



UNIONE TRIVENETA
dei Consigli dell'Ordine degli Avvocati

**La disciplina del compenso del professionista
e quella delle società professionali
dopo la legge di conversione del decreto “Cresci Italia”
(d. l. 24 gennaio 2012, n. 1
l. 24 marzo 2012, n. 27)**

1. Le professioni intellettuali protette nella l. 24 marzo 2012, n. 27: profili generali.

La l. 24 marzo 2012, n. 27, che ha convertito con modificazioni il d. l. 24 gennaio 2012, n. 1 (recante “*Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività*”), meglio noto come decreto “Salva Italia”, ha posto nuovi cippi lungo il percorso della riforma, pretesamente liberalizzatrice, del sistema normativo delle professioni intellettuali protette.

Per quanto interessa gli avvocati, vengono specificamente in considerazione gli artt. 9 (*Disposizioni sulle professioni regolamentate*), 9bis (*Società tra professionisti*) e 10 (*Estensione ai liberi professionisti della possibilità di partecipare al patrimonio dei confidi*), norma della quale ultima peraltro, non ci occuperemo.

Anche se il disegno della riforma risulta ancora largamente incompleto, ed una valutazione compiuta di quello che potrà accadere nel futuro delle professioni protette sarà possibile solo una

volta che il sistema degli ordini professionali sarà stato riformato, tuttavia, già da ora, si delinea con sufficiente chiarezza un quadro d'insieme dove l'assetto delle professioni, pur conservando taluni tratti differenziali (in particolare con riguardo agli ordini, all'accesso, al tirocinio ed alla pratica professionale), perde in via definitiva alcune delle principali caratteristiche che l'hanno sempre distinto dall'attività d'impresa.

1.1 I precedenti normativi immediati

I passaggi legislativi di questa linea evolutiva sono, in estrema e rapida sintesi, i seguenti:

1) la c.d. manovra economica *bis* 2011 (vale a dire il d. l. 13 agosto 2011, n. 138, conv. nella l. 14 settembre 2011 n. 128) che, all'art. 3, co. 5, reca le *disposizioni di principio in materia di riforma degli ordini professionali*;

2) la l. 12 novembre 2011, n. 183 (legge di stabilità 2012), che, all'art. 10, oltre ad intervenire nuovamente in materia di *riforma degli ordini professionali*, ha introdotto la *disciplina delle società tra professionisti*;

3) il c.d. decreto "Salva Italia" (d. l. 6 dicembre 2011, n. 201 [*Disposizioni urgenti per la crescita l'equità e il consolidamento dei conti pubblici*], conv. nella l. 22 dicembre 2011, n. 214) che, all'art.

33, è intervenuto nuovamente in materia di *riforma degli ordini professionali* ed all'art. 24 ha stabilito una serie di obblighi a carico della Cassa di Previdenza;

4) il c.d. decreto "Cresci Italia", di cui si è detto in epigrafe.

Come è noto, la scintilla che ha determinato le prime misure adottate dal Governo e dal Parlamento, innescando il processo ancora in atto, è contenuta nella lettera riservata, inviata dalla BCE al Governo italiano il 5 agosto 2011, nella quale si legge che una delle sfide principali riguarda l'aumento della concorrenza, particolarmente nei servizi, e che indica tra le misure essenziali per dare impulso alla crescita economica, una complessiva, radicale e credibile strategia di riforme, inclusa la piena liberalizzazione dei servizi pubblici locali e dei servizi professionali (<http://www.ilsole24ore.com/art/notizie/2011-09-29/testo-lettera-governo-italiano-091227.shtml?uuid=Aad8ZT8D>).

1.2 Linee di tendenza nel diritto comunitario e nel diritto interno

Sarebbe tuttavia un grave errore di (sotto)valutazione ritenere che le scelte di fondo nella direzione della liberalizzazione (*rectius* imprenditorializzazione) del settore delle professioni protette, che emergono dai provvedimenti normativi sopra elencati, siano state determinate in maniera improvvisa e preconcepita sulla spinta della contingente crisi economica (anche se è certamente vero

che, come spesso avviene nel nostro paese, l'emergenza ha influito sulle modalità delle decisioni, affrancate in tal modo da un'opportuna concertazione, da un'adeguata valutazione tecnica e da una sufficiente meditazione sui loro complessivi effetti).

La questione non è affatto nuova, e arriva da lontano.

Da molti anni l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e la Commissione Europea premevano affinché il legislatore adottasse misure idonee a liberalizzare il settore delle professioni ordinarie, ritenuto arroccato su posizioni non più compatibili con i principi ispiratori dell'ordinamento economico comunitario e nazionale (cfr. le indagini conoscitive svolte dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato sul settore degli ordini professionali Provvedimento n. 19435, del 15 gennaio 2009-IC 34, in Boll. 9/2009; Provvedimento n. 5400, del 3 ottobre 1997-IC 15, in Boll. 2/2007)).

Il processo di erosione dei profili distintivi della professione intellettuale dall'attività d'impresa di prestazione di servizi, è, del resto, già in atto da tempo in ambito comunitario, particolarmente nel settore antitrust, dove si è affermata una nozione di impresa più di lata, che comprende nel suo ambito anche le libere professioni, pur se con variegate sfumature riguardanti la peculiarità di talune di esse (tra queste, in principalità, quella di avvocato, che tocca il superiore interesse alla amministrazione della giustizia: si vedano, in proposito, Corte di Giustizia, sentenza 19 febbraio

2002, causa C-35/99, *Arduino*; Corte di Giustizia, sentenza 5 dicembre 2006, cause riunite C-94/04 e C-202/04, *Cipolla e a.*; Corte di Giustizia, sentenza 29 marzo 2011, C-565/08, *Commissione c. Italia*)

A partire dalla fine del secolo scorso questa tendenza ad immettere elementi tipici dell'impresa nella disciplina delle libere professioni è emersa con sempre maggior forza anche in Italia, sia nel settore disciplinare della concorrenza (che particolarmente risente dell'influenza comunitaria), sia con riguardo alla possibilità di svolgere tali attività con forme organizzative e modalità operative tipiche dell'imprenditore (v. es. l'art. 24, co. 1, l. 7 agosto 1997, n. 266, che ha abrogato il divieto di costituzione di società fra professionisti, sancito, per precludere l'esercizio impersonale della professione, dalla l. 23 novembre 1939, n. 1815; il d. lgs. 2 febbraio 2001, n. 96, che, dando attuazione alla Direttiva n. 98/5/CE del 16 febbraio 1998, ha ammesso la società tra avvocati; v. ancora il più generale intervento in materia di concorrenza nell'esercizio delle libere professioni di cui all'art. 2 l. 4 agosto 2006, n. 248, che ha convertito il d. l. n. 23/2006 [c.d. decreto Bersani] e che sembra anche dare per presupposta l'ammissibilità della società di persone fra professionisti, consentendo espressamente anche quella interprofessionale).

Emblematica, a questo riguardo, risulta la definizione di imprenditore dell'art. 2, lett. c), d. lgs. 231/2002, in tema di lotta contro il ritardo dei pagamenti (*<<Ai fini del presente decreto si intende*

per [...] “imprenditore ogni soggetto esercente un’attività economica organizzata o una libera professione>>).

1.3 Professioni intellettuali e attività d’impresa

Il nostro ordinamento ha tradizionalmente riservato alle libere professioni un trattamento diverso rispetto all’attività d’impresa.

La pietra angolare di questa impostazione è l’art. 2238 cod. civ., che stabilisce che ai professionisti intellettuali si applicano *anche* le disposizioni in tema di impresa *soltanto* <<se l’esercizio della professione costituisce elemento di un’attività organizzata in forma d’impresa >>: quando cioè l’attività professionale è inserita in una più complessa, per sé qualificabile come impresa.

Dalla norma si deduce dunque che, in quanto tale, la libera professione non è impresa.

Questo tratto risultava particolarmente marcato nel sistema delle professioni protette, caratterizzato dal fatto che il loro esercizio è subordinato, per legge, all’<<iscrizione in appositi albi o elenchi>> (art. 2229 cod. civ.), ossia all’appartenenza a quelle <<corporazioni>> che sono gli ordini e collegi professionali (art. 2229 cod. civ.). La protezione di queste professioni, come noto, consiste essenzialmente:

- a) nell'interdizione ad esercitare la professione per chiunque non sia iscritto nell'albo o ne sia stato espulso;
- b) nella soggezione degli iscritti al potere disciplinare che gli ordini professionali, considerati per legge quali enti pubblici, esercitano sui singoli professionisti <<a salvaguardia della dignità e del decoro della professione>>;
- c) nell'applicazione di principi inderogabili, come quelli dell'esecuzione <<personale>> dell'incarico (art. 2232 cod. civ.) o della retribuzione adeguata al decoro della professione (oltre che all'importanza dell'opera) (art. 2233 cod. civ.).

Quanto al compenso è, ancora, il caso di ricordare che, ferma l'inderogabilità della regola di cui si è appena detto, il 1° co dell'art. 2233 cod. civ., prima delle invasive modifiche apportate dall'art. 9 della l. n. 27/2012, oggetto del nostro specifico esame (v. *infra*, parr. 2ss), stabiliva un criterio gerarchico di determinazione articolato su:

- a) accordo delle parti, la cui autonomia trovava un limite nell'inderogabilità dei minimi e dei massimi delle tariffe professionali: a seguito del d. l. n. 223/2006, conv. nella l. n. 248 del 2006 *cit.*, l'obbligatorietà dei minimi di tariffa e delle tariffe fisse è stata abolita;
- b) tariffe professionali;

- c) determinazione del compenso da parte del giudice, con richiesta obbligatoria del parere (non vincolante) dell'associazione professionale.

1.4 Il precario <<privilegio>> dei professionisti intellettuali

I professionisti intellettuali sono, dunque, sottratti allo statuto dell'imprenditore in generale, e dell'imprenditore commerciale in particolare.

Questa <<esenzione>> (riportiamo quasi testualmente la lucidissima analisi di PRESTI e M. RESCIGNO, *Corso di diritto commerciale*, IV ed., vol. II, Bologna, 2009, p. 23) non è tuttavia una mera applicazione dei criteri identificativi dell'impresa, poiché in tali attività, normalmente, non manca alcuno dei requisiti generali previsti dall'art. 2082 cod. civ. (sono infatti attività produttive di servizi per il mercato, svolte con metodo economico, abitualmente, con organizzazione di molteplici fattori produttivi, spesso particolarmente sofisticati e costosi). Del resto, se alle libere professioni mancasse qualcosa dei requisiti dell'impresa, non vi sarebbe stato neppure bisogno di una norma specifica di esenzione come quella, che abbiamo ricordato (v. *supra*, par. 1.3) dell'art. 2238 cod. civ..

Si tratta, quindi, di *una normativa complessivamente di favore per le libere professioni*, che non trova motivo in ragioni di coerenza sistematica, ma in chiave politico-sociologica: in un dato

momento storico gli esponenti delle libere professioni hanno ottenuto dal legislatore l'esonero dall'applicazione dello statuto dell'imprenditore, nonostante la loro attività possa astrattamente presentare tutte le caratteristiche proprie dell'impresa, al di là della specificità di determinate professioni (prima fra tutte, quella di avvocato).

Questa <<esenzione>> può essere diversamente valutata: un *privilegio*, derivante dal tradizionale prestigio delle libere professioni e dalla loro abituale preponderanza negli organi legiferanti (è questa, ad esempio, la classica lettura di GALGANO, *L'imprenditore*, XII ed, Bologna, 2008, p. 15; lo stesso autore, peraltro, ha in seguito rivisto la sua radicale posizione, almeno per quanto riguarda la professione di avvocato: v. infatti ID., *Deontologia forense e pluralità degli ordinamenti giuridici*, in *Contratto e impresa*, 2011, 287 ss., specie 296) oppure *una forma di tutela della clientela*, ove considerata unitamente a una regolamentazione restrittiva in tema di accesso alla professione e protettiva in materia di compensi, escludendo per i liberi professionisti la logica spietatamente mercantile e concorrenziale propria delle imprese.

Quale che sia la risposta (v. ancora PRESTI e M. RESCIGNO, *ibidem*), <<certo è che si tratta di una scelta politica legislativa non fondata su ragioni sistematiche e, quindi, particolarmente suscettibile di essere modificata qualora, come sta accadendo, venga perduto nella percezione

sociale e in quella delle stesse categorie interessate il senso della diversità dell'attività libero professionale rispetto alle altre attività economiche>>.

1.5 Conclusioni

L'ineccepibile analisi appena ricordata spiega la cruda realtà attuale dove, perduti i riferimenti con una classe politica autorevole e credibile (la massiccia presenza in Parlamento di appartenenti alle professioni intellettuali, spesso e con le dovute eccezioni in tutt'altre faccende affaccendati, non è certamente più sufficiente, al di là di quello che si vuol far credere, a dar voce autorevole e credibile alle libere professioni), le poderose spinte provenienti dai vari centri di potere e dai diversi settori della società civile ed economica stanno rapidamente erodendo i margini del <<privilegio>> secondo linee di tendenza assimilative delle professioni intellettuali all'attività d'impresa.

L'odierno, ed ancora incompleto, quadro normativo di cui andiamo ad occuparci ne è il portato.

2. L'art. 9 l. n. 27/2012 (compenso del professionista e tirocinio): generalità.

L'art. 9 della l. 27/2012, intitolato “*Disposizioni sulle professioni regolamentate*”, si compone di otto commi, i prime cinque dei quali sono specificamente dedicati al compenso del professionista.

Nello specifico, il **primo comma abroga le tariffe** (*rectius*: le fonti normative recanti le tariffe) delle professioni regolamentate nel sistema ordinistico.

Per quanto riguarda, in particolare, l'ordinamento forense, l'effetto abrogativo colpisce essenzialmente il decreto del Ministro della Giustizia 8 aprile 2004, n. 127, recante la determinazione degli onorari, dei diritti e delle indennità spettanti agli avvocati per le prestazioni giudiziali in materia civile, amministrativa, tributaria, penale e stragiudiziale.

Il **secondo comma** prevede che, ferma restando l'abrogazione di cui al comma 1, nel caso di liquidazione da parte di un'organo giurisdizionale, il compenso del professionista venga determinato con riferimento a <<**parametri**>> stabiliti con decreto del Ministro vigilante.

Analogamente, con decreto del Ministro di Giustizia, di concerto con il Ministro dell'Economia e delle Finanze, parametri di tal genere debbono essere stabiliti per gli oneri e le contribuzioni alle casse previdenziali e agli archivi, precedentemente basati sulle tariffe. Tale decreto deve salvaguardare l'equilibrio finanziario, anche di lungo periodo, delle casse professionali (previsione, questa, in linea con quanto stabilito all'art. 24 del d. l. n. 201/2011 *cit.* [conv. in l. 214/2011 *cit.*], che pone a carico delle Casse di previdenza degli Ordini professionali l'obbligo di elaborare, entro il 31 giugno 2012, misure volte ad assicurare l'equilibrio tra entrate contributive e spese pensionistiche per un arco temporale di cinquanta anni).

I decreti ministeriali devono essere adottati nel termine di centoventi giorni successivi alla data (25 marzo 2012) di entrata in vigore della legge di conversione.

Il terzo comma stabilisce **l'applicabilità in via transitoria**, siano all'entrata in vigore dei decreti ministeriali di cui al co. 2 (e, comunque, non oltre il centoventesimo giorno dalla data di entrata in vigore della legge di conversione), delle abrogate **tariffe**, limitatamente alla liquidazione delle spese giudiziali.

La disposizione è stata opportunamente inserita in sede di conversione, al fine di evitare il rischio di una paralisi della liquidazione giudiziale dei compensi nelle more dell'adozione dei parametri ministeriali.

A questo riguardo va ricordato che, vigente il decreto nella sua versione originaria, dove mancava la norma transitoria, l'abrogazione *tout court* delle tariffe disposta dal primo comma aveva lasciato gli uffici giudiziari e gli avvocati nella più totale incertezza circa le modalità di liquidazione dei compensi, dando luogo ad una variegata gamma di soluzioni: alcuni giudici avevano ritenuto di applicare comunque le tariffe, nonostante l'abrogazione, considerandole alla stregua di usi normativi o prassi consolidate (è stata, ad esempio, la scelta del Tribunale di Roma: cfr. circolare del 9 febbraio 2012, prot. n. 870 <<art. 9 del d. l. 24 gennaio 2012>>); altri avevano sollevato questione di legittimità costituzionale della disposizione, in considerazione della sua manifesta

irragionevolezza, che non consentiva al giudice di liquidare le spese e dunque di rispondere alla domanda di giustizia (in questo senso Trib. di Cosenza, ord. 10 febbraio 2012, n. 8501); altri ancora avevano rinviato le incombenze processuali implicanti l'applicazione delle tariffe ad una data successiva alla conversione in legge del decreto, nell'attesa che il quadro normativo fosse stabilizzato.

Il **quarto comma**, riprendendo, con alcune modifiche, il testo dell'abrogata lett. *d*) (cfr. al riguardo, art. 10, co. 12, l. n. 183/2011 *cit.*) nonché della lett. *e*) dell'art. 3, co. 5, d. l. 138/2011 *cit.*, nella parte in cui indica i principi di riforma degli ordinamenti professionali, rispettivamente in tema di determinazione del compenso e di assicurazione per i rischi derivanti dall'esercizio dell'attività professionale, impone al professionista l'obbligo di **pattuizione del compenso** <<*nelle forme previste dall'ordinamento*>> al momento del conferimento d'incarico, previa informazione al cliente sulla complessità della causa, e prevede, altresì, a carico del professionista, obblighi informativi circa gli oneri ipotizzabili per lo svolgimento della prestazione, nonché l'obbligo di indicare gli estremi della propria polizza assicurativa per i danni provocati nell'esercizio dell'attività professionale.

La misura del compenso deve previamente essere resa nota al cliente con un **preventivo di massima**, deve essere adeguata all'importanza dell'opera e pattuita indicando tutte le voci di costo per le singole prestazioni, comprensive di spese, oneri e contributi.

L'ultimo inciso del comma, con collocazione topografica priva di coerenza (trattando l'articolo di questa figura nel successivo co. 6), stabilisce che al **tirocinante** deve essere riconosciuto un **rimborso spese**, da concordate forfetariamente, dopo i primi sei mesi di tirocinio.

La norma, di immediata applicazione, pone il problema, in assenza di ulteriori indicazioni, del trattamento fiscale e contributivo di tale rimborso.

Il **quinto comma** dispone l'**abrogazione** di tutte le **disposizioni** che **rinviano alle tariffe** nella determinazione del compenso del professionista.

Il **sesto comma**, in ragione dell'abrogazione del secondo, terzo e quarto periodo dell'art. 3, co. 5, lett. *c*) del d. l. 138/2011 *cit.*, disposta dal successivo co. 7, lett. *b*), reca una disposizione (non applicabile alle professioni sanitarie, per le quali resta confermata la normativa vigente) diretta a disciplinare la materia del tirocinio previsto per l'accesso alle professioni regolamentate, ribadendo che la sua durata non può essere superiore a diciotto mesi e introducendo la possibilità di svolgere, in presenza di specifiche convenzioni quadro stipulate tra Consigli Nazionali e Ministero dell'Istruzione, l'Università e la Ricerca, i primi sei mesi di tirocinio in concomitanza con il corso

di studi universitari, nonché presso amministrazioni pubbliche, al termine del corso di laurea, in forza di apposite convenzioni tra Consigli nazionali e Ministero per la pubblica amministrazione e innovazione tecnologica.

Fino alla conclusione delle convenzioni in parola la disposizione non può, all'evidenza, ritenersi applicabile.

Per quanto invece concerne la riduzione della durata del tirocinio, è plausibile l'interpretazione secondo cui la disposizione si applica soltanto con riferimento ai nuovi tirocini, iniziati dopo l'entrata in vigore della legge di conversione (in senso conforme v. *Le professioni regolamentate nel decreto "Cresci Italia"*, Dossier di analisi documentazione dell'Ufficio Studi del Consiglio Nazionale Forense, n. 6/2012, 22 marzo 2012, p. 24s).

Depongono in tal senso, per un verso, il rilievo che la norma disegna un nuovo modello di tirocinio professionale e non la semplice riduzione della sua durata e, per l'altro verso, la mancanza di una specifica norma transitoria sul punto.

Il **settimo comma** interviene a modificare l'art. 3, co. 5, d. l. 138/2011 *cit.*, che reca i principi in materia di riforma delle professioni regolamentate: 1) anzitutto, introducendo il criterio della riduzione e dell'accorpamento, su base volontaria, fra professioni che svolgono attività simili; 2) inoltre, sopprimendo, come già detto, alcuni periodi della lett. *c*); 3) infine, abrogando la lett. *d*) del

medesimo comma, che disciplinava la materia del compenso del professionista, regolata dall'art. 9 in esame.

L'**ottavo comma** precisa che dall'attuazione delle previsioni dell'art. 9 non devono derivare nuovi oneri per la finanza pubblica.

2.1 In particolare: la disciplina delle tariffe.

Con l'abrogazione delle tariffe delle professioni regolamentate nel sistema ordinistico (co. 1) e delle disposizioni vigenti che, per la determinazione del compenso del professionista rinviano alle tariffe (co. 5), l'art. 9 porta a compimento l'opera iniziata con il d. l. n. 223/2006 cit., conv. in l. n. 248/2006 cit. (c.d. decreto Bersani), che aveva disposto l'abrogazione dell'inderogabilità dei minimi tariffari (v. *supra*, par. 1.2).

È stato assai efficacemente sottolineato (v. *Le professioni regolamentate nel decreto "Cresci Italia"* cit., p. 6), che, tra quelli recati dall'articolo in commento, si tratta probabilmente dell'intervento di maggiore portata sotto il profilo ideologico, con il quale il Governo Monti ha marcato la propria vocazione liberista sul terreno delle tariffe, luogo simbolo del presunto conflitto tra modello ordinistico e disciplina della concorrenza.

Sia chiaro, che l'abolizione, almeno per quanto riguarda le tariffe degli avvocati, contrariamente alle propagandistiche e fuorvianti informazioni che hanno accompagnato l'intervento governativo, non è stata affatto imposta da pretese esigenze di adeguamento al diritto dell'Unione Europea, e dunque costituzionalmente obbligata ai sensi del primo comma dell'art. 117 Cost. (per la compiuta dimostrazione di questo assunto v. MASTROIANNI, *La disciplina delle tariffe professionali nel decreto legge 24 gennaio 2012, n. 1. Profili di diritto dell'Unione Europea*, reperibile nel sito del Consiglio Nazionale Forense all'indirizzo <http://www.consiglionazionaleforense.it/site/home.html>).

Anzi, dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, che si è pronunciata sulla conformità delle tariffe obbligatorie alla normativa comunitaria sulla concorrenza (art. 101ss TFUE) e sulla libera prestazione di servizi (art. 56 TFUE), emerge un *favor* nei confronti delle tariffe professionali forensi, le quali, se in astratto possono essere considerate un ostacolo alla libera prestazione dei servizi ed alla libertà di stabilimento, nella specifica situazione italiana possono nondimeno essere giustificate da esigenze imperative legate all'interesse generale, quali la tutela del cliente e della buona amministrazione della giustizia (si vedano, in particolare, le già citate: Corte di Giustizia, sentenza 19 febbraio 2002, causa C-35/99, *Arduino*; Corte di Giustizia, sentenza 5 dicembre 2006, cause riunite C-94/04 e C-202/04, *Cipolla e a.*; Corte di Giustizia, sentenza 29 marzo 2011, C-565/08, *Commissione c. Italia*).

2.2 Ambito soggettivo e temporale di applicazione del 2° e 3° co., dell'art. 9.

Il secondo comma dell'art. 9 fa riferimento alla <<liquidazione>> del compenso del professionista <<da parte di un organo giurisdizionale>> , rinviano agli adottandi parametri ministeriali (e il co. 3, in via transitoria, alle vigenti tariffe).

La norma riguarda, dunque, in generale i diversi professionisti iscritti in albi che prestano la propria opera in occasione del processo e per i quali è esistito un sistema tariffario.

Nello specifico, per quanto concerne gli avvocati, il terreno elettivo di applicazione della norma sarà, all'evidenza, quello della liquidazione degli onorari di difesa ai sensi dell'art. 91 c.p.c..

È condivisibile la tesi proposta dal Consiglio Nazionale Forense (v. ancora *Le professioni regolamentate nel decreto "Cresci Italia", ibidem*) secondo cui la disposizione potrebbe trovare applicazione anche in ogni altra ipotesi di determinazione giudiziale del compenso (es. per mancata o invalida determinazione convenzionale).

Fuori dall'ambito degli avvocati, la norma riguarderà, essenzialmente, i consulenti tecnici (art. 61 c.p.c.) e gli altri ausiliari di cui all'art. 68 c.p.c..

Quanto al **profilo temporale**, si può consentire alla tesi (v. ancora *Le professioni regolamentate nel decreto "Cresci Italia", cit. p. 9*) di considerare la disposizione alla stregua di una **norma**

processuale (similmente a quanto statuito, ad esempio, in materia di gratuito patrocinio, con riguardo alle modifiche normative apportate dal d.p.r. n. 115 del 2002 alla l. n. 217 del 1990: cfr. Cass. pen., 27 ottobre 2005, in *Foro it.*, *Rep.* 2006, voce Patrocinio a spese dello Stato, n. 46) e, conseguentemente, di ritenere applicabile il principio *tempus regit actum* (art. 11 delle preleggi al codice civile), per il quale, ove il legislatore nulla abbia disposto, la fase del processo deve intendersi regolata dalle norme processuali in vigore al momento della introduzione della lite, a nulla rilevando le modifiche delle norme medesime intervenute nelle more della fase di cui trattasi, applicabili soltanto nel caso di una nuova fase di giudizio.

In questa prospettiva, con riguardo al regolamento delle spese di lite *ex art.* 91 c.p.c., i parametri ministeriali sarebbero dunque operanti solo per i giudizi introdotti *dopo* l'entrata in vigore dei relativi decreti, mentre, per i giudizi pendenti, il giudice adito dovrebbe continuare a fare applicazione delle tariffe di cui al d.m. n. 127 del 2004 (a meno di ritenere che la disposizione transitoria del 3° co. dell'art. 9 in commento valga come *diversa* volontà del legislatore, con l'effetto che, anche per i giudizi pendenti, gli atti compiuti dopo l'entrata in vigore dei decreti siano assoggettati alla nuova disciplina dei parametri).

Analogo criterio dovrebbe operare anche per le decisioni rese in sede di arbitrato rituale.

Problemi peculiari si pongono, invece, in relazione alla liquidazione delle spese e degli onorari relativi all'atto di precetto.

Merita sottolineare, a questo riguardo, come anche il Consiglio Nazionale Forense (cfr. *Le professioni regolamentate nel decreto "Cresci Italia"*, cit. p. 23) abbia avvertito l'estrema problematicità della questione, segnalando l'impossibilità di fornire indicazioni operative univoche per il caso dell'autoliquidazione di spese nel contesto del precetto. (*<<La disposizione transitoria di cui al comma 3 potrebbe consentire l'utilizzo delle tariffe abrogate. Successivamente all'adozione dei parametri ministeriali, sarà consentito al professionista farvi riferimento, in modo da poter individuare un parametro fisso che, in ogni caso, utilizzerebbe il giudice per la determinazione del compenso. Ferma restando la facoltà di autoliquidazione, il venir meno di un parametro fisso per la determinazione del compenso rende più probabile la contestazione del debitore sul punto e il rischio dell'eventuale sospensione dell'intera procedura, seppure nella vigenza transitoria delle tariffe abrogate fino al centoventunesimo giorno dall'entrata in vigore della legge di conversione. Mancando precedenti specifici in termini non può neppure affermarsi con certezza che il compenso in parola sia liquidabile dal giudice dell'esecuzione. Quest'ultima possibilità, inoltre, sarebbe comunque esclusa nel caso in cui il debitore precettato adempia spontaneamente senza che si*

proceda all'esecuzione forzata. In questo caso al creditore procedente, per recuperare i compensi, non resterebbe che cominciare un giudizio di cognizione ordinaria>>).

2.3 Le tariffe e i parametri ministeriali

La funzione dei parametri ministeriali è dunque quella di consentire al giudice, nell'esercizio del potere di liquidazione, di individuare la corretta misura del compenso della prestazione nel settore specifico delle professioni regolamentate (inoltre, come meglio si dirà *infra*, par. 2.4.1, i parametri ben potranno essere utilizzati, senza eccezione alcuna, anche in sede di stipula del contratto d'opera intellettuale tra professionista e cliente).

Muovendo da questa prospettiva, il rapporto tra gli adottandi parametri ministeriali e le previgenti tariffe sembra essere quello di <<genere>> a <<specie>>, avendo costituito fino ad oggi la tariffa, appunto, il parametro della corretta misura del compenso del professionista.

Con una differenza grave e sostanziale, tuttavia, che riguarda il procedimento di adozione (cfr. art. 17, l. 400/1998).

Le vecchie tariffe, infatti, venivano adottate, con decreto del Ministro, su impulso del Consiglio nazionale; i nuovi parametri, sembrano, invece, essere di iniziativa esclusiva del Ministro.

2.4 La pattuizione del compenso.

Il **quarto comma** dell'art. 9 impone al professionista, al momento del conferimento dell'incarico professionale, un obbligo di pattuizione del compenso.

La disposizione deve essere coordinata con quanto stabilito dai commi 1 (che sancisce l'abrogazione delle tariffe delle professioni regolamentate) e 5 (che prevede l'abrogazione delle disposizioni vigenti che, per la determinazione del compenso del professionista, rinviano a tali tariffe).

Il combinato disposto che ne risulta incide sulla norma primaria di riferimento della disciplina che regola la materia del compenso nelle professioni intellettuali, costituita dall'**art. 2233 cod. civ.**

Infatti, il primo comma di questa disposizione, come si è ricordato (v. *supra*, par. 1.3), prevede, in via gradata, tre modalità alternative di determinazione del compenso: accordo delle parti; applicazione delle tariffe; intervento dell'autorità giudiziaria, sentito obbligatoriamente il parere – non vincolante – dell'associazione professionale cui il professionista appartiene.

Per effetto delle norme sopra richiamate, risulta, oggi, abrogato, nell'ambito dell'art. 2233 cod. civ., il riferimento alle tariffe, fermi restando invece gli altri due criteri.

Occorre aggiungere che il terzo comma dell'art. 2233 cod. civ., come modificato con la riforma Bersani (d.l. n. 223/2006 cit., conv. nella l. 248/2006 cit.) impone, a pena di nullità, la forma scritta per i patti tra avvocato (o praticante abilitato) e cliente che stabiliscono i compensi professionali.

Allude a questa disposizione il co. 4 dell'art. 9, che sancisce la necessità che il compenso venga pattuito nelle <<*forme previste dall'ordinamento*>>.

La mancanza della forma scritta *ab substantiam*, nel sistema previgente, pur comportando la nullità dell'accordo relativo al compenso, lasciava integra la possibilità di determinazione del compenso secondo gli altri criteri originariamente previsti dal 1° comma dell'art. 2233 cod. civ., vale a dire le tariffe e, in subordine, la determinazione da parte del giudice, previa richiesta del parere dell'associazione professionale.

Eliminate le tariffe, residua adesso la sola alternativa della determinazione giudiziale.

Ferma la necessità della forma scritta per la determinazione del compenso tra avvocato e cliente, essi potranno ricorrere, nella loro autonomia, a qualsivoglia criterio, considerando tuttavia i limiti imposti dall'art. 9: l'abrogazione delle tariffe sancita dal comma 1 (con la precisazione che, disponendo la norma soltanto per il futuro, le tariffe potranno comunque continuare a trovare applicazione per le prestazioni svolte sino al momento dell'entrata in vigore del d.l. n. 1/2012, vale a dire il 24 gennaio 2012, giorno di pubblicazione in *Gazzetta Ufficiale*, espressamente indicata

come data di vigenza del decreto: cfr. art. 98); l'impossibilità di effettuare un riferimento espresso alle tariffe abrogate (anche in forza dell'abrogazione, disposta dal comma 5, delle disposizioni che rinviano alle tariffe per la determinazione del compenso); le indicazioni fornite dal comma 4.

In ordine a questi limiti è necessario fare alcune precisazioni.

Quanto alle tariffe, se non è certamente possibile un puro e semplice richiamo *per relationem* alle relative tabelle, l'avvocato potrà invece fare riferimento alla propria consolidata prassi formatasi alla luce delle tariffe previgenti.

In altri termini (v., in questo senso, *Le professioni regolamentate nel decreto "Cresci Italia"*, cit., p. 10 s.) *"se e nella misura in cui, le previgenti tariffe costituivano (prima del d.l. 1/2012) il riferimento principale per la richiesta del compenso presentata al cliente (...), non vi è alcuna ragione per cui le abrogate tariffe non possano continuare a costituire tale riferimento. Almeno fino a quando la loro vecchiezza non sarà sancita dal mercato (piuttosto che dalla legge), con il definitivo abbandono di quei valori monetari di riferimento negli usi e nelle prassi dei rapporti tra professionisti e loro clienti"*.

Per quanto riguarda le indicazioni fornite dal 4° co., la disposizione stabilisce che la misura del compenso sia adeguata all'*importanza dell'opera*, riproducendo parzialmente quanto già disposto dall'art. 2233, co. 2, cod. civ. in materia di determinazione del compenso del professionista

intellettuale. La previsione non sembra tuttavia avere carattere abrogativo di quest'ultima norma nella parte in cui, oltre all'importanza dell'opera, fa riferimento all'altro criterio di valutazione dell'adeguatezza del compenso del professionista, individuato nel *decoro della professione* (del resto elevato e generale canone deontologico del comportamento dell'avvocato dall'art. 5 del Codice Deontologico Forense).

2.4.1. (segue) i possibili modelli di determinazione del compenso;

Sulla scorta delle prime indicazioni fornite al riguardo dal Consiglio Nazionale Forense (v. ancora *Le professioni regolamentate nel decreto "Cresci Italia", cit., p. 19*) possono profilarsi, a titolo meramente esemplificativo, alcuni possibili modelli di determinazione del compenso.

Un primo modello è quello che fa riferimento ai **parametri** di cui al co. 2 dell'art. 9 (a questo proposito, ricordiamo che è venuta meno in sede di conversione del decreto la sanzione della nullità di protezione del loro utilizzo in relazione ai contratti sottoscritti con consumatori e microimprese).

Il ricorso ai parametri potrebbero rivelarsi di particolare utilità nella prevenzione del contenzioso, dal momento che professionista e cliente, in tal modo, anticipano in sede di pattuizione del

compenso i criteri di valutazione della prestazione che sarebbero eventualmente utilizzati dal giudice nel caso di contestazioni.

Un diverso schema è quello di carattere <<modulare>> ed analitico (**c.d. palmario**), dove si prevede il costo delle singole prestazioni, indicando le voci di ciascuna attività e dei singoli adempimenti che si prevede di espletare nello svolgimento della prestazione (es. scritti, memorie, studio della controversia, partecipazione ad udienze, ecc.).

Altro criterio è quello di prevedere una **quantificazione oraria** del compenso commisurato alle ore effettivamente impiegate per lo svolgimento della prestazione, modulabile anche in relazione alla professionalità e all'esperienza dei diversi professionisti coinvolti nello svolgimento complessivo della prestazione.

Ulteriore modello è quello dove si stabilisce un **compenso** di tipo **forfetario**, determinato per ciascuna fase del procedimento o parte della prestazione relativa all'incarico conferito.

Diversa figura è, infine, quella del **patto di quota lite**, ovvero di un compenso **percentuale** parametrato al **valore della controversia**.

Naturalmente sarà anche possibile utilizzare un sistema misto, frutto delle varie combinazioni dei criteri citati.

Il quarto comma, sempre in merito alla determinazione del compenso, richiede al professionista di indicare, per le singole prestazioni, tutte le voci di costo, comprensive di spese, oneri e contributi.

La norma deve essere letta alla luce di quanto stabilito in materia di obblighi informativi (v. *infra*, par. 2.5) e di preventivo di massima (v. *infra*, par. 2.7).

Ed allora, se il preventivo dovrà contenere soltanto indicazioni generali, relative alle attività e prestazioni che il professionista prevede ragionevolmente di svolgere, analogamente sembra potersi affermare anche per l'accordo relativo al compenso, non risultando oggettivamente possibile per il professionista prevedere in maniera analitica tutte le prestazioni che si troverà a svolgere ed ipotizzare tutte le vicende processuali che si possono verificare.

In ogni caso, l'esigenza dell'indicazione dei costi di ciascuna attività ragionevolmente prevedibile ai fini dello svolgimento dell'incarico affidato sembra riguardare essenzialmente il modello di determinazione a palmario del compenso, non anche schemi di definizioni di tipo omnicomprensivo (su base oraria, forfetaria o in misura percentuale), per i quali non vi è ragione di indicare i costi delle singole prestazioni

Sarà, comunque, buona regola inserire nell'accordo una *clausola di salvaguardia*, che faccia salve le circostanze non previste o non prevedibili dalle parti, le quali implicino un'integrazione del

compenso sulla base di una nuova negoziazione, o il riferimento al costo già indicato per le singole voci o attività.

In ogni caso, qualora nel corso dello svolgimento della prestazione professionale, per qualsiasi ragione, si superino gli oneri ipotizzabili comunicati al cliente al momento del conferimento dell'incarico, il dovere di trasparenza, lealtà e correttezza impone al professionista di informare il cliente.

Si ricordi, infine, che le voci di costo devono essere comprensive di <<*spese, oneri e contributi*>> connessi con il compenso professionale, quali IVA, contributo dovuto per la Cassa di Previdenza, spese prevedibili del giudizio (contributo unificato, spese di notifica, di trasferta, di copie autentiche, ecc.).

2.5 Gli obblighi informativi: grado di complessità dell'incarico e oneri ipotizzabili.

Il secondo periodo del comma 4 stabilisce una serie di obblighi informativi a carico del professionista.

Vengono, anzitutto, in considerazione, nello specifico, l'obbligo, correlato al principio di trasparenza, di rendere noto al cliente il grado di complessità dell'incarico e gli oneri conseguentemente ipotizzabili, dal momento del conferimento fino alla conclusione dell'incarico.

Il professionista – ma questa, in verità, era prassi comune anche prima dell'intervento del legislatore – dovrà, quindi, effettuare una valutazione *ex ante* dell'impegno che richiederà lo svolgimento della prestazione e degli oneri ipotizzabili, comunicando il tutto al suo assistito.

Le formule utilizzabili a questo fine dovranno essere tali da rendere comprensibile al cliente il grado di difficoltà della pratica (di *routine*; di media difficoltà; di un livello di complessità più elevato, che richiede un grado maggiore di competenza, professionalità ed impegno ecc.) ed i relativi costi.

Necessariamente, la valutazione non potrà che essere sommaria ed indicativa di massima, non potendo, all'evidenza, il professionista prevedere analiticamente anche tutte le possibili varianti del naturale svolgimento della prestazione, almeno per quanto riguarda gli incarichi giudiziali, dove la vicenda processuale può essere influenzata da molteplici fattori (l'attività consulenziale, per converso, meglio si presta a ritenere che la specifica degli oneri ipotizzabili possa essere più esaustiva, fatte salve le particolarità del caso concreto).

Quanto al momento in cui il professionista deve assolvere a tali obblighi informativi, nel silenzio della norma, deve ritenersi che questo coincida con il conferimento dell'incarico (visto che, del resto, la disposizione parla di oneri ipotizzabili, appunto, da un tale momento).

Non è previsto l'utilizzo della forma scritta, comunque consigliabile come prova a futura memoria.

Ancorché sia stata eliminata la previsione della versione originaria del decreto, secondo cui la violazione degli obblighi informativi circa il grado di complessità dell'incarico e gli oneri ipotizzabili rilevava sul piano deontologico, in quanto costituiva un illecito disciplinare del professionista, deve comunque ritenersi che, attenendo tali obblighi al dovere di lealtà e correttezza dell'avvocato nei confronti del cliente, il mancato adempimento possa comunque assumere, nel caso concreto, rilievo deontologico.

L'intervenuta soppressione dell'esplicita configurazione in termini di illecito disciplinare ha, peraltro, rimosso ogni automatismo, restituendo la valutazione del comportamento del professionista all'autonomo e prudente apprezzamento del Consiglio dell'Ordine .

2.5.1 (segue) l'indicazione degli estremi della polizza assicurativa.

La disposizione del 4° comma sancisce, altresì, l'obbligo del professionista di indicare gli estremi della propria polizza assicurativa per i danni provocati nell'esercizio dell'attività professionale.

Allo stato, l'obbligo di comunicazione dei dati della polizza è destinato a valere soltanto per i professionisti che sono già dotati di copertura assicurativa, non essendo ancora attuale l'obbligo di stipula della polizza sancito all'art. 3, comma 5, lett. e) del d.l. n. 138/2011 *cit.*

2.6 Preventivo del professionista

Sempre il comma 4 prevede che, prima del conferimento dell'incarico professionale (<<previamente>>), la misura del compenso che il professionista richiederà per lo svolgimento della propria prestazione è resa nota al cliente con un preventivo di massima.

Tale preventivo, in quanto <<di massima>>, potrà contenere soltanto indicazioni generali.

È da ritenere che il preventivo debba essere fornito al cliente solo ove questi lo richieda (si noti, al riguardo, la differente espressione <<deve rendere noto>>, contenuta nell'alinea che precede, rispetto a <<è (...) reso noto>> riferita al preventivo).

In sede di conversione del decreto è venuto meno il requisito della necessaria forma scritta del preventivo.

È peraltro ovvio che, qualora il preventivo sia stato predisposto in forma scritta e contenga già tutti gli elementi idonei e sufficienti a determinare la misura del compenso (v. *supra*, parr. 2.4 e 2.4.1), una volta sottoscritto dal cliente, potrà diventare parte integrante del contratto di patrocinio e riferimento per la determinazione del compenso in relazione all'incarico conferito.

2.7. La clausola abrogativa del 5° co.

Il comma 5 dell'art. 9 abroga le disposizioni vigenti che, per la determinazione del compenso del professionista, rinviano alle tariffe.

Rientra nell'ambito di questa previsione, come si è visto, il riferimento alle tariffe contenuto nel 1° co. dell'art. 2233 cod. civ. (v. *supra* par. 2.4).

Deve, viceversa, escludersi che l'abrogazione determini il venir meno del potere del Consiglio dell'Ordine di esprimersi sulla congruità dei compensi, atteso che la disposizione che disciplina tale funzione (l'art. 14, lett. *d*) r.d.l. n. 1578/33) non contiene alcun rinvio alle tariffe, così come non lo contiene l'inciso dell'art. 2233, co. 1, cod. civ., dove si fa riferimento alla richiesta del parere (non vincolante) dell'associazione professionale in caso di determinazione giudiziale del compenso.

D'altro canto, anche l'art. 636 c.p.c., in relazione alla liquidazione degli onorari e delle spese di avvocati e notai di cui all'art. 633, n. 2 e 3, c.p.c., richiede che la nota spese sia <<*corredata dal parere della competente associazione professionale*>>, solamente qualora l'ammontare delle spese e prestazioni non sia <<*determinato in base a tariffe obbligatorie*>>, e dunque svincola il Consiglio dell'Ordine del necessario collegamento alle tariffe.

Nell'attività di opinamento il Consiglio dell'Ordine dovrà fare riferimento alle tariffe, per quanto riguarda le prestazioni svolte nella vigenza delle stesse, mentre, per le altre, potrà utilizzare i

parametri ministeriali ed i canoni ricavabili dal comma 4 dell'art. 9 e dall'art. 2233 cod. civ.

(importanza e complessità dell'opera, decoro della professione) (v. *supra* par. 2.4).

Non sembra invece applicabile, stante la diversa natura della prestazione, il generale principio di ragionevolezza e di adeguatezza del compenso alla qualità e quantità del lavoro prestato (art. 36 Cost.) (in questo senso cfr. Cass. 2009/21235, 2003/1233, 1999/7543).

3. L'art. 9 bis e le società tra professionisti: generalità

L'art. 9 bis della l. n. 71/2012 ha introdotto alcune modifiche, dirette, nelle intenzioni, a riportare in asse la disciplina delle società tra professionisti, introdotta nel nostro ordinamento dall'art. 10, commi da 3 a 11, della l. 12 novembre 2011, n. 183 (v. *supra*, par. 1.1).

Gioverà, in via preliminare, sintetizzare il testo coordinato dei due provvedimenti normativi.

Il **comma 3** dell'art. 10 *cit.*, consente <<per l'esercizio di attività professionali regolamentate nel sistema ordinistico>> la costituzione di società, secondo i modelli sia del tipo lucrativo (l'intera gamma, dalla società semplice fino alla società per azioni) che del tipo mutualistico.

L'art. 9 bis *cit.* ha aggiunto, alla fine del comma, la specificazione che le società cooperative di professionisti sono costituite da un numero di soci non inferiori a tre.

Il **comma 4** stabilisce i requisiti che deve possedere una società tra professionisti (l'utilizzo del plurale <<*professionisti*>> non sembra escludere, per i tipi – s.p.a. ed s.r.l. - in cui è consentita, anche la figura della società unipersonale).

.Nello specifico, l'atto costitutivo deve prevedere:

- a) l'esercizio in via esclusiva dell'attività professionale da parte dei soci;
- b) l'ammissione, in qualità di soci, dei soli professionisti iscritti ad ordini, albi e collegi, anche in differenti sezioni, nonché dei cittadini degli Stati membri dell'Unione europea, purché in possesso del titolo di studio abilitante, ovvero di soggetti non professionisti soltanto per prestazioni tecniche, o per finalità di investimento.

L'art. 9 *bis* cit. ha integrato questa previsione, stabilendo che << *in ogni caso il numero dei soci professionisti e la partecipazione al capitale sociale dei professionisti deve essere tale da determinare la maggioranza di due terzi nelle deliberazioni o decisioni dei soci; il venir meno di tale condizione costituisce causa di scioglimento della società e il consiglio dell'ordine o collegio professionale presso il quale è iscritta la società procede alla cancellazione della stessa dall'albo, salvo che la società non abbia provveduto a ristabilire la prevalenza dei soci professionisti nel termine perentorio di sei mesi*>>;

c) criteri e modalità affinché l'esecuzione dell'incarico professionale conferito alla società sia eseguito solo dai soci in possesso dei requisiti per l'esercizio della prestazione professionale richiesta; la designazione del socio professionista sia compiuta dall'utente e, in mancanza di tale designazione, il nominativo debba essere previamente comunicato per iscritto all'utente.

L'art. 9 *bis* cit. ha aggiunto la lett. *c) bis*, contenente l'ulteriore previsione della stipula di 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.

d) le modalità di esclusione dalla società del socio che sia stato cancellato dal rispettivo albo con provvedimento definitivo.

Il **comma 5**, regolando la denominazione sociale, pone come unico vincolo la necessità del riferimento alla società tra professionisti, lasciando per il resto piena libertà nella sua formazione (salve, è da ritenere, le regole particolari del tipo societario prescelto: v. es. artt. 2292 e 2314 cod. civ.).

Il **comma 6** pone un vincolo di esclusiva per tutti i soci (anche non professionisti), prevedendo l'incompatibilità della partecipazione a più società tra professionisti.

Il **comma 7** dispone che i professionisti soci sono tenuti all'osservanza del codice deontologico del proprio ordine e che la società è soggetta al regime disciplinare dell'ordine al quale risulta iscritta.

L'art. 9 *bis cit.* ha integrato la disposizione prevedendo, altresì, che il socio professionista possa opporre agli altri soci il segreto concernente le attività professionali a lui affidate.

Il **comma 8** consente la costituzione di società multidisciplinari, destinate all'esercizio di più attività professionali.

Il **comma 9**, come rivisitato dall'art. 9 *bis cit.*, prevede che restino salve le associazioni professionali, nonché i diversi modelli societari già vigenti alla data di entrata in vigore della l. n.

183/2011. Il successivo **comma 11** sancisce l'abrogazione della legge 23 novembre 1939, n. 1815 (*Disciplina giuridica degli studi di assistenza e consulenza*).

Dal combinato disposto dei due commi emerge che, per il futuro, non sarà più possibile costituire associazioni professionali, in quanto, con l'abrogazione della legge del 1939, viene a mancare il presupposto giuridico del patto associativo.

Per le associazioni esistenti alla data di entrata in vigore della l. n. 183/2011, stante la loro espressa salvezza, potrebbe ipotizzarsi l'ultrattività della l. n. 1815/1939 nonostante la sua dichiarata abrogazione, salvo ammettere, nella contraria ipotesi, che l'integrale venir meno della normativa di riferimento del 1939 comporti l'applicazione di normative assimilabili (individuate nella disciplina

della società semplice, piuttosto che in quella delle associazioni non riconosciute: per questa soluzione si veda, articolatamente, TOFFOLETTO, *Società tra professionisti*, in *Le società* 2012, 31ss., specie 33).

Il **comma 10** richiede un regolamento di attuazione, da emanarsi ai sensi dell'art. 17, co. 3, della l. 23 agosto 1988, n. 400 dal Ministro della Giustizia di concerto con il Ministro dello Sviluppo Economico, allo scopo di disciplinare le materie di cui ai precedenti commi 4, lett. c) (relativo ai criteri e alle modalità di esecuzione dell'incarico professionale secondo i principi ivi stabiliti), 6 (relativo al vincolo di esclusiva) e 7 (relativo all'applicazione delle regole deontologiche ai professionisti e del regime disciplinare alla società tra professionisti).

Il regolamento deve essere emanato entro sei mesi dalla data di pubblicazione della l. n. 183/2011 (avvenuta nella *Gazzetta Ufficiale* del 14 novembre 2011, n. 265, Supp. ord. n. 234).

È da ritenere che, costituendo i sopra ricordati profili elemento essenziale della disciplina della società tra professionisti, fino all'entrata in vigore del regolamento, anche la normativa primaria dell'art. 10 l. n. 183/2011 non possa trovare concreta applicazione.

A questo riguardo si noti, tuttavia, come il citato comma 10 rinvii espressamente al tipo di regolamento previsto dal co. 3 dell'art. 17 l. n. 400/1988, vale a dire ad un regolamento ministeriale (o interministeriale), che però non è fonte abilitata a disciplinare l'esecuzione di norme primarie e

l'attuazione e l'integrazione di norme primarie di principio (tali sono quelle richiamate), prerogativa riservata ai soli regolamenti di cui al co. 1 (decreti del Presidente della Repubblica).

Il legislatore del 2011 potrebbe, dunque, essere incorso nello stesso errore in cui era caduta la l. n. 266 del 1997 cit., la quale, all'art. 24, dopo aver abrogato l'art. 2 della l. n. 1815 del 1939, che sanciva il divieto di costituzione di una società fra professionisti (v. *supra*, par.1. 2.), rinviava ad un successivo regolamento del Ministro della Giustizia per la disciplina organica della materia, mai emanato proprio a causa di quel vizio genetico.

3.1 Avvertenza metodologica.

La nuova disciplina delle società tra professionisti rappresenta l'epilogo, particolarmente cruento, della linea evolutiva dell'esercizio in forma associata delle professioni intellettuali (per un quadro di questa evoluzione, i cui fondamentali dati normativi sono stati riassunti *supra*, par. 1.2., v. l'accurata ricostruzione di M. RESCIGNO, *La "lunga marcia" verso la società tra professionisti*, in *La società tra avvocati*, a cura di De Angelis, Milano, 2003, p. 11ss.).

Non è, naturalmente, possibile, in questa sede, approfondire la disamina dei molti problemi agitati da un simile, assetto disciplinare, destinato a sconvolgere la tradizionale impostazione dell'esercizio

delle attività regolamentate nel sistema ordinistico ed a suscitare ampi dibattiti, non solo tra i pratici, ma anche a livello dottrinale.

L'ambito di questo scritto è assai più modesto e ristretto, limitato a sintetici spunti per una prima, rapida lettura della disciplina, con riserva di tornare compiutamente sull'argomento una volta che, emanato anche il necessario regolamento attuativo, il quadro di riferimento risulterà sufficientemente consolidato.

Volendo, comunque, anticipare un giudizio di massima sul nuovo apparato normativo, la disciplina del 2011 mostra, anche ad un'analisi sommaria, gravi carenze e numerosi aspetti critici.

Al massimo livello di pericolosità si colloca la possibilità di partecipazione alle società di soggetti non professionisti e la conseguente prospettiva che, nel mercato delle libere professioni, facciano ingresso potenti organizzazioni imprenditoriali (lo studio legale partecipato da una banca, quello medico da un'impresa farmaceutica ecc.), in grado di condizionare l'autonomia ed indipendenza del professionista e la stessa tutela del cliente, a beneficio di logiche puramente mercatistiche e degli interessi del capitale, senza contare il rischio latente della presenza di investitori e di risorse di provenienza illecita (basta pensare alla possibilità, non sufficientemente contrastata, di infiltrazioni mafiose o delinquenti).

Senza alcuna opposizione preconcepita a strumenti associativi coerenti con il grado di maturità economica dell'esercizio della professione di avvocato, ma compatibili con quelli che sono e devono rimanere gli assi portanti di una funzione che tocca l'interesse pubblico generale della buona amministrazione della giustizia (libertà, autonomia, indipendenza, canoni deontologici, specificità della prestazione intellettuale ecc.), il meno che si possa dire è che questo, dirompente intervento avrebbe richiesto una ben più attenta riflessione da parte del legislatore.

3.2 Rapporti tra la società tra professionisti ex l. n. 183 del 2011 e la società tra avvocati ex d. lgs. n. 96/2001.

La prima questione da affrontare riguarda il rapporto tra la nuova disciplina generale della società tra professionisti, introdotta dalla l. n. 183 del 2011 *cit.*, e quella speciale della società tra avvocati, contenuta nel d. lgs. n. 96/2001 *cit.*.

È noto infatti che, prima dell'invasivo intervento del legislatore del 2011 (rattoppato dall'art. 9 *bis* di cui abbiamo detto), l'unico fenomeno, definito in modo normativamente compiuto, di società tra professionisti esercenti una professione regolamentata nel sistema ordinistico è costituito proprio dalla società tra avvocati, contemplata dagli artt. 16 ss. del d. lgs. 2 febbraio 2001, n. 96, emanato in

attuazione della Direttiva n. 98/5/CE del 16 febbraio 1998 ed in esecuzione della legge delega 21 dicembre 1999, n. 526 (c.d. legge comunitaria del 1999).

Converrà riepilogare brevemente (per un quadro esauriente v. AA.VV., *La società tra avvocati*, a cura di De Angelis, Milano, 2003) i contenuti di questa disciplina (al di là degli esiti assai modesti del modello sul piano pratico, dovuto anche all'incertezza sul suo regime fiscale, mai definito con una specifica regolamentazione di settore).

La società tra avvocati deve costituirsi con atto pubblico o scrittura privata con sottoscrizioni autenticate dei contraenti (art. 17, co. 1) ed è regolata dalla speciale disciplina prevista nel decreto e, ove non diversamente disposto, dalle norme relative alla società in nome collettivo (art. 16, co. 2).

La ragione sociale è costituita dal nome e dal titolo professionale di tutti i soci ovvero di uno o più soci, mentre non è consentita l'indicazione del nome di un socio avvocato dopo la cessazione della appartenenza alla società, salvo diverso accordo tra la società e il socio cessato o i suoi eredi (art. 18).

L'oggetto sociale è costituito *esclusivamente* dall'esercizio in comune della professione dei propri soci, salva la possibilità dell'acquisto di beni e diritti strumentali all'esercizio della professione e di compiere qualsiasi attività diretta a tale scopo (art. 17, co. 2).

È prevista l'iscrizione della società tra avvocati nel registro delle imprese, in una sezione speciale relativa alle società tra professionisti, con una mera <<funzione di certificazione anagrafica e di pubblicità notizia>> (art. 16, co. 2).

È, inoltre, prevista l'iscrizione della società nella sezione speciale dell'albo degli avvocati, con applicazione alla stessa, in quanto compatibili, delle norme che disciplinano la professione di avvocato (art. 16, co. 4).

I soci della società tra avvocati devono essere in possesso del titolo di avvocato e la partecipazione a tale società è incompatibile con la partecipazione ad altra società tra avvocati (art. 21).

Alle cause di esclusione di diritto comune si aggiunge la cancellazione o la radiazione dall'albo. Tale causa di esclusione opera di diritto, mentre la sospensione di un socio dall'albo è causa di esclusione facoltativa dalla società (art. 21, co. 4).

L'amministrazione della società tra avvocati spetta – salva diversa pattuizione – ai soci in via disgiuntiva e non può essere affidata a terzi (art. 25).

La nuova disciplina regola anche i profili che attengono:

- al rapporto tra esercizio della professione intellettuale e svolgimento di un'attività economica definibile in termini di attività d'impresa (viene infatti esclusa la fallibilità della società tra avvocati: art. 16, co. 3);

- alla rilevanza del principio della personalizzazione dell'attività del professionista (viene previsto un sistema di conferimento dell'incarico professionale e di obblighi di informazione, volto ad assicurare lo svolgimento personale della prestazione: art. 24);
- al regime di responsabilità patrimoniale (viene prevista la responsabilità personale e illimitata dei soci per l'attività professionale svolta in esecuzione dell'incarico, mentre la società risponde con il suo patrimonio; in caso di mancata comunicazione al cliente del nome del socio o dei soci incaricati prima dell'inizio dell'esecuzione del mandato, per le obbligazioni derivanti dall'attività professionale, svolta da uno o più soci, oltre alla società, sono responsabili illimitatamente e solidalmente tutti i soci; per le obbligazioni sociali non derivanti dall'attività professionale rispondono personalmente e solidalmente tutti i soci e il patto contrario non ha effetto nei confronti di terzi: art. 26).

Questa, in sintesi, la disciplina del tipo società tra avvocati.

Il confronto dei due apparati normativi (società tra professionisti, società tra avvocati) rende evidente che solo il d. lgs. n. 96/2001 offre soluzioni compiute ed equilibrate a tutti i classici temi dibattuti con riguardo all'esercizio individuale e collettivo delle professioni intellettuali.

Orbene, il comma 9 dell'art. 10 della l. n. 183/2011, come riscritto dall'art. 9 *bis* qui in esame, facendo salvi soltanto i diversi modelli societari *già vigenti* alla data di entrata in vigore della legge,

pare alludere anche alla società tra avvocati regolata dal citato d. lgs. del 2001, con ciò sembrando, implicitamente escludere, altresì, la possibilità di far ricorso ad essa per il futuro.

Occorre tuttavia tener presente che la disciplina di cui al d. lgs. n. 96/2001 è di derivazione comunitaria – quindi costituzionalmente coperta dall'art. 11 Cost.- ed ha, comunque, carattere di specialità rispetto alla regolamentazione generale introdotta dalla l. n. 183 del 2011, per la quale vale il principio *lex posterior generalis non derogat priori speciali*.

Ove, sulla scorta di questi criteri, si dovesse allora ammettere, come ben si potrebbe, la perdurante coesistenza, anche per le future costituende società, del modello speciale della società tra avvocati con quelli generali disciplinati dalla legge del 2011, ne deriverebbe una conseguenza di enorme rilevanza pratica, considerate le lacune e le criticità di questi ultimi modelli, per l'esercizio collettivo della professione forense.

L' art. 16, co. 1, del d.lgs. n. 96/2001, stabilisce infatti che <<*l'attività professionale di rappresentanza, assistenza e difesa in giudizio può essere esercitata in forma comune esclusivamente secondo il tipo della (...) società tra avvocati*>>, come regolata dalle norme del decreto (2° co.).

Dunque, per l'esercizio in forma collettiva della professione *giudiziale* forense, vi sarebbe un vincolo di *esclusiva* nella scelta del tipo (vale a dire il solo modello della società tra avvocati

disciplinata dal d.lgs. n. 96/2001), rimanendo viceversa preclusa la possibilità di utilizzare a questo scopo i modelli generali della l. n. 183 del 2011 (risultandone, tra l'altro, per quanto riguarda gli avvocati, una fattispecie societaria che non ha davvero eguali nel panorama europeo: per una completa ricognizione v. NASCIMBENE, *La professione forense nell'Unione Europea*, Milano, 2010, specie p. 81ss.)

Questi ultimi rimarrebbero fruibili soltanto per le attività di consulenza stragiudiziale (e, forse, di assistenza in arbitrato e nelle forme di *alternative dispute resolution*), estranee all'ambito di protezione della professione, in quanto tendenzialmente non riservate.

3.3. Profili problematici della disciplina della società tra professionisti di cui alla l. n. 183/2011

Ripercorrendo, senza alcuna pretesa di completezza, l'art. 10 della l. n. 183/2011, nella parte che riguarda le società tra professionisti, oltre ai profili problematici già esposti *supra*, parr. 3 e 3.1, balza immediatamente agli occhi la grave questione se la previsione dell'«*esercizio in via esclusiva dell'attività professionale*» (v. il comma 4, lett. a) comporti un vincolo normativo sull'**oggetto sociale**, nel senso che la società debba avere quale oggetto esclusivo l'esercizio della professione.

Il concetto stesso di società tra professionisti porterebbe a questa interpretazione, ma il tenore letterale della disposizione, che collega la locuzione ai soci, potrebbe invece indirizzare verso la

soluzione opposta, che consentirebbe alla società di avere nel suo oggetto anche attività complementari (il che sarebbe comunque ragionevole) o, addirittura, attività del tutto diverse, anche non professionali (per approfondimenti in ordine all'oggetto della società tra professionisti, v. ancora TOFFOLETTO, *op. cit.*, 35s).

Il tema dell'oggetto sociale apre anche al problema dell'assoggettabilità della società tra professionisti alle **procedure concorsuali**, mancando, nell'articolo in commento, un'esplicita previsione a questo riguardo, a differenza di quanto si è visto a proposito della società tra avvocati (v. *supra*, par. 3.2).

Ove si ritenga, alla stregua dell'art. 2238 cod. civ., che residui ancora uno scarto differenziale tra esercizio della professione, anche se in forma collettiva, ed attività d'impresa, la risposta dovrebbe essere negativa (artt. 2221 cod. civ. e 1 l. fall.), salvo naturalmente il caso che la società tra professionisti eserciti *anche* una diversa attività definibile commerciale.

Avvalorata questa conclusione la considerazione che la società tra professionisti può assumere, tra le altre, la forma della società semplice, per definizione esclusa dall'esercizio di attività commerciale.

Il vero punto di caduta della norma è tuttavia quello, già segnalato, che consente la partecipazione di soggetti non professionisti per finalità di investimento (tra l'altro, senza prevedere alcun controllo

sulla titolarità della partecipazione, se non nei limiti di quanto risulta dal registro delle imprese, che peraltro non è omogeneo nei diversi tipi di società).

Non è assolutamente risolutiva dei problemi ed idonea a scongiurare i rischi che pone una simile previsione, l'avvenuta introduzione, con l'art. 9 *bis*, del correttivo secondo cui, inderogabilmente, il numero dei soci professionisti e la partecipazione al capitale sociale dei professionisti deve essere tale da determinare la maggioranza di due terzi nelle deliberazioni o decisioni dei soci.

Infatti, la regola di prevalenza dei soci professionisti nella misura indicata dalla disposizione, al di là della possibilità di patti di sindacato (probabilmente nulli perché comunque contrari alla stessa), potrebbe essere, comunque, indebolita dall'introduzione di clausole che prevedano maggioranze superiori (cosa ben possibile, ad esempio, nella s.r.l., per non parlare delle società personali dove, salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo, vige il principio dell'unanimità), tali da consentire ai soci investitori di influire comunque sulle scelte decisionali.

Rimane, comunque, il fatto cruciale che ai soci investitori non è in alcun modo interdetto l'ingresso nell'organo amministrativo (che, al limite, potrebbe essere composto soltanto da questi o addirittura, nella società azionaria ed in quella a responsabilità limitata, da soggetti esterni a loro riferibili).

La cosa risulta particolarmente grave nella società per azioni, dove l'art. 2380 *bis* cod. civ. attribuisce, in modo inderogabile, agli amministratori il monopolio nella gestione dell'impresa sociale, con l'effetto che, ove tutti o la maggioranza dei non professionisti fossero amministratori, potrebbero stabilire la politica gestionale in assoluta libertà.

Ed anche a non voler considerare questa eventualità, la garanzia della prevalenza dei soci professionisti si rivela comunque insufficiente nella società per azioni, che, lasciando immutate le maggioranze previste dalla norma, potrebbe fare ricorso all'emissione di strumenti finanziari forniti di diritti amministrativi (art. 2346, co. 6, cod. civ.), per consentire agli investitori non professionisti (addirittura anche non soci) di interferire comunque nella gestione della società.

La clausola di prevalenza risulta poi agevolmente eludibile nella società a responsabilità limitata, stante la possibilità che l'atto costitutivo preveda l'attribuzione a singoli soci di *particolari diritti* riguardanti (anche) l'amministrazione della società (art. 2468, co. 3, cod. civ.).

L'impatto di simili costruzioni, contrastabili solo *ex post* in termini di possibile frode alla legge, sarebbe forse essere attenuabili ricorrendo al modello societario dell'accomandita, semplice o per azioni, dove i soli professionisti fossero soci accomandatari, riservando a questi la legge (artt. 2318, co. 2, e 2320 cod. civ.; art. 2455, co. 2, cod. civ.) è riservata l'amministrazione della società, in via esclusiva.

Più semplice risulta, invece, definire i contorni della partecipazione dei soci non professionisti che esercitano soltanto <<*prestazioni tecniche*>>, probabilmente riconducibili agli schemi delle prestazioni strumentali.

Criticità emergono anche dalla previsione dell'esclusione del socio professionista nel caso di cancellazione dall'albo con provvedimento definitivo (la norma sembra fare riferimento tanto alla cancellazione volontaria, quanto a quella per motivi disciplinari, anche se in quest'ultimo caso il termine utilizzato non è tecnicamente ineccepibile, poiché non prende in considerazione la ben più grave ipotesi della radiazione, da ritenersi invece senz'altro ricompresa nella fattispecie).

La norma intende evitare che il professionista non più abilitato possa continuare l'esercizio della sua attività schermandosi dietro alla società, ma non prevede alcuna salvaguardia per le vicende che possono invece riguardare i soci non professionisti.

Sarebbe opportuno, allora, che, almeno a livello statutario, venissero fissati adeguati requisiti di onorabilità, con conseguente possibilità di esclusione, anche per i soci investitori, al fine di prevenire infiltrazioni pericolose o eccessivamente invasive.

Resta tuttavia il problema della compatibilità della previsione di esclusione sancita dalla norma con tipi societari ai quali l'istituto è estraneo, come la società per azioni.

Particolarmente carente si rivela poi la scarsa regolamentazione (da integrare con il decreto ministeriale attuativo, se ed in quanto possibile: v. *supra*, par. 3) che riguarda il contratto d'opera professionale e la responsabilità per inadempimento o da fatto illecito nello svolgimento dell'attività (per un tentativo di ricostruzione v. TOFFOLETTO, *op. cit.*, 36s), specie se confrontata con l'accurata disciplina di questi profili offerta invece dal d. lgs. n. 96/2001 per le società tra avvocati. Assolutamente scoperto risulta, infine, il fronte tributario e previdenziale, tutto ancora da esplorare, che già di per se stesso potrà fortemente condizionare gli esiti della riforma.

A cura dell'Avv. Diego Manente