteriori approfondimenti a E.CODAZZI, *La Società Professionista. Modelli di disciplina e considerazioni di sistema*, Varese, 2012, p. 77 ss.; S.ROSSI-E.CODAZZI, *La società tra professionisti: l'oggetto sociale*, in *Società tra professionisti*, Speciale di *Le Società*, 2012, p. 5 ss.; G. SCHIANO DI PEPE, *L'oggetto sociale nelle società tra professionisti*, in *La società tra avvocati*, cit., p. 121 ss.

¹⁸ Si veda, in tal senso la Direttiva 98/5/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, 16 febbraio 1998, in *G.U.C.E.*, n. L 77/36, 14 marzo 1998, Considerando n. 15; e anche la risoluzione del Parlamento europeo *“sulle professioni legali e l'interesse generale nel funzionamento dei sistemi giuridici”* del 23 marzo 2006, in www.europarl.eu.int.

¹⁹ Vedila pubblicata in *G.U.*, 18 gennaio 2000, n. 13, suppl.ord. n. 15.

La disciplina sulle società tra avvocati avrebbe dovuto inoltre dettare regole volte a stabilire la “tipologia specifica quale società tra professionisti”, l’ “obbligo di iscrizione della società nell’albo professionale e soggezione a tutti e ai soli controlli stabiliti per l’esercizio della professione in forma individuale”, nonché, l’ “esclusione di soci che non siano avvocati esercenti a pieno titolo nella società e non ammissibilità di amministratori scelti al di fuori dei soci stessi”.

Coerentemente con l’esigenza di rispettare tali principi, il d.lgs., n. 96/2001, ha quindi introdotto un modello di disciplina che tende ad un contemperamento tra tali diverse finalità, stabilendo, da un lato, che “L’attività professionale di rappresentanza, assistenza e difesa in giudizio può essere esercitata in forma comune **esclusivamente** secondo il tipo della società tra professionisti, denominata in seguito società tra avvocati” (art. 16, comma 1) e, dall’altro, che “La società tra avvocati è regolata dalle norme del presente titolo e, ove non diversamente disposto, dalle norme che disciplinano la società in nome collettivo di cui al capo III del titolo V del libro V del codice civile” (comma 2)²⁰.

Sembrerebbe quindi che, al di là degli elementi di specialità che si vedranno, il rinvio- sia pure in via residuale- ex art. 16, comma 2, alla normativa della società in nome collettivo manifesti l’intenzione del legislatore di utilizzare il modello personalistico quale schema - base della società tra avvocati, così non scostandosi da altri recenti interventi legislativi in materia (in particolare, quello sulle società multidisciplinari di cui alla legge n. 248/2006), nonché dall’opinione prevalente degli interpreti, secondo i quali la società di persone sarebbe addirittura l’unica forma societaria utilizzabile dai professionisti intellettuali²¹.

Sottolinea, infatti, la stessa Relazione ministeriale, come “Pur nella sua autonomia, il nuovo tipo si modella in parte *sul tipo della società in nome collettivo*, cui si avvicina per struttura ed organizzazione societaria, rilevanza dell’elemento personale e regime di responsabilità dei soci”²².

²⁰ Diverse disposizioni sembrerebbero dimostrare in modo inequivocabile come il legislatore abbia inteso introdurre una fattispecie societaria in senso proprio, non un ente dotato di rilevanza interna (in tal senso, ad esempio, il richiamo all’esercizio della professione “in forma comune” di cui agli artt. 16, comma 1, e 17, comma 2; il riferimento alla “società tra avvocati” più volte ripetuto nello stesso decreto; le previsioni che, ai sensi degli artt. 24 e 25, stabiliscono che sia la società ad assumere l’incarico professionale e che la stessa società diventi “creditrice” del compenso): in tal senso, C. IBBA, *La società fra avvocati: profili generali*, in *Riv.dir.civ.*, 2002, p. 355 ss., ivi, p. 362 ss.; diversamente, riconosce alla società tra avvocati una natura non dissimile da quella consortile, che si rifletterebbe anche nel peculiare regime di responsabilità di cui all’art. 24, d.lgs., n. 96/2001, L. DE ANGELIS, *Le società tra avvocati: uno sguardo d’insieme*, in AA.VV., *La società tra avvocati*, cit., p. 29 ss., spec. p. 76 s.

²¹ Lo stesso Consiglio di Stato- chiamato ad esprimersi sulla bozza di regolamento interministeriale emanato in attuazione dell’art. 24, legge n. 266/1997- ha appunto reputato ammissibili le sole società di persone, sempre che tutti i soci siano abilitati all’esercizio della professione ex art. 33, comma 5, Cost. (così, Cons.Stato, sez.consultiva, 11 maggio 1998, parere n. 72/98, in *Foro it.Rep.*, 1999, voce “Professioni intellettuali”). In dottrina, nel senso di ritenere inammissibile la costituzione delle società di capitali e, tra quelle di persone, la società in accomandita semplice (data la limitazione di responsabilità dei soci accomandanti), A.M. LEOZAPPA, *op.cit.*, , spec. p. 177 ss. e 193 ss.; così, G. SCHIANO DI PEPE, *Le società di professionisti*, cit., p. 131 ss., ritenendo possibile l’utilizzo della società semplice (che avrebbe preso il posto di quella società civile, che il codice civile del 1865 riservava anche all’esercizio di mestieri e professioni); nel senso dell’ammissibilità delle società di capitali, M. RESCIGNO, *La società fra professionisti*, cit., spec. p. 94 ss. Sull’opportunità di applicare alla società tra professionisti qualsiasi tipo societario, anche A. PAVONE LA ROSA, *Società tra professionisti e artisti*, in *Riv.soc.*, 1998, p. 93 ss., ivi, p.101.

²² *Relazione governativa*, § § 5 e 6.

Una tale soluzione, in altre parole, discenderebbe dal diffuso convincimento che, da un lato, la struttura e la logica partecipativa delle società di persone possano meglio adattarsi ai principi di indipendenza, personalità, ed autonomia caratterizzanti l'esercizio dell'attività professionale cd. protetta e, dall'altro, che la previsione di una responsabilità solidale e illimitata dei soci (quale quella *ex art. 2291 c.c.*) costituisca la più ampia garanzia per i soggetti che usufruiscono delle prestazioni della società professionale²³.

A ciò si aggiunga che la previsione della responsabilità solidale e illimitata dei soci farebbe anche da *pendant* alla attribuzione in capo a costoro della riserva in materia di amministrazione, nonché alla scelta del metodo disgiuntivo quale modello tipico di gestione della società tra avvocati *ex art. 23*, commi 1 e 2 (probabilmente, in quanto ritenuto maggiormente conforme all'esigenza di garantire l'autonomia nell'iniziativa e nell'esercizio dell'attività professionale).

Inoltre, gli artt. 16, comma 1, e 17, comma 2, del d.lgs., n. 96/2001, stabiliscono che l'oggetto sociale deve essere limitato all' "*attività professionale di rappresentanza, assistenza e difesa in giudizio*" ed avere un carattere "*esclusivo*" e, in coerenza con tale presupposto, lo stesso decreto detta una serie di disposizioni volte ad assicurare il rispetto della necessaria correlazione tra la qualità di socio e quella di avvocato, in particolare stabilendo che i soci "*devono essere in possesso del titolo di avvocato*" (art. 21, comma 1) e che l'amministrazione della società spetta ai soli soci e non può essere affidata ai terzi (art. 23, comma 1).

Alla luce di tali disposizioni, sembrerebbe, pertanto, doversi escludere, tanto la partecipazione di soci di cd. capitale, quanto quella di altri professionisti che, però, esercitino attività diverse da quella legale (società cd. multi-professionale)²⁴.

Taluni tra i caratteri più significativi della disciplina sulla società tra avvocati di cui al d.lgs., n. 96/2001, e, in particolare, quelli che valorizzano l'esclusività della componente professionale sotto il profilo dell'attività esercitata, della composizione dell'organo gestorio, nonché dell'individuazione dei soggetti tenuti ad eseguire la prestazione professionale e a risponderne, in solido con la società, in modo personale e diretto, vengono riconfermati anche dalla riforma forense (art. 5, legge, n. 247/2012) e, per tale ragione, meritano di essere attentamente analizzati²⁵.

²³Del resto, tra le ragioni di quella "incompatibilità ontologica" tra statuto delle professioni intellettuali e diritto societario ravvisata da G. FERRI, *Le società di professionisti*, in *Tratt.dir.civ.*, fondato da F. Vassalli, vol. X, tomo 3, Torino, 1985, p. 48, vi sarebbe appunto quella per cui "*i principi informativi dell'ordinamento societario puntualizzano sugli amministratori e non sui singoli soci i poteri e le responsabilità inerenti l'azione sociale; i principi informativi delle professioni liberali sono invece che chi esercita una professione intellettuale deve eseguire personalmente l'incarico assunto, anche se può avvalersi, se la professione lo consente, di ausiliari e sostituti, ma pur sempre sotto la sua direzione e sotto la sua responsabilità (...)*".

²⁴In tal senso, l'art. 19, della legge 21 dicembre 1999, n. 526, di attuazione della direttiva 98/5/CE in materia di esercizio della professione di avvocato, che, appunto, prevedeva al comma 2, lett. e), l' "*esclusione di soci che non siano avvocati esercenti a pieno titolo nella società e non ammissibilità di amministratori scelti ad di fuori dei soci stessi*". Diversamente, G. MARASA, in *Le società fra avvocati, Commento al d.lgs. 96/2001*, Torino, 2002, sub artt., 17, comma 2°, 21 e 22, p. 93 ss., ivi, p. 99, precisando che la presenza di soci capitalisti nella società tra avvocati è ammissibile purchè siano a loro volta in possesso del titolo di avvocato.

²⁵Prevede l'art. 5, comma 2, legge, n. 247/2012 (Delega al Governo per la disciplina dell'esercizio della professione forense in forma societaria) che "*Nell'esercizio della delega di cui al comma 1 il Governo si attiene ai seguenti principi*

3. Società tra professionisti e responsabilità del socio professionista: spunti per un confronto tra il d.lgs., n. 96/2001, e la legge, n. 183/2011.

Come accennato, la scelta della società in nome collettivo (e, più in generale, della società di persone) come unica forma societaria utilizzabile dagli avvocati si giustificherebbe, essenzialmente, per la ritenuta maggiore idoneità sia dell'organizzazione interna che del regime di responsabilità per la stessa previsti dalla legge.

A tal riguardo, il d.lgs. n. 96/2001, stabilisce nello specifico che:

- *“il socio o i soci incaricati sono personalmente e illimitatamente responsabili per l'attività professionale svolta in esecuzione dell'incarico. La società risponde con il suo patrimonio”* (art. 26, comma 1);
- *“in difetto della comunicazione prevista dall'art. 24, comma 3°, per le obbligazioni sociali derivanti dall'attività professionale svolta da uno o più soci, oltre alla società, sono responsabili illimitatamente e solidalmente tutti i soci”* (comma 2);
- per le obbligazioni sociali non derivanti dall'attività professionale *“rispondono inoltre solidalmente e illimitatamente tutti i soci; il patto contrario non ha effetti nei confronti dei terzi”* (comma 3).

Nonostante il richiamo in via residuale alla disciplina della società in nome collettivo, tale disciplina parrebbe, però, differenziarsi per molti e significativi aspetti da quella di cui all'art. 2291 c.c.²⁶.

Basti pensare, innanzitutto, che l'attribuzione della responsabilità professionale ai soli soci incaricati (salvo difetto di comunicazione ai sensi dell'art. 24, comma 3) verrebbe a derogare la regola generale che prevede la responsabilità personale e illimitata di tutti i soci per le obbligazioni sociali²⁷.

e criteri direttivi: a) prevedere che l'esercizio della professione forense in forma societaria sia consentito esclusivamente a società di persone, società di capitali o società cooperative, i cui soci siano avvocati iscritti all'albo; b) prevedere che ciascun avvocato possa far parte di una sola società di cui alla lettera a); c) prevedere che la denominazione o ragione sociale contenga l'indicazione: società tra avvocati»; d) disciplinare l'organo di gestione della società tra avvocati prevedendo che i suoi componenti non possano essere estranei alla compagine sociale; e) stabilire che l'incarico professionale, conferito alla società ed eseguito secondo il principio della personalità della prestazione professionale, possa essere svolto soltanto da soci professionisti in possesso dei requisiti necessari per lo svolgimento della specifica prestazione professionale richiesta dal cliente; f) prevedere che la responsabilità della società e quella dei soci non escludano la responsabilità del professionista che ha eseguito la prestazione; g) prevedere che la società tra avvocati sia iscritta in una apposita sezione speciale dell'albo tenuto dall'ordine territoriale nella cui circoscrizione ha sede la stessa società; h) regolare la responsabilità disciplinare della società tra avvocati, stabilendo che essa è tenuta al rispetto del codice deontologico forense ed è soggetta alla competenza disciplinare dell'ordine di appartenenza; i) stabilire che la sospensione, cancellazione o radiazione del socio dall'albo nel quale è iscritto costituisce causa di esclusione dalla società; l) qualificare i redditi prodotti dalla società tra avvocati quali redditi di lavoro autonomo anche ai fini previdenziali, ai sensi del capo V del titolo I del testo unico delle imposte sui redditi, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n.917, e successive modificazioni; m) stabilire che l'esercizio della professione forense in forma societaria non costituisce attività d'impresa e che, conseguentemente, la società tra avvocati non è soggetta al fallimento e alle procedure concorsuali diverse da quelle di composizione delle crisi da sovraindebitamento; n) prevedere che alla società tra avvocati si applichino, in quanto compatibili, le disposizioni sull'esercizio della professione di avvocato in forma societaria di cui al decreto legislativo 2 febbraio 2001, n.96”.

²⁶Su cui, approfonditamente, A. VISCUSI, *La società tra avvocati: il regime della responsabilità patrimoniale, professionale e disciplinare*, in *La società tra avvocati*, cit., p. 207 ss.

Inoltre, in base all'art. 26, il socio che ha eseguito la prestazione è tenuto a rispondere come concorrente (necessario) nella negligente esecuzione dell'incarico da parte della stessa società, senza che- perlomeno sulla base del dato normativo- possa rinvenirsi una qualche forma di sussidiarietà a suo favore (laddove il comma 3, attraverso l'utilizzo del termine "inoltre", lascia intendere che per le obbligazioni non professionali possa valere, invece, diversa soluzione) ²⁸.

A ciò si aggiunga che il particolare regime di pubblicità-notizia previsto per la società tra avvocati dall'art. 16, comma 2 (*"Ai fini dell'iscrizione nel registro delle imprese, è istituita una sezione speciale relativa alle società tra professionisti; l'iscrizione ha funzione di certificazione anagrafica e di pubblicità notizia (...)"*) impedirebbe la produzione di quegli stessi effetti dichiarativi ovvero costitutivi (di quel grado di autonomia patrimoniale consistente nel beneficio di preventiva escussione del patrimonio sociale ex art. 2304 c.c., nonché, nell'impossibilità per il creditore particolare di ottenere la liquidazione della quota del socio debitore ex art. 2305 c.c.), previsti, invece, per la società in nome collettivo ²⁹.

La riforma sulla professione forense, come accennato, ammette sì che le società tra avvocati possano essere costituite anche in forma di società di capitali e cooperative, ma pone quale requisito imprescindibile la responsabilità personale e diretta del socio che ha eseguito la prestazione (l'art. 5, comma 2, lett. f), legge, n. 247/2012, richiede, infatti, di *"prevedere che la responsabilità della società e quella dei soci non escludano la responsabilità del professionista che ha eseguito la prestazione"*).

Precisa a tal riguardo il successivo art. 14, comma 2, che *"L'incarico per lo svolgimento di attività professionale è personale anche nell'ipotesi in cui sia conferito all'avvocato componente di un'associazione o società professionale. Con l'accettazione dell'incarico l'avvocato ne assume la responsabilità personale e illimitata, solidalmente con l'associazione o la società"*.

Nello stesso senso, si pongono, del resto, diversi interventi normativi, che, appunto, prevedono una duplice responsabilità, a carico della società che ha assunto l'incarico dal cliente e degli stessi soci professionisti che hanno posto in essere le relative prestazioni professionali: così è, ad esempio, per le società interdisciplinari

²⁷ E proprio sulla base di questa osservazione parte della dottrina è giunta a configurare la società tra avvocati quale tipo autonomo: si veda, C. MONTAGNANI, *op.cit.*, spec. p.1021.

²⁸ Ritiene G. SCOGNAMIGLIO, *Amministrazione e responsabilità nelle società tra avvocati*, in *Riv.dir.impr.*, 2003, p. 325 ss., ivi, p. 338 ss., che, nel silenzio della legge, non sembra possa desumersi la sussistenza a favore dei soci di un beneficio di preventiva escussione a carico del patrimonio sociale, previsto in generale dall'art. 2304 c.c., trattandosi dell'adempimento, non dei debiti della società, ma del debito risarcitorio nei confronti del cliente, nascente da violazioni commesse in occasione dell'espletamento dell'incarico; vedi anche F. FEZZA, in *Alcuni brevi commenti al Decreto legislativo 2 febbraio 2001, n. 96 in tema di società tra avvocati*, in *Giur.comm.*, 2001, I, p. 290 ss., ivi, p. 293.

²⁹ Sull'efficacia meramente notiziale dell'iscrizione nella sezione speciale del registro delle imprese, per tutti, C. IBBA, *La pubblicità delle imprese*, Padova, 2012, p. 34 ss.e p. 254 ss., ove precisa che, mentre la mancata iscrizione della società tra avvocati nell'albo professionale può pregiudicare l'iscrizione nel registro delle imprese, non è invece certo il contrario (in quanto l'irregolarità della società tra avvocati non sembrerebbe porre problemi diversi e maggiori di quelli derivanti dall'irregolarità di una società esercente una qualsiasi altra attività economica). Ritiene, invece, possibile disaggregare gli effetti dell'iscrizione (nel senso che l'efficacia notiziale della pubblicità escluderebbe gli effetti dichiarativi, non anche quelli normativi), P. SPADA, *Schegge di riforma del diritto delle società di persone*, in *Studi in onore di P. Schlesinger*, tomo IV, Milano, 2004, p. 3105 ss. Nel senso di ritenere applicabile la disciplina sulla s.n.c. irregolare, P. MONTALENTI, *La società tra avvocati*, in *Le Società*, 2001, p. 1174; O. CAGNASSO, *La disciplina residuale del modello "società tra avvocati"*, ivi, p. 1181 ss.

(di cui all'art. 2, comma 1, lett. c), del d.l. 4 luglio 2006, n. 223), che sono comunque società di persone, ovvero per le società di revisione (ai sensi dell'art. 15, d.lgs., 27 gennaio 2010, n. 39) e di ingegneria (in base all'art. 90, comma 7, d.lgs., 12 aprile 2006, n. 163), che possono costituirsi anche come società di capitali.

Soluzioni non dissimili sono riscontrabili anche a livello comparato: la stessa legge francese n. 1258-90 prevede, infatti, che ogni socio risponda con la totalità del proprio patrimonio degli atti professionali compiuti (art. 16, comma 1)³⁰; l'art. 11, comma 2, della legge spagnola del 15 marzo 2007, n. 2, stabilisce che per le obbligazioni professionali rispondono solidalmente la società e i professionisti, soci e non soci, che hanno eseguito la prestazione professionale; e, nello stesso senso, si pone anche la legislazione di taluni Stati americani in materia di *limited liability companies* professionali³¹.

Ben diverse parrebbero, invece, le indicazioni desumibili dalla legge n. 183/2011. L'art. 10, comma 4, ammettendo l'utilizzo di tutti i tipi sociali previsti dai titoli V e VI del libro V del codice civile (quindi società di persone, di capitali e cooperative) (comma 3), sembra, infatti, rendere applicabile, in mancanza di una qualche specifica disposizione che diversamente stabilisca, la disciplina generale per gli stessi prevista dal codice civile e ciò sembrerebbe valere, in particolare, anche in materia di responsabilità professionale dei soci.

Si potrebbe, pertanto, ritenere che, nell'ottica del legislatore, le obbligazioni professionali siano da equiparare a quelle sociali e ne seguano la stessa disciplina, con la conseguenza che i soci professionisti saranno personalmente ed illimitatamente responsabili per le prestazioni eseguite, solo nella misura in cui ciò derivi dallo specifico regime di responsabilità previsto per la stessa società³².

La stessa previsione di cui all'art. 10, comma 4, lett. c-bis), imponendo alla società tra professionisti la stipula di una polizza obbligatoria per i danni cagionati ai clienti dai soci professionisti (la società deve provvedere a "*la stipula della polizza di assicurazione per la copertura dei rischi derivanti dalla responsabilità civile per i danni causati ai clienti dai singoli soci professionisti nell'esercizio dell'attività professionale*"), sembrerebbe confermare, a sua volta, che la responsabilità professionale grava essenzialmente sulla società.

Alla luce di tali considerazioni, non stupisce, pertanto, che la mancata previsione da parte della legge n. 183/2011 di una concomitante responsabilità personale dei soci che hanno eseguito la prestazione professionale, sia stata considerata dai primi commentatori potenzialmente elusiva degli artt. 2232 e 2236

³⁰ Prevede la responsabilità personale del socio la disciplina francese sulle società tra professionisti, di persone e di capitali: in tal senso, si pongono, infatti, tanto l'art. 5 della legge 29 novembre 1966, n. 66/879, sulle "*società civili professionali*", quanto l'art. 16 della legge del 31 dicembre 1990, n. 90-1258, sulle "*società di esercizio liberale*" (applicabile, per decreto n. 93-492 del 25 marzo 1993, anche alle società tra avvocati).

³¹ In argomento, si veda in particolare, J. G. McLAUGHLIN, *The Limited Liability Company: A Prime Choice for Professionals*, in *Alabama Law Review*, 45, 1993, p. 231 ss.

³² In tal senso, era anche il disegno di legge 1° febbraio 1991, n. 5429, *Disciplina delle società di professionisti* (in Atti Parlamentari, X Legislatura, Disegni di legge e relazioni), prevedendo che "*La responsabilità civile derivante dall'attività svolta è a carico della società, salvi i rapporti interni per il diritto di regresso*".

c.c., nonché generatrice di disparità di trattamento, sotto tale profilo, tra professionisti individuali (o associati) e professionisti soci di società professionale³³.

4. Rilievi critici rispetto all'esclusività della forma giuridica imposta alla società tra avvocati: a) la rilettura del principio di personalità della prestazione ex art. 2232 c.c. nell'ambito della società tra professionisti.

Nessuna delle ragioni che potrebbero in astratto legittimare l'utilizzo della sola società di persone per l'esercizio in comune della professione parrebbe decisiva, né quella che la ritiene maggiormente compatibile con l'esecuzione personale della prestazione professionale di cui all'art. 2232 c.c.- in base all'erroneo presupposto che la prestazione professionale si "personalizzi" attraverso la scelta di una società personale-, né l'idea che il relativo regime di responsabilità possa maggiormente garantire i clienti della società³⁴.

Innanzitutto, su un piano più generale, se è vero che l'*intuitus personae* tipicamente connota le società di persone, è altrettanto vero che tale caratteristica sembrerebbe trascendere tale specifica categoria, potendosi rinvenire una certa "graduazione personalistica" all'interno di un sistema organico di norme (che passa dalle società di persone a quelle di capitali, fino alle cooperative), appunto definibili società cd. "personalizzate"³⁵.

In quest'ottica, l'*intuitus personae* può costituire un carattere, se non essenziale, quantomeno eventuale delle stesse società di capitali, attraverso l'introduzione per via statutaria di elementi personalistici nei limiti di quanto consentito dalla relativa disciplina legale. Il che significa che sarà compito dello stesso statuto integrare le disposizioni di legge attraverso delle previsioni che tengano in considerazione l'esigenza di coordinare la personalità della prestazione professionale con la struttura societaria e la relativa organizzazione³⁶.

Rilievi più significativi derivano però dalla configurazione della stessa società tra professionisti e, più nello specifico, dal meccanismo posto da parte della legge alla base del suo funzionamento. Il legislatore, ricorrendo ad uno schema riproposto in diverse sedi (cfr. la disciplina delle società di ingegneria ex art. 90, comma 7, d.lgs., n. 163/2006, e, da ultimo, quella delle società tra professionisti di cui all'art. 10, comma 4, lett. c), legge n. 183/2011) distingue tra il momento dell'assunzione dell'incarico professionale da parte della società e l'esecuzione dello stesso da parte del socio professionista prescelto o comunque designato dal cliente.

Tale dissociazione, non solo renderebbe compatibile l'esercizio sociale della professione con il principio di personalità di cui all'art. 2232, ma, addirittura, sembrerebbe costituire specificazione della previsione

³³C. IBBA, *Le società tra professionisti: ancora una falsa partenza?*, in *Riv.not.*, 2012, p. 3 s.

³⁴In particolare, C. MONTAGNANI, *Il "tipo" della società tra professionisti*, cit., p. 985 s. e p. 991 ss.

³⁵E sul tema in particolare, E. SIMONETTO, *La personalizzazione delle società, in particolare le cooperative*, in *Riv.soc.*, 1999, p. 985 ss.

³⁶Così, Comitato Unitario Permanente degli Ordini e Collegi Professionali, *Le società tra professionisti: esame della normativa e proposte di intervento*, Circolare 2 gennaio 2012, p. 2 (reperibile su www.altalex.com).

contenuta nel comma 2 della stessa norma, c.c., che, appunto, consente al prestatore d'opera professionale di valersi di sostituti e ausiliari nell'esecuzione dell'incarico, rimanendo però responsabile nei confronti dei clienti anche per gli illeciti di questi ultimi, proprio in quanto egli rappresenterebbe l'unico interlocutore per coloro che gli hanno direttamente affidato l'incarico³⁷.

Detta previsione, in altri termini, sarebbe riconducibile all'art. 1218 c.c., in base al quale il debitore, che nell'adempimento dell'obbligazione assunta si avvale dell'opera di terzi, risponde, appunto, anche degli atti dolosi e colposi di costoro³⁸.

Di conseguenza, l'adempimento del contratto d'opera professionale non potrà che gravare sulla società che tale contratto ha stipulato, senza peraltro escludere che, in presenza dei necessari presupposti, anche gli stessi soci professionisti che hanno eseguito la prestazione professionale possano essere chiamati a rispondere come concorrenti, in solido con la società, degli illeciti commessi nell'espletamento degli incarichi ad essi affidati³⁹.

5.(segue): b) la responsabilità illimitata del socio professionista.

Precisato ciò, è altrettanto discutibile l'idea che la responsabilità illimitata del socio professionista possa rivelarsi più efficace di quella limitata⁴⁰.

Innanzitutto, non sembra superfluo precisare come, in realtà, nessuna norma dell'ordinamento espressamente stabilisca che il professionista intellettuale deve essere in ogni caso personalmente responsabile nei confronti del cliente per la prestazione da lui direttamente eseguita, né tantomeno tale regola può essere ricavata dall'art. 2236 c.c. (il quale si limita a prevedere che "*Se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore non risponde dei danni, se non in caso di dolo o colpa grave*"), sicché ogni diversa interpretazione sul punto si rivelerebbe discutibile, oltre che arbitraria⁴¹.

Al di là di ciò, è anche evidente che l'introduzione di una regola volta a prevedere in ogni caso il mantenimento della responsabilità dei soci professionisti accanto a quella della società, priverebbe di utilità la stessa scelta di costituire una società tra i professionisti, per i quali - sotto tale profilo - nulla cambierebbe

³⁷ Su cui in particolare, C. MONTAGNANI, *op.cit.*, p. 986 s.; EAD, *Il rapporto fra la società e i soci*, in *La società tra avvocati*, cit., p. 192 s.; A.M. LEOZAPPA, *op.cit.*, p. 64.

³⁸ Sul punto, anche per maggiori approfondimenti, si rinvia a G.MUSOLINO, *Contratto d'opera professionale*, in *Commentario*, fondato e diretto da P. Schlesinger e continuato da F.D. Busnelli, Milano, 2009, p. 220 ss.

³⁹ Di diverso avviso, però, M. CIAN, *op.cit.*, p. 20 s.

⁴⁰ Sembra persino ovvia la considerazione per cui la responsabilità della società è sempre illimitata (in quanto essa "*risponde solo nei limiti del proprio capitale come solo nei limiti del proprio "capitale" risponde la persona fisica, e quella responsabilità non può essere confusa con quella dei soci, suscettibile di diseguale regolamentazione nei diversi modelli organizzativi, ma anch'essa, per quanto illimitata, ... limitata al "capitale" del singolo*"); C. MONTAGNANI, *op.cit.*, p. 994.

⁴¹ Così, in particolare, C. CACCAVALE- F. TASSINARI, *Le società professionali tra valutazioni di carattere sistematico e prospettive di riforma*, in *Riv.not.*, I, p. 223 ss., ivi, p. 232 s.

rispetto all'esercizio individuale della professione, senza che, peraltro, il cliente possa ritenersi maggiormente garantito da tale soluzione⁴².

Come conferma il dibattito sviluppatosi anche a livello internazionale, non necessariamente la responsabilità illimitata dei soci soddisfa le ragioni del creditore sociale in modo più efficace di quanto non lo consenta la responsabilità limitata⁴³. Allo stesso modo, neanche la previsione di una responsabilità illimitata dei soci professionisti, specialmente se riferita anche agli illeciti compiuti dagli altri soci (cd. *vicarious liability*), può essere considerata in sé una soluzione ottimale, imponendo elevati costi di monitoraggio a carico dei soci stessi e, nel contempo, ponendosi quale limite alla crescita della struttura, all'innovazione dell'attività esercitata e quindi, in definitiva, alla competitività della stessa società professionale⁴⁴.

In una prospettiva più generale, è evidente che la tutela del cliente e quindi la limitazione della asimmetria informativa che caratterizza la sua relazione con il professionista non possono essere affidati alla sola responsabilità professionale dei soci (fosse anche personale e illimitata), semmai rendendosi necessaria un'equilibrata combinazione tra rimedio risarcitorio e regolamentazione *ex ante* della materia⁴⁵.

⁴²E si veda in tal senso, M. RESCIGNO, *Le società fra professionisti*, cit., spec. p. 97 ("Voler sostenere ad ogni costo il persistere, in capo al soggetto professionista che materialmente ha eseguito la prestazione, della responsabilità professionale ex art. 2236 c.c. significherebbe in certo modo snaturare l'essenza stessa dell'istituto della società tra professionisti, così a fatica autorizzato; creare un centro unitario d'imputazione di un'attività professionale e nel contempo negargli- come professionista- tale qualità nel momento più pregnante, quello della determinazione della responsabilità, per imputare, nella realtà, tale qualifica ancora una volta solo al professionista persona fisica, dimostra di non essersi affrancati da un'angusta visione della personalità della prestazione professionale e della conseguente responsabilità").

⁴³ E, in generale, sugli effetti (positivi) della responsabilità limitata, si rinvia anche per ulteriori riferimenti a, E. COURIR, *Limiti alla responsabilità imprenditoriale e rischi dei terzi*, Milano, 1997, spec. p. 153 ss. Contro l'impostazione che porta a considerare maggiormente garantistico per i terzi il regime di responsabilità illimitata, già T. ASCARELLI, *Corso di diritto commerciale, Introduzione e teoria dell'impresa*, Milano, 1962, p. 238 s., sottolineando come la responsabilità limitata, lungi dal costituire un vantaggio per il socio ed un pregiudizio per il creditore, consenta alla società di acquisire uno strumento di progresso economico ed appresti ai creditori una tutela non inferiore a quella che otterrebbero da un imprenditore individuale (poiché, nelle società di capitali, la pubblicità, le norme dettate a tutela del capitale sociale, nonché la responsabilità di amministratori e sindaci, costituirebbero adeguato strumento di garanzia).

⁴⁴ In particolare, nel senso di ritenere che il modello della *vicarious liability* dei soci professionisti non sia uno strumento efficace, dati anche gli elevati costi derivanti dal reciproco monitoraggio degli stessi soci tra loro, L.E. RIBSTEIN, *Limited Liability of Professional Firms after Enron*, Reserach Paper n. 5, aprile 2003, su www.ssrn.com. Si vedano anche i risultati della ricerca di J. ROMLEY-E. TALLEY, *Uncorporated Professionals*, USC Law and Economic Research Paper, n. 22, 2004; S.S. FORTNEY, *Professional Responsibility and Liability Issues Related to Limited Liability Law Partnerships*, in *South Texas Law Review*, vol. 39, 1998, p. 399 ss.

⁴⁵ A tal riguardo, si può innanzitutto considerare come, nell'ambito dei servizi professionali, l'asimmetria informativa caratterizzi, non solo il rapporto tra privati e autorità pubblica (che quindi si trova nella migliore posizione per conoscere e quindi prevenire, a minore costo, i rischi derivanti da determinate attività), ma anche quello tra il professionista e il cliente a causa della specificità e complessità di determinate prestazioni. Tali ragioni, insieme al rischio che la responsabilità professionale si riveli misura non realmente soddisfattiva per il danneggiato (perché alcuna iniziativa viene effettivamente promossa nei confronti del danneggiante o perché questi si trovi in stato di insolvenza o nell'impossibilità di rispondere interamente del pregiudizio cagionato, ovvero per l'incertezza legata all'esito dell'azione giudiziale), portano a ritenere che una regolamentazione *ex ante* della materia sia in ogni caso necessaria e non possa essere sostituita dalla responsabilità civile, la cui efficacia deterrente sarebbe superiore a quella della responsabilità comminata *ex post*. Sulla contrapposizione tra regolamentazione *ex ante* e comminazione della responsabilità *ex post*, si veda, con riguardo alla materia delle professioni regolamentate, T. HEREMANS, *Professional Services in the EU Internal Market*, , *Professional Services in the EU Internal Market*, Oxford, 2012, p. 62 ss.; e, più in generale, S.SHAVELL, *Liability for Harm versus Regulation of Safety*, *Journal of Legal Studies*, 1984, 13, p. 357 ss

Del resto, la previsione di un'assicurazione obbligatoria a carico della società tra professionisti per gli illeciti professionali dei soci (prevede l'art. 10, comma 4, lett. *c-bis*), della legge n. 183/2011, la stipulazione di una “polizza di assicurazione per la copertura dei rischi derivanti dalla responsabilità civile per i danni causati ai clienti dai singoli soci professionisti nell'esercizio dell'attività professionale”), sembra rendere ancora meno rilevante la scelta del regime di responsabilità per le obbligazioni professionali a carico di costoro⁴⁶.

Nello stesso senso, si pone l'esperienza dell'ordinamento tedesco, ove, se, in base alla disciplina vigente, i soci rispondano personalmente per tutte le obbligazioni della *Partnerschaft*, con la possibilità però di limitare la responsabilità per gli errori professionali al socio che ha svolto l'incarico (§ 8 Abs. 2 *PartGG*), un recente disegno di legge prevede, invece, che la responsabilità dei soci della *Partnerschaft* possa essere limitata, a condizione che l'errore professionale sia coperto da un'adeguata assicurazione sulla responsabilità professionale e che la limitazione della responsabilità sia stata specificata nella denominazione sociale⁴⁷.

Infine, neppure il fatto che la responsabilità personale e illimitata del socio professionista sia regola richiamata dagli altri interventi di legislazione speciale pare decisivo: sia perché, essendo le società di ingegneria (e, secondo talune tesi, le società di revisione) delle società di servizi, la loro disciplina non avrebbe implicazioni significative nella configurazione della società tra professionisti⁴⁸; sia perché, difficilmente, il legislatore, prima di un intervento generale e chiarificatore in materia, avrebbe potuto derogare un principio cardine dello statuto delle professioni intellettuali (quale, appunto, quello sulla responsabilità professionale, che, secondo consolidata opinione, sarebbe sempre diretta e personale). Tali considerazioni sembrerebbero sufficienti a ridimensionare la portata sistematica delle disposizioni previste in tal senso dalla normativa sulle società tra avvocati o da quella sulle società interdisciplinari.

In definitiva, sembra che la sottoposizione della società tra professionisti alle comuni regole previste in materia di responsabilità patrimoniale (soluzione che parrebbe desumibile *ex art. 10*, legge, n. 183/2011) sia regola equilibrata e adeguata, rispetto, sia alla libertà di iniziativa e di esercizio dell'attività professionale da parte dei professionisti (che potranno quindi scegliere il tipo sociale più opportuno rispetto alle esigenze e alla struttura della propria attività), sia alle aspettative di tutela dei terzi (che saranno comunque garantiti, in particolare, dalla previsione di particolari obblighi informativi, dalla certezza che l'incarico professionale venga svolto personalmente dal professionista designato, ovvero, dalla polizza assicurativa obbligatoria per gli illeciti professionali).

Al contrario, la previsione- quale regola generale- della responsabilità personale e diretta del socio professionista, in qualsiasi tipo di società, costituirebbe un'ingiustificata eccezione ai principi generali del diritto societario per tutte quelle società in cui la limitazione di responsabilità per le obbligazioni sociali sia

⁴⁶ L'obbligo di assicurazione obbligatoria per il professionista persona fisica è stato previsto, nell'ambito della riforma delle professioni regolamentate, dall'art. 5, d.p.r. del 7 agosto 2012, dettato in attuazione dell'art. 3, comma 5, del D.L. n. 138 del 2011.

⁴⁷ Vedi la notizia segnalata in *Riv.soc.*, 2012, p. 836 ss.

⁴⁸ Sulla qualificazione della società di ingegneria come società di servizi, tra tutti, F.GALGANO, *Diritto commerciale, Le società*, Bologna, 2012, p. 14. Considera la società di revisione come società tra professionisti, A.M. LEOZAPPA, *op.cit.*, p. 250 ss.

prevista dalla legge o consentita ai soci attraverso la stipulazione di un apposito patto (come nel caso della società semplice)⁴⁹.

6. La riserva dell'amministrazione in capo ai soci professionisti: alcune precisazioni.

Un'ulteriore ragione per cui la società di persone è stata ritenuta forma societaria ideale per l'esercizio in comune della professione è data, come si è visto, dalla tendenziale corrispondenza- tipica di tale tipo sociale- tra potere amministrativo e responsabilità dei soci.

Tuttavia, pare che l'attribuzione della funzione amministrativa in capo ai soli soci professionisti, espressamente prevista *ex art. 23 del d.lgs., n. 96/2001, nonché, dall'art. 5, legge, n. 247/2012, lett. d)* (che pone tra i criteri direttivi della delega quello di “*disciplinare l'organo di gestione della società tra avvocati prevedendo che i suoi componenti non possano essere estranei alla compagine sociale*”), rappresenti, più in generale, requisito identificativo della stessa fattispecie della società tra professionisti, che, a sua volta, rafforzerebbe la previsione secondo cui l'esecuzione della prestazione professionale spetta ai soli soci in possesso dei necessari requisiti abilitativi⁵⁰.

Più precisamente, se si condivide l'idea che l'attuazione dell'oggetto sociale della società tra professionisti (specie se esso è inteso come esclusivo) corrisponde all'esercizio dell'attività professionale ivi dedotta- per definizione spettante ai soli soci professionisti- sembra difficile negare che essi assumano la veste di naturali gestori della società stessa⁵¹.

⁴⁹ Vedi M.CIAN, *op.cit.*, p. 20, che rinviene nella previsione di una siffatta responsabilità una “asimmetria rispetto alle regole societarie”. Si veda anche P. SPADA, *Società tra professionisti, Società tra professionisti*, in *Riv.not.*, 1997, I, p. 1365 ss., ivi, p. 1368 s., sottolineando come, salvo l'introduzione da parte della legge di una fideiussione dei soci a favore della società, per le obbligazioni professionali, così come per ogni altra obbligazione sociale, dovrebbe rispondere la sola società tra professionisti e non i suoi soci, non potendo configurarsi, in base al diritto vigente, alcun “tipo di società che ripartisca le obbligazioni sociali in funzione della rispettiva “causale”, garantendo in modo differenziato quelle che ne abbiano una da quelle che ne abbiano altra”.

⁵⁰ Si vedano, C. MONTAGNANI, *Il “tipo” della società tra professionisti*, cit., spec. p. 1014 e 1021 s.; P. SPADA, *Schegge di riforma del diritto delle società di persone*, cit., p. 3104, nota 9; A.M. LEOZAPPA, *op.cit.*, p. 185 ss., che ritiene la partecipazione del socio all'amministrazione della società “requisito essenziale”, nonché “connotato tipologicamente essenziale” per la società tra professionisti.

⁵¹ In questi termini, P. MONTALENTI, *La società tra avvocati*, cit., p. 1177 (e anche nello scritto *L'amministrazione della società tra avvocati*, in *La società tra avvocati*, cit., p. 165 ss., ivi, p. 176 ss.) (L'amministrazione della società tra professionisti, in altri termini, non può essere riduttivamente intesa come mera gestione delle attività strumentali e dell'apparato amministrativo -contabile, corrispondendo, invece, al compimento “*di tutti gli atti tipici dell'esercizio professionale, dalle decisioni strategiche relative all'attività (...), all'assunzione degli incarichi, alla loro esecuzione*”). Nello stesso senso, A.M. LEOZAPPA, *op.cit.*, p. 190, precisando che l'esercizio professionale deve essere considerato quindi, a pieno titolo, riconducibile nell'ambito del potere amministrativo e, anzi, a ben vedere, solo tale riconducibilità sarebbe in grado di assicurare che la prestazione- nella quale si articola l'attività sociale esercitata dalla società- sia tale da garantire l'attuazione del principio di rilevanza costituzionale di cui all'art. 33, comma 5, Cost. In senso contrario, G. SCOGNAMIGLIO, *op.cit.*, p. 328 s., secondo cui l'area dell'amministrazione si identificherebbe in negativo con “*l'insieme degli atti e delle attività funzionali all'attuazione dell'oggetto sociale, che non attengano e non ineriscano all'espletamento dei singoli incarichi professionali da parte dei soci di volta in volta investiti degli stessi*” e, pertanto, ai soci amministratori spetterà il compimento degli atti strumentali, preliminari o preparatori rispetto all'esecuzione degli incarichi professionali (ad esempio, la ricerca della clientela e lo svolgimento di tutte le attività di

Di qui sembrerebbe opportuno assicurare che la totalità o quantomeno la prevalenza degli amministratori debba essere composta da soci professionisti, pur non potendosi escludere che, nell'ambito di quelle società aventi una struttura organizzativa più complessa, la gestione sociale si arricchisca di componenti ulteriori rispetto alla mera esecuzione degli incarichi professionali e renda così necessario delegare la funzione amministrativa a terzi, anche non professionisti (in tale situazione, verrebbe perciò a realizzarsi sul piano formale una dissociazione- rispetto a quella correlazione, rilevante a livello sostanziale- tra socio professionista ed amministratore)⁵².

Tale questione, come si vedrà, assume una rilevanza assolutamente centrale quando all'interno della società sia consentita anche la partecipazione di soci non professionisti (cfr. *infra*).

Il fatto che nessuna specifica previsione della legge n. 183/2011 preveda una necessaria corrispondenza tra la qualità di socio e la carica di amministratore, non significa, però, che a tale esito non si possa pervenire attraverso la disciplina generale, tanto delle società di persone (ove è addirittura normale la coincidenza tra socio ed amministratore), quanto delle stesse società di capitali (ove, ad esempio, l'art. 2475, comma 1, c.c., attribuisce l'amministrazione della s.r.l. ad uno o più soci, salvo patto contrario, mentre, l'art. 2455, comma 2, c.c., pone addirittura una corrispondenza biunivoca tra accomandatari e amministratori)⁵³.

7. La partecipazione dei soci non professionisti.

Ulteriore aspetto che si intende esaminare, in quanto significativamente differenzia la società tra avvocati di cui al d.lgs., n. 96/2001, dalla società tra professionisti *ex art. 10*, legge, n. 183/2011, concerne

rappresentanza, di "pubbliche relazioni" e di pubblicità, la cura dei rapporti inerenti l'immobile in cui ha sede la società tra professionisti, il coordinamento delle politiche tariffarie e così via).

⁵² In tal senso, anche M. CIAN, *op.cit.*, p. 8 ss. Gli amministratori (non professionisti e magari neanche soci) non potranno, però, interferire nell'esercizio dell'attività professionale, dovendo limitarsi a compiere i soli atti di gestione ad essa strumentali e quindi, semmai, a sollecitare l'esecuzione delle prestazioni da parte dei soci professionisti, ovvero, a curare l'adempimento degli obblighi informativi nei confronti dei clienti, nonché a porre in essere tutti gli ulteriori atti amministrativi in senso stretto (quali, ad esempio, la tenuta della contabilità, la redazione dei bilanci, i rapporti col personale, e così via): si vedano, G. SCHIANO DI PEPE, *Le società di professionisti*, cit., p. 189 ss.; M. RESCIGNO, *op.cit.*, p. 115 s.

⁵³ Strumenti utili a tal fine potrebbero essere, oltre che la stipulazione di patti parasociali, anche la previsione di "particolari diritti" *ex art.2468*, comma 3, c.c., aventi ad oggetto la nomina (e la revoca) degli amministratori (purchè sempre nel rispetto di quel limite- che parrebbe invalicabile- rappresentato dalla necessaria riserva, in capo ai soci professionisti, della maggioranza all'interno dell'organo amministrativo), ovvero l'emissione di strumenti finanziari partecipativi, che potrebbero consentire ai soci non professionisti che li sottoscrivessero di eleggere "*un componente indipendente del consiglio di amministrazione o del consiglio di sorveglianza o di un sindaco*" (art. 2351, comma 5). E, ovviamente, modello adeguato, in ragione della necessità di rispettare tali esigenze, potrebbe rivelarsi quello della s.a.s. o della s.a.p.a., sempre che, sfruttando la necessaria coincidenza tra accomandatari ed amministratori *ex artt. 2318*, comma 2, e 2455, comma 2, c.c., si riservi ad essi la qualifica di soci professionisti.

l'ammissibilità nella compagine sociale di soci non professionisti, tema particolarmente discusso, oltre che nel nostro ordinamento, anche presso l'esperienza straniera⁵⁴.

L'American Bar Association, nell'ambito del Model Rules of Professional Conduct (2004), ha, infatti, addirittura dettato una specifica *rule*, volta a precisare che “*A lawyer or law firm shall not share legal fees with a nonlawyer*” (Rule 5.4.a)), così impedendo agli avvocati di costituire società sia con soci di mero capitale sia con soggetti che esercitano una professione diversa da quella legale⁵⁵.

Come si è accennato, la società tra avvocati, in base al d.lgs., n. 96/2001, e all'art. 5, lett. a), legge n. 247/2012 (che pone tra i criteri direttivi cui dovrà attenersi il legislatore delegato quello di “*prevedere che l'esercizio della professione forense in forma societaria sia consentito esclusivamente a società di persone, società di capitali o società cooperative, i cui soci siano avvocati iscritti all'albo*”) escluderebbe la partecipazione di soci non in possesso del titolo di avvocato, sia che si tratti di soci non professionisti, sia che si tratti di professionisti di altra natura.

Diversamente, l'art. 10, comma 3, lett. b), ammette la partecipazione di soci non professionisti anche se soltanto “*per prestazioni tecniche*”⁵⁶ o “*per finalità d'investimento*”⁵⁷.

Per evitare il rischio che l'attività professionale possa essere condizionata da interessi esterni e di altra natura, il legislatore ha integrato il testo originario dell'art. 10, comma 4, lett. b) (tramite l'art. 9-bis, comma 1, lett. b), della legge n. 27/2012), stabilendo che, da un lato, il numero dei soci professionisti e la loro partecipazione al capitale sociale deve essere tale da determinare “*la maggioranza di due terzi nelle*

⁵⁴ Si veda a tal riguardo anche R. DANOVI, *Professione forense e società di capitali tra emergenze e urgenze*, in *Corr.giur.*, 2012, p. 5 ss.

⁵⁵ Precisa il RESTATEMENT (THIRD) OF THE LAW GOVERNING LAWYERS § 10 (2000) che “*Those limitations are prophylactic and are designed to safeguard the professional independence of lawyers. A person entitled to share a lawyer's fees is likely to attempt to influence the lawyer's activities so as to maximize those fees. That could lead inadequate legal services*”.

⁵⁶ Non particolarmente chiaro pare il riferimento alla partecipazione del socio non professionista “*per prestazioni tecniche*”, espressione che sembrerebbe richiamare quella disposizione, dettata in materia di cooperative di lavoro, volta ad ammettere a soci anche “*elementi tecnici e amministrativi nel numero strettamente sufficiente al buon funzionamento dell'ente*” (art. 23, comma 3, d.lgs. C.P.S. n. 14 dicembre 1947, n. 1577), cioè, soggetti del tutto privi di requisiti statutari per l'acquisto della qualifica di socio cooperatore ma la cui presenza può essere comunque necessaria “*al ciclo lato sensu produttivo dell'impresa cooperativa*” (così, I. CHIEFFI, *Requisiti dei soci*, in *Società cooperative*, a cura di G. Presti, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. Marchetti- L.A. Bianchi- F. Ghezzi- M. Notari, Milano, 2007, sub art. 2527, p. 229). A tale categoria potrebbero, pertanto, essere ricondotti quei soggetti dotati di una propria specializzazione o professionalità (ad esempio, di carattere tecnico, organizzativo o informatico), non riconducibile ad alcuna specifica professione (né intellettuale né protetta), ma strettamente connessa, se non addirittura strumentale, all'attività professionale esercitata dalla società o semplicemente utile ad un suo proficuo svolgimento. Ritiene che tale previsione si riferisca a soci d'opera strumentale alle prestazioni professionali, il Comitato Unitario Permanente degli Ordini e Collegi Professionali, *Le società tra professionisti*, cit., p. 4; *contra*, A. STABILINI, *I soci non professionisti*, in *Società tra professionisti*, speciale di *Le Società*, 2012, p. 42 ss, ivi, p. 48 s., sottolineando come una tale ipotesi interpretativa porterebbe ad escludere dalle forme societarie a disposizione della società tra professionisti la s.p.a., ove, come noto, i conferimenti d'opera non sono ammissibili.

⁵⁷ Riferendosi alla partecipazione “*per finalità di investimento*”, il legislatore sembrerebbe aver inteso richiamare, essenzialmente, i soci di mero cd. capitale, ovvero, coloro che- privi dei necessari requisiti professionali- mettano a disposizione della società professionale un apporto di denaro, ma anche di crediti o in natura (ad esempio, beni mobili, immobili o apparecchiature), purché strumentali all'esercizio dell'attività professionale indicata nell'oggetto sociale.

deliberazioni o nelle decisioni dei soci”, e, dall’altro lato, che il venir meno di tali condizioni costituisce causa di scioglimento della società e di cancellazione della stessa dall’albo professionale, salvo che la prevalenza dei soci professionisti sia ristabilita nel termine di sei mesi⁵⁸.

Come precisa la stessa Relazione illustrativa alla legge, tale previsione sarebbe volta a garantire che *“il controllo della società sia conservato in capo ai soggetti che ne caratterizzano la natura e l’oggetto”* e quindi, appunto, i soci professionisti⁵⁹.

La partecipazione dei soci di società professionale dovrebbe essere quindi adeguata e *coerente* rispetto all’oggetto sociale e ciò nel senso che, da un lato, i soci professionisti dovranno, non solo essere in possesso dei requisiti abilitativi necessari per l’esercizio della professione, ma anche concretamente idonei a svolgerla (come dimostra la previsione della causa di esclusione derivante dalla cancellazione definitiva dal proprio albo professionale di cui all’art. 10, comma 4, lett. *d*), legge n. 183/2011), mentre, dall’altro, i soci non professionisti saranno tenuti a svolgere delle prestazioni di supporto rispetto all’attività professionale, senza trascendere i limiti (qualitativi e quantitativi) imposti dalla natura strumentale delle stesse⁶⁰.

E ciò anche perché, se la componente non professionale giungesse a detenere la maggioranza del capitale sociale, dubbia potrebbe essere la possibilità di qualificare la società come professionale e quindi di escludere una natura imprenditoriale della stessa⁶¹.

⁵⁸Prevede, invece, l’art. 5 della legge francese n. 90-1258, che più della metà del capitale sociale e dei diritti di voto debbono essere posseduti, direttamente o indirettamente, da professionisti che esercitano nell’ambito della società. Disponeva l’art. 22 della bozza di regolamento interministeriale dettato in attuazione della legge n. 266/1997, che *“I professionisti che esercitano in seno alla società dispongono di voti sufficienti ad integrare la maggioranza assoluta nell’assemblea ordinaria”* (comma 1).

⁵⁹ D’altra parte, un tale rischio era già stato sottolineato dalla Risoluzione del Parlamento Europeo sulle professioni legali e l’interesse generale nel funzionamento dei sistemi giuridici, cit., ove si considerava che *“gli obblighi dei professionisti legali di mantenere l’indipendenza, evitare conflitti di interesse e rispettare la riservatezza del cliente sono messi particolarmente in pericolo qualora siano autorizzati ad esercitare la professione in organizzazioni che consentono a persone che non sono professionisti legali di esercitare o condividere il controllo dell’andamento dell’organizzazione mediante investimenti di capitale o altro (...)”*.

⁶⁰ Da un punto di vista sistematico, rilevante in tal senso è il combinato disposto degli artt. 2521, n. 3, c.c. (secondo cui l’atto costitutivo deve riportare *“la indicazione specifica dell’oggetto sociale con riferimento ai requisiti e agli interessi dei soci”*) e 2527, n. 6 (*“L’atto costitutivo stabilisce i requisiti per l’ammissione dei nuovi soci e la relativa procedura, secondo criteri non discriminatori coerenti con lo scopo mutualistico e l’attività economica svolta”*): il richiamo alla *“coerenza”* effettuato da quest’ultima disposizione esprime, infatti, non solo la necessità che l’aspirante socio debba avere determinate qualità per essere ammesso alla società, ma anche il fatto che tali qualità debbono essere specificamente previste in ragione del conseguimento di quello scopo mutualistico, alla cui realizzazione è predisposta la struttura dello stesso ente cooperativo (così G.A.M. TRIMARCHI, *L’oggetto sociale delle società cooperative: simmetrie e incongruenze tra mutualità e requisiti dei soci*, in in AA.VV., *Oggetto ed attività delle società: ruolo e responsabilità del Notaio*, cit., p. 203 ss., spec. p. 209 s.).

⁶¹Accenna a tale questione anche G. MARASA’, *I confini delle società tra professionisti*, cit., p. 401, sottolineando come la previsione che riserva l’esecuzione della prestazione ai soli soci professionisti non escluda o attenui i rischi di un’ *“imprenditorializzazione”* della società tra professionisti. Si veda anche C. IBBA, *Le società tra professionisti: ancora una falsa partenza?*, cit., p. 9 ss. Sul fatto che la presenza di soci non professionisti, quando minoritaria, non alteri la natura della società tra professionisti, A.M. LEOZAPPA, *Società tra professionisti e società soggette a registrazione*, in *Giur.comm.*, 2002, I, p. 737 ss., ivi, p. 750 ss., posto che, in tale ipotesi, la presenza del socio investitore è da porre in funzione della capitalizzazione della società e non del suo governo e che, proprio la sua posizione minoritaria, porta a ritenere che l’investimento del socio non professionista *“si ponga in funzione della prestazione personale del professionista, che rimane l’unica qualificante del risultato societario”*.

Se l'art. 10, comma 4, lett. b) può precludere ai soci non professionisti di assumere la maggioranza assoluta all'interno della società tra professionisti e quindi di esercitare il controllo di diritto sulla stessa, esso non è invece in grado di escludere un loro possibile controllo di fatto; a ciò si aggiunga che la mancata considerazione dell'influenza che i soci non professionisti possono assumere all'interno dell'organo amministrativo viene a creare una lacuna talmente significativa che potrebbe persino vanificare il senso della stessa previsione⁶².

A tal riguardo, l'imposizione di particolari obblighi di pubblicità circa lo svolgimento dei rapporti interni potrebbe rappresentare un temperamento solo parziale rispetto al rischio di indebiti condizionamenti dell'attività professionale e della sussistenza di situazioni di conflitto di interessi non note ai terzi (clienti della società)⁶³.

In presenza quindi di una norma, che, se interpretata letteralmente, rischierebbe di essere inefficace rispetto ai fini che essa si pone, sembrerebbe, allora, opportuno optare per una lettura teleologica della stessa, che, cioè, consenta di rispettare lo spirito della legge, al di là del mero dato normativo⁶⁴.

Del resto, non sembrerebbe che il legislatore, riservando ai soci professionisti il "controllo" della società, abbia inteso fare riferimento ad una nozione di controllo in senso tecnico (e, in particolare, quella incentrata sull'esercizio di un'influenza dominante in assemblea di cui all'art. 2359 c.c.), intendendo, invece, più in generale, scongiurare il rischio che i soci non professionisti giungano, attraverso qualsiasi modalità e anche di fatto, ad influenzare indebitamente l'attività professionale, sia a livello deliberativo che di gestione sociale⁶⁵.

Se, come precisato nel paragrafo precedente, la gestione della società tra professionisti si identifica, essenzialmente, nell'esercizio dell'attività professionale, pare logica conseguenza che la stessa sia affidata, in

⁶² In senso critico con tale disposizione i primi commentatori della legge, tra cui, in particolare, M.CIAN, *op.cit.*, p. 8 ss.; A. STABILINI, *op.cit.*, p. 47; C. IBBA, *Le società tra professionisti: ancora una falsa partenza?*, cit., p. 10. L'eventualità che i soci investitori assumano la carica amministrativa sembrerebbe data per scontata dal Consiglio di Stato, 5 luglio 2012, n. 3127, in www.altalex.com, che suggerisce la necessità di attribuire rilievo anche ai requisiti soggettivi degli amministratori delle società, che intendano acquisire, a loro volta, la qualità di soci (di investimento) della società professionale.

⁶³ In tal senso si pone la disposizione, introdotta nella bozza di regolamento del Ministero della Giustizia di concerto con il Ministero dello Sviluppo Economico del 20 giugno 2012, in www.altalex.com, in base alla quale la società tra professionisti, al momento del primo contatto col cliente, deve informarlo "sulla presenza di situazioni di conflitto di interesse tra il cliente e la società, che siano anche determinate dalla presenza di soci con finalità di investimento".

⁶⁴ In tal senso, A. STABILINI, *op.cit.*, p. 52; ma vedi L. TOFFOLETTI, *Società tra professionisti e diritto della concorrenza*, in *Società tra professionisti*, speciale di *Le Società*, 2012, p. 52 ss., ivi, p. 55.

⁶⁵ In tale prospettiva, sembrerebbe opportuno che, sia nelle società di persone che nelle società di capitali, la maggioranza dei due terzi in capo ai soci professionisti venga accertata in concreto, cioè avendo riguardo alle singole delibere approvate o alle decisioni adottate dai soci in assemblea o al di fuori della stessa, senza distinguere a seconda della specifica materia o del tipo di assemblea ordinaria o straordinaria (e vedi anche, A. STABILINI, *op.cit.*, p. 50 ss.).

via esclusiva o in prevalenza, a soci professionisti, che rappresenteranno la totalità o perlomeno la maggioranza dei componenti l'organo amministrativo⁶⁶.

In tal senso, depone la stessa legge francese sulle società tra professionisti che chiarisce, appunto, come la veste di amministratori o di dirigenti spetti ai soci professionisti, i quali comunque devono rappresentare la maggioranza all'interno del relativo organo di amministrazione⁶⁷.

Così anche l'esperienza del Regno Unito, che di recente ha reso possibile agli avvocati la creazione- sia pure con l'osservanza di talune specifiche cautele- di cd. "*Alternative Business Structures*" (A.B.S.) con soci non avvocati (cd. "*non authorized persons*")⁶⁸.

Tra le cd. "*non authorized persons*", come specifica a tal riguardo la *Solicitor Regulation Authority* (S.R.A.), possono rientrare soggetti diversi dai *lawyers* e dalle *law firms*, e, in particolare, da quelle *firms* in cui tutti i *managers* o più del novanta per cento di essi sono in possesso dei requisiti abilitativi necessari allo svolgimento della professione di avvocato (così confermando *a contrario* come proprio la composizione dell'organo amministrativo rappresenti un elemento qualificante della stessa fattispecie)⁶⁹.

Se l'A.B.S. intenda operare come cd. "*recognised body*", esercitando una delle attività legali riservate ai sensi dell'art. 12 LSA, dovrà acquisire delle specifiche autorizzazioni da parte della competente autorità di vigilanza (cd. "*Licensing authority*"), nonché garantire che almeno un *manager* sia soggetto abilitato all'esercizio della professione di *solicitor* e che tutti i *managers* siano comunque "*lawyers legally qualified bodies*"⁷⁰.

In particolare, tale autorizzazione dovrà essere richiesta, ai sensi dell'art. 72 LSA, se non abilitato sia un amministratore dell'A.B.S. o un soggetto avente nella stessa un interesse rilevante⁷¹.

⁶⁶ Pareva basarsi su tale modello la bozza di regolamento interministeriale cui rinvia la legge n. 266/1997, a seguito dell'abrogazione dell'art. 2, legge n. 1815/39, prevedendo che: "*L'amministratore unico e il presidente del consiglio di amministrazione sono soci esercenti la professione nell'ambito della società*" (art. 23, comma 1); "*La maggioranza dei componenti del consiglio di amministrazione e del comitato esecutivo è costituita da soci esercenti la professione nell'ambito della società*" (comma 2); "*Il consiglio di amministrazione può delegare le proprie attribuzioni a uno o più dei suoi membri, determinando i limiti della delega, solo se si tratta di soci*" (comma 3). L'art. 11 della direttiva 98/5/CE sull'esercizio permanente della professione di avvocato, cit., inoltre, considerava, quali indici rilevanti della presenza di persone estranee allo studio collettivo, il fatto che soggetti non aventi la qualifica di avvocato: a) ne detenessero in tutto o in parte il capitale; b) includessero il proprio nome nella denominazione professionale; c) esercitassero, di fatto o di diritto, poteri decisionali al suo interno.

⁶⁷ E in tal senso l'art. 12, legge 31 dicembre 1990, n. 90-1258. La legge federale tedesca sugli avvocati stabilisce al § 59 che soci sono solo gli avvocati che esercitano nella società e che ad essi spetta la maggioranza delle azioni e dei diritti di voto, nonché ad essi è affidata la gestione della società, precisandosi che la maggioranza degli amministratori delegati deve essere costituita da avvocati (si veda anche V. SANGIOVANNI, *La società a responsabilità limitata tra avvocati nel diritto tedesco*, in *Riv.soc.*, 1999, p. 914 ss., vi, p. 930).

⁶⁸ Nel 2011 è entrata in vigore infatti la disciplina sulla cd. "*Alternative Business Structure*" (A.B.S.) di cui alla parte 5 del *Legal Services Act 2007*, avente quale scopo quello, appunto, di consentire agli esercenti la professione legale una maggiore flessibilità e varietà nell'esercizio non individuale della propria attività.

⁶⁹ Vedi SRA, *Does your interest in an ABS require SRA approval?*, 29 maggio 2012, p. 1 s., in www.sra.org.uk.

⁷⁰ Si veda SRA, *SRA Practice Framework Rules 2011*, in www.sra.org.uk, 17 giugno 2011, p. 36.

⁷¹ Ai sensi dell'art. 72 LSA:

Come precisa l'allegato 13 al LSA, si considera portatore di un interesse rilevante ("*material interest*") nella A.B.S colui che possiede almeno il dieci per cento delle relative azioni o partecipazioni sociali ovvero colui che ha il potere di assumere decisioni rilevanti all'interno dell'organo assembleare o al di fuori di esso (in forza di "*voting powers*" o di "*voting rights*"), nonché chi sia in grado di esercitare un'influenza significativa sulla gestione della stessa ("*significant influence over the management*")⁷².

"(1) A body ("B") is a licensable body if a non-authorised person:

(a) is a manager of B, or

(b) has an interest in B.

(2) A body ("B") is also a licensable body if—

(a) another body ("A") is a manager of B, or has an interest in B, and

(b) non-authorised persons are entitled to exercise, or control the exercise of, at least 10% of the voting rights in A.

(3) For the purposes of this Act, a person has an interest in a body if—

(a) the person holds shares in the body, or

(b) the person is entitled to exercise, or control the exercise of, voting rights in the body.

(4) A body may be licensable by virtue of both subsection (1) and subsection (2).

(5) For the purposes of this Act, a non-authorised person has an indirect interest in a licensable body if the body is licensable by virtue of subsection (2) and the non-authorised person is entitled to exercise, or control the exercise of, voting rights in A. (6) In this Act "shares" means—

(a) in relation to a body with a share capital, allotted shares (within the meaning of the Companies Acts);

(b) in relation to a body with capital but no share capital, rights to share in the capital of the body;

(c) in relation to a body without capital, interests—

(i) conferring any right to share in the profits, or liability to contribute to the losses, of the body, or

(ii) giving rise to an obligation to contribute to the debts or expenses of the body in the event of a winding up;

and references to the holding of shares, or to a shareholding, are to be construed accordingly".

⁷² *"(1) For the purposes of this Part of this Act, a person holds a material interest in a body ("B") if the person—*

(a) holds at least 10% of the shares in B,

(b) is able to exercise significant influence over the management of B by virtue of the person's shareholding in B,

(c) holds at least 10% of the shares in a parent undertaking ("P") of B,

(d) is able to exercise significant influence over the management of P by virtue of the person's shareholding in P,

(e) is entitled to exercise, or control the exercise of, voting power in B which, if it consists of voting rights, constitutes at least 10% of the voting rights in B,

(f) is able to exercise significant influence over the management of B by virtue of the person's entitlement to exercise, or control the exercise of, voting rights in B,

(g) is entitled to exercise, or control the exercise of, voting power in P which, if it consists of voting rights, constitutes at least 10% of the voting rights in P,

Dal punto di vista sistematico, altrettanto significativa è la disciplina sulle società di revisione (alle quali sarebbe possibile riconoscere, secondo talune tesi, una natura di società tra professionisti) prevede, infatti, l'art. 2 del d.lgs., n. 39/2010, che la società di revisione può essere iscritta nel registro dei revisori se “b) la maggioranza dei componenti del consiglio di amministrazione o del consiglio di gestione è costituita da persone fisiche abilitate all'esercizio della revisione legale in uno degli Stati membri dell'Unione europea (...)”⁷³.

Indicazioni non dissimili provengono anche dalla disciplina di società non professionali, ma comunque appartenenti a modelli socio-economici simili (in quanto caratterizzati dalla necessaria correlazione tra particolari requisiti soggettivi o qualità professionali dei soci e la specifica natura dell'oggetto sociale): si pensi, ad esempio, alla disciplina delle società artigiane secondo cui “la maggioranza del capitale sociale e degli organi deliberanti” è detenuta dai soci artigiani (art. 5, comma 3, legge-quadro sull'artigianato, n. 443/1985)⁷⁴ o delle società cooperative, che, a sua volta, richiede che la maggioranza degli amministratori sia scelta dai soci cooperatori (art. 2542, comma 2, c.c.), precisando, invece, che i possessori di strumenti finanziari non possano eleggere più di un terzo degli amministratori (comma 4)⁷⁵.

E, non a caso, quest'ultima disposizione è considerata quale “norma-cardine a tutela dello scopo mutualistico nell'esercizio della funzione gestoria”, proprio in quanto stabilisce una necessaria connessione tra chi è in grado di decidere la gestione sociale e lo specifico scopo mutualistico perseguito dalla cooperativa⁷⁶.

Pertanto, non pare che un'interpretazione estensiva dell'art. 10, comma 4, lett. b), riferibile a qualsivoglia tipo di influenza significativa sull'attività professionale, possa essere considerata misura restrittiva ingiustificata, posto che una diversa soluzione, non solo rischierebbe di snaturare la fattispecie della società tra professionisti, ma presenterebbe il rischio che l'attività professionale risulti indebitamente condizionata

(h)is able to exercise significant influence over the management of P by virtue of the person's entitlement to exercise, or control the exercise of, voting rights in P”.

⁷³Laddove, si prevede che, nelle società di persone, la “maggioranza numerica e per quote” deve essere detenuta da soggetti abilitati all'esercizio della revisione legale in un uno degli Stati membri dell'Unione europea (lett.c)), nelle società azionarie, le azioni siano nominative e trasferibili mediante girata (lett.d)), e, nelle società di capitali nel loro insieme, “la maggioranza dei diritti di voto nell'assemblea ordinaria” spetti a soggetti abilitati all'esercizio della revisione legale in un uno degli Stati membri dell'Unione europea (lett.e)).

⁷⁴Secondo la lettura che parrebbe preferibile, l'art. 5, comma 3, legge n. 443/1985, renderebbe necessaria la prevalenza dei soci artigiani su quelli capitalisti anche nel consiglio di amministrazione e nel collegio sindacale (altrimenti risultando superfluo il richiamo agli “organi deliberanti”, essendo la base associativa- per definizione- a maggioranza artigiana) (così, tra gli altri, P.M. SANFILIPPO, *L'amministrazione delle società artigiane a responsabilità limitata*, in *R.D.S.*, 2007, p. 88 ss., e in particolare a p. 97, ove precisa tale disciplina renderebbe necessario “un coinvolgimento diretto e stabile” dei soci artigiani nell'organo amministrativo, non essendo sufficiente che questi dispongano in astratto del potere di prevalere nella guida della società, tramite la nomina degli amministratori dagli stessi disponibile quali soci di maggioranza, se poi il modello organizzativo consenta che il governo della società resti “catturato” dalla componente capitalista, per inerzia o disorganizzazione di quella artigiana (...)).

⁷⁵Sul tema approfonditamente, E. CUSA, *Il socio finanziatore nelle cooperative*, Milano, 2006, p. 461 ss.; L.F.PAOLUCCI, *La posizione del socio e il governo nelle società cooperative dopo la riforma*, in *Riv.dir.impr.*, 2003, p. 307 ss., spec. p. 311 ss.

⁷⁶Così, E. CUSA, *op.cit.*, p. 377. Sottolinea la necessità di una coincidenza tra soci cooperatori ed amministratori come strumento per “salvaguardare il mantenimento della gestione della società nei binari dell'attività mutualistica, intesa come gestione di servizio a favore dei soci”, G. MARASA', *Poteri e requisiti di eleggibilità degli amministratori di società cooperative*, in *Riv.not.*, 1988, I, p. 853 ss., ivi, p. 861.

da interessi esterni e ulteriori rispetto a quelli cui dovrebbe legittimamente ispirarsi l'esercizio della professione.

Si renderebbe allora necessario prevedere dei meccanismi che, da un lato, consentano ai soci professionisti o alla maggioranza di essi di rivestire la carica di componente dell'organo amministrativo, o, quantomeno, il diritto di nominare dei propri rappresentanti al suo interno (preferibilmente professionisti muniti di necessari requisiti abilitativi), ma che, dall'altro, evitino di disincentivare del tutto (eventuali) soci non professionisti dal prendere parte alla società professionale (ad esempio, attraverso l'attribuzione di "particolari" diritti amministrativi *ex art. 2468, comma 3, c.c.*, o l'assegnazione di azioni speciali a voto limitato).

Altrettanto necessario sarebbe che la prevalenza dei soci professionisti venga assicurata anche sul piano della concreta attività amministrativa, prevedendo, ad esempio che determinate decisioni possano essere prese solo con il voto determinante di questi (o degli amministratori da essi designati) ovvero stabilendo maggioranze qualificate a loro favore (in modo non dissimile da quanto previsto dall'art. 10, comma 4, lett. , *b*), per i soci).

Al contrario, non parrebbe giustificabile, alla stregua del principio di libertà di iniziativa economica, nonché nell'ottica di promuovere una piena concorrenzialità nell'esercizio della professione forense, l'assoluta esclusione dei soci di capitale dalla società tra avvocati, perlomeno, nella misura in cui la loro presenza non condizioni l'indipendente esercizio dell'attività professionale: tale rischio sembrerebbe, in realtà, ridimensionato, sia dalla previsione che riserva l'esecuzione dell'incarico affidato alla società al socio avvocato scelto o designato dal cliente di cui all'art. 24, comma 1, d.lgs., n. 96/2001 (richiamato dall'art. 5, lett. *e*, della legge n. 247/2012), sia dall'esclusività dell'oggetto sociale, nonché dalla riserva dell'attività amministrativa in capo ai soci avvocati (*ex artt. 23, d.lgs., n. 96/2001, e 5, legge, n. 247/2012, lett.d*) ed *m*)).

8. Considerazioni conclusive.

Alla luce delle riflessioni sinora svolte, si rende necessario qualche cenno conclusivo in merito ai rapporti sussistenti tra le diverse normative richiamate e, in particolare, tra quella generale sulle società tra professionisti di cui all'art. 10, legge, n. 183/2011, e quella particolare sulle società tra avvocati di cui al d.lgs., n. 96/2001, così come verrà modificata dalla riforma forense.

Da un lato, stabilisce l'art. 5, legge, n. 247/2012, che il Governo- entro sei mesi dall'entrata in vigore della legge stessa- emani un decreto legislativo che tenga conto "*di quanto previsto dall'articolo 10 della legge 12 novembre 2011, n. 183*" (comma 1) e preveda che "*alla società tra avvocati si applichino, in quanto compatibili, le disposizioni sull'esercizio della professione di avvocato in forma societaria di cui al decreto legislativo 2 febbraio 2001, n. 96*" (comma 2, lett. *n*)).

Dall'altro, la legge, n. 183/2011, facendo salvi i modelli societari già vigenti alla data della sua entrata in vigore (art. 10, comma 9), sembrerebbe confermare la perdurante vigenza del d.lgs., n. 96/2001, che sinora ha rappresentato l'unica disciplina sinora utilizzabile per l'esercizio in comune della professione forense (in base all'art. 16 "*l'attività professionale di rappresentanza, assistenza e difesa in giudizio può essere*

esercitata in forma comune esclusivamente secondo il tipo della società tra professionisti, denominata nel seguito società tra avvocati”; società che “*è regolata dalle norme del presente titolo e, ove non diversamente disposto, dalle norme che regolano la società in nome collettivo*”).

Ci si potrebbe chiedere, però, se la successiva legge in materia di società tra professionisti non sia suscettibile di innovare la materia e consentire agli avvocati di scegliere tra la nuova e la vecchia disciplina⁷⁷.

Diverse considerazioni porterebbero ad escludere tale ipotesi e, tra esse, in particolare, quella per cui il d.lgs., n. 96/2001, configurandosi come normativa speciale rispetto alla legge, n. 183/2011 (avente ad oggetto tutte le “*attività professionali regolamentate nel sistema ordinistico*”), non verrebbe derogata da quest’ultima- pur se successiva- in base al noto principio per cui “*lex posterior generalis non derogat priori specialis*”⁷⁸.

Inoltre, ipotizzare una concomitante applicazione di entrambe le normative potrebbe ulteriormente determinare una “confusione sistematica” rispetto a forme societarie riconducibili alla medesima “etichetta” di società tra professionisti⁷⁹.

Tuttavia, come più volte emerso nel presente scritto, è indubbio che diverse disposizioni di cui al d.lgs., n. 96/2001 (confermate dall’art. 5, legge, n. 247/2012), oltre a generare una disparità di trattamento tra avvocati e altre categorie professionali (sottoposte alla disciplina generale sulle società tra professionisti), introducono una serie di limitazioni al libero esercizio dell’attività professionale (e talvolta di “privilegi”) non facilmente giustificabili, ponendosi, perciò, in contrasto con quel principio di libertà di prestazione dei servizi, che ammette eventuali restrizioni solo in quanto “necessarie” e “proporzionate” (presupposti difficilmente dimostrabili, in presenza di una disciplina- qual è quella di cui alla legge n. 183- che, invece, per tutte le altre professioni, non pone preclusioni all’esercizio delle medesime prestazioni).

A fronte di una tale disciplina, essenziale pare il contributo dell’interprete. In tal senso, si pone la stessa legge, prevedendo che “*Le disposizioni recanti divieti, restrizioni, oneri o condizioni all’accesso ed all’esercizio delle attività professionali sono in ogni caso interpretate ed applicate in senso tassativo, restrittivo, e ragionevolmente proporzionato alle perseguite finalità di interesse pubblico generale, alla stregua dei principi costituzionali per i quali l’iniziativa economica privata è libera secondo condizioni di piena concorrenza e pari opportunità tra tutti i soggetti, presenti o futuri (...)*” (art. 1, comma 2, del decreto legge 24 gennaio n. 1/2012)⁸⁰.

⁷⁷ Ritiene priva di razionalità una soluzione che consentisse agli avvocati di optare tra il vecchio modello loro riservato ed il nuovo, M.CIAN, *op.cit.*, p. 17 s.

⁷⁸ Vedi C.IBBA, *op.cit.*, p. 7.

⁷⁹ *Ibidem*.

⁸⁰ Più in generale, il d.l. n. 138/2011, nel momento in cui precisa che “*Le disposizioni vigenti che regolano l’accesso e l’esercizio delle attività economiche devono garantire il principio di libertà di impresa e di garanzia della concorrenza. Le disposizioni relative all’introduzione di restrizioni all’accesso e all’esercizio delle attività economiche devono essere oggetto di interpretazione restrittiva*” (art. 3, comma 7), laddove, per “restrizione”, si intende anche “*la limitazione dell’esercizio di una attività economica attraverso l’indicazione tassativa della forma giuridica richiesta all’operatore*” (comma 9, lett.g)).

Si potrebbe, allora, ipotizzare che la confermata vigenza del d.lgs., n. 96, non precluda del tutto agli avvocati di ricorrere- perlomeno in assenza di espressi divieti- anche a quella generale sulle società tra professionisti, che permetterebbe loro di disporre di una serie di opzioni altrimenti dalla prima non consentite, ovvero, di disposizioni meno penalizzanti per i soci avvocati (sottoposti, come si è visto, ad una responsabilità personale e illimitata per l'esercizio dell'attività professionale svolta); tale soluzione potrebbe, del resto, rendere non inverosimile l'ipotesi di una "fuga" dalla disciplina di cui al d.lgs., n. 96, verso quella più liberale introdotta dalla legge di cd. stabilità⁸¹.

Una simile lettura sarebbe in linea con la più generale tendenza dell'ordinamento (come in modo emblematico mostra l'abolizione del sistema delle tariffe professionali) di affidare la tutela del fruitore di servizi professionali, principalmente, alla sua capacità di selezionare sul mercato i prestatori d'opera, alla stregua di qualsiasi altro consumatore, con ciò superando l'idea che la naturale asimmetria informativa sussistente tra professionista e cliente debba essere necessariamente risolta in chiave di regolamentazione della materia: a questa stregua, non si giustificerebbe l'imposizione di un'unica forma societaria o di uno statuto speciale, ben potendosi ritenere conforme ad apprezzabili interessi- del professionista come del cliente- la libertà di scelta tra modelli organizzativi e di disciplina alternativi.

In quest'ottica, ci si potrebbe allora interrogare sull'ammissibilità di società tra avvocati (di "diritto comune" ex art. 10, legge, n. 183/2011) in forma di società di capitali o cd. multiprofessionali, e ciò, perlomeno, sino a quando non entrerà in vigore la nuova disciplina ex art. 5, legge, n. 247/2012, tra i cui criteri direttivi- come accennato - vi è anche quello di prevedere che l'esercizio della professione forense sia svolto da società di capitali e cooperative, non solo di persone (come imposto dal decreto legislativo n.96), sempre che i soci siano "avvocati iscritti all'albo" (comma 2, lett. a))⁸².

Nonostante quest'ultima precisazione, non si vedrebbe per quale ragione precludere agli avvocati la costituzione di società con professionisti esercenti diverse discipline, tenuto conto che tale opzione è loro

⁸¹ La questione relativa all'impatto che l'introduzione della società tra avvocati avrebbe avuto sul tema più generale della società tra professionisti, è stata variamente affrontata dalla dottrina: si veda, in particolare, P. MONTALENTI, *La società tra avvocati*, cit., p. 1170, il quale precisava che, al momento di entrata in vigore del decreto n. 96, soltanto la società tra avvocati era "legittima perché espressamente disciplinata", mentre le altre società tra professionisti avrebbero potuto ritenersi ammesse "in quanto ciò discenda dai principi generali ma non in quanto dalla disciplina della società tra avvocati possa evincersi uno "statuto" comune a tutte le società professionali, già oggi riconoscibile come società tra professionisti" concludendo che "La s.t.p., dunque, è nell'agenda del legislatore ma non nei suoi prodotti". Nel senso di valorizzare il rinvio alla disciplina sulla società tra professionisti, O. CAGNASSO, *La disciplina residuale del modello "società tra avvocati"*, op.cit., p. 1180; ritiene la disciplina sulla società tra avvocati "lo schema base (nel senso più rigoroso) dell'esercizio societario dell'attività professionale protetta", G. CAPO, in *Alcuni brevi commenti al Decreto legislativo 2 febbraio 2001, n. 96 in tema di società tra avvocati*, in *Giur.comm.*, 2001, p. 284, sottolineando che, sebbene il provvedimento sia inteso a regolare specificamente la società tra avvocati, tuttavia esso postula, attraverso più di una disposizione, "la piena cittadinanza nell'ordinamento italiano delle società tra professionisti tout court, alle quali si riferisce come ad un genus rispetto alla species disciplinata".

⁸² Il Consiglio nazionale forense (*Dossier dell'Ufficio studi del Consiglio nazionale forense*, Roma, 22 gennaio 2013, n. 1, p. 6 s.) ritiene (con particolare riguardo al tema della partecipazione dei soci cd. di mero capitale) che la disciplina di cui all'art. 5, legge n. 247/2012, sottragga la società tra avvocati alla normativa ex art. 10, n. 183/2011. Escludono la possibilità di ricorrere a tipi societari diversi da quello (personalistico) previsto dal d.lgs., n. 96/2001, secondo cui "l'attività professionale di rappresentanza, assistenza e difesa in giudizio, può essere esercitata in forma comune esclusivamente secondo il tipo della società tra professionisti, denominata nel seguito società tra avvocati" (art. 16, comma 1), G. MARASA', op.cit., p. 403 s.; C.IBBA, op.cit., p. 8 s.

consentita dalla stessa riforma forense quando gli stessi entrino a far parte di associazioni (cfr.art. 4, comma 2, legge, n. 247/2012)⁸³.

Oltretutto, la creazione di società multiprofessionali da parte degli avvocati potrebbe essere ritenuta già ammissibile, se si considera che, tra le disposizioni legislative e regolamentari abrogate dall'art. 2, comma 1, lett. c), d.l. n. 223/ 2006, in quanto incompatibili con l'offerta di servizi interdisciplinari da parte di società di persone e associazioni tra professionisti, si possono annoverare anche quelle di cui al d.lgs., n. 96/2001, volte a consentire la partecipazione di soli soci "in possesso del titolo di avvocato" (art. 21, comma 1)⁸⁴.

Né, d'altra parte, potrebbe escludersi la partecipazione di soci di cd. capitale, qualora gli stessi siano, a loro volta, in possesso del titolo di avvocato⁸⁵.

In definitiva, pare che la valutazione della necessità e della proporzionalità di previsioni restrittive rispetto al libero esercizio dell'attività professionale rappresenti criterio interpretativo imprescindibile, alla stregua del quale leggere la disciplina vigente in materia di società tra avvocati (e tra professionisti), nonché quella che verrà introdotta a seguito della riforma forense (la quale, come conferma l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, reintrodurrebbe, sotto diversi profili, misure in vario modo limitative della concorrenza tra avvocati)⁸⁶.

⁸³ Prevede tale disposizione che "Allo scopo di assicurare al cliente prestazioni anche a carattere multidisciplinare, possono partecipare alle associazioni di cui al comma 1, oltre agli iscritti all'albo forense, anche altri liberi professionisti appartenenti alle categorie individuate con regolamento del Ministro della giustizia ai sensi dell'art. 1, commi 3 e seguenti. La professione forense può essere altresì esercitata da un avvocato che partecipa ad associazioni costituite da altri liberi professionisti".

⁸⁴ In tal senso, Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, indagine conoscitiva su *Il settore degli Ordini e dei Collegi professionali*, cit., p. 83.

⁸⁵ In tal senso, G. MARASA', in *Le società fra avvocati*, cit., p. 99.

⁸⁶ Così, Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, Parere AS974, del 9 agosto 2012, in www.agcm.it, le cui maggiori perplessità riguardano, in particolare, le norme sui compensi (che reintroducono di fatto le tariffe) e la durata troppo lunga del tirocinio, che limita la possibilità di ingresso alla professione. Altre previsioni introdotte dalla stessa legge, n. 247/2012, ulteriormente restrittive sotto il profilo della concorrenza, paiono anche quella che riserva l'attività di consulenza legale e di assistenza stragiudiziale agli avvocati (art. 2, comma 6), nonché quella che riafferma il divieto del patto di quota lite (art. 13, comma 4).