

(PARERE COA 23.04.2015)

L'avv. \* ha chiesto al COA di esprimere parere sulla compatibilità dell'esercizio della professione forense e la qualità di consigliere di amministrazione di società di capitali a prevalente partecipazione pubblica.

Il Consiglio, udita la relazione del V. Pres. Squartecchia, esprime il seguente parere.

E' stata richiesta l'espressione di un parere circa la corretta interpretazione della norma espressa dall'articolo 18, comma 1, lettera C, della legge 31 dicembre 2012, n. 247, ed in particolare se, alla luce della disposizione in argomento, l'esercizio della professione forense sia compatibile con la qualità di mero componente del consiglio di amministrazione di una società di capitali, con partecipazione pubblica non totalitaria.

Al fine di fornire un esaustivo riscontro alla richiesta formulata dall'Avv. \*, che pone un quesito di notevole rilievo, poiché potenzialmente riguardante un'ampia casistica, in considerazione della larga diffusione del fenomeno delle società partecipate da enti pubblici e dell'elevata possibilità che ad iscritti all'Albo degli Avvocati sia richiesto di sedere nei conferenti consigli di amministrazione, occorre muovere da un preliminare esame dell'evoluzione normativa in ordine alle situazioni di incompatibilità in relazione alla particolare materia di interesse nel passaggio dal pregresso ordinamento professionale a quello attualmente vigente.

L'articolo 3, comma 1, del R.D.L. 27 novembre 1933, n. 1578 (convertito con la legge 22 gennaio 1934, n. 36), ora abrogato dall'articolo 18 della legge 31 dicembre 2012, n. 247, recante la "Nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense", statuiva che l'esercizio delle professioni di avvocato e di procuratore fosse incompatibile con l'esercizio del commercio in nome proprio o in nome altrui.

Sia la giurisprudenza domestica che quella di legittimità, nella vigenza della precitata norma, avevano evidenziato che l'espressione linguistica impiegata fosse da interpretare nel senso che l'incompatibilità sussistesse, con riferimento agli organi di amministrazione di una società di capitali, allorquando la carica rivestita dall'avvocato comportasse effettivi poteri di gestione e di rappresentanza dell'ente sociale. In proposito, tra le più significative, possono ricordarsi le seguenti decisioni:

- Consiglio Nazionale Forense, 26 giugno 2003, n. 165, con la quale si stabilì che fosse incompatibile con l'esercizio della professione forense la carica di presidente di una s.p.a., se pure municipalizzata, quale importasse poteri effettivi di gestione ordinaria e straordinaria, contestualmente rilevando che la sola ipotesi nella quale la compatibilità non avrebbe potuto essere dichiarata si riferiva all'attribuzione di funzioni meramente amministrative e rappresentative (nella fattispecie concreta, lo statuto sociale conferiva al presidente del c. di a. poteri gestori);

- Corte di Cassazione, SS.UU., 5 gennaio 2007, n. 37, nella motivazione della quale è dato di leggere: *"la giurisprudenza di questa Corte (nonché del Consiglio Nazionale Forense) in materia è fermissima nel ritenere che la situazione d'incompatibilità con l'esercizio della professione forense, prevista del R.D.L. 27 novembre 1933, n. 1578, art. 3, comma 1, per il caso di 'esercizio del commercio in nome altrui' ricorre nei confronti del professionista che assuma la carica di amministratore delegato di una società commerciale, ove risulti che tale carica, in forza dell'atto costitutivo o di delega del consiglio di amministrazione, comporti effettivi poteri di gestione e di rappresentanza, ed a prescindere da ogni indagine sulla consistenza patrimoniale della società medesima e sulla sua conseguente esposizione a procedure concorsuali (in termini, ad esempio, Cass., Sez. Un., 24 marzo 1977, n. 1143). In altri termini, il professionista che ricopra la carica di Presidente del consiglio di amministrazione, di amministratore unico o di amministratore delegato di una società commerciale si trova in una situazione di incompatibilità (esercizio del commercio in nome altrui) prevista R.D.L. n. 1578, art. 3, situazione di incompatibilità che, invece, non ricorre quando il professionista pur ricoprendo la carica di Presidente del consiglio di amministrazione, sia stato privato, per statuto sociale o per successiva deliberazione, dei poteri di gestione*

*dell'attività commerciale, attraverso la nomina di un amministratore delegato (cfr. Cons. Naz. For. 20 settembre 2000, n. 90; Cons. Naz. For. 12 novembre 1996)”.*

La materia è attualmente regolamentata dall'art. 18 della legge 31 dicembre 2012, n. 247, rubricato alle “*incompatibilità*”, che elenca le situazioni che non consentono di continuare ad esercitare la professione forense come in appresso:

*“La professione di avvocato è incompatibile:*

*a) con qualsiasi altra attività di lavoro autonomo svolta continuativamente o professionalmente, escluse quelle di carattere scientifico, letterario, artistico e culturale, e con l'esercizio dell'attività di notaio. E' consentita l'iscrizione nell'albo dei dottori commercialisti e degli esperti contabili, nell'elenco dei pubblicisti e nel registro dei revisori contabili o nell'albo dei consulenti del lavoro;*

*b) con l'esercizio di qualsiasi attività di impresa commerciale svolta in nome proprio o in nome o per conto altrui. E' fatta salva la possibilità di assumere incarichi di gestione e vigilanza nelle procedure concorsuali o in altre procedure relative a crisi di impresa;*

*c) con la qualità di socio illimitatamente responsabile o di amministratore di società di persone, aventi quale finalità l'esercizio di attività di impresa commerciale, in qualunque forma costituite, **nonché con la qualità di amministratore unico o consigliere delegato di società di capitali, anche in forma cooperativa, nonché con la qualità di presidente di consiglio di amministrazione con poteri individuali di gestione. L'incompatibilità non sussiste se l'oggetto della attività della società è limitato esclusivamente all'amministrazione di beni, personali o familiari, nonché per gli enti e consorzi pubblici e per le società a capitale interamente pubblico;***

*d) con qualsiasi attività di lavoro subordinato anche se con orario di lavoro limitato”.*

Le Sezioni Unite della Cassazione hanno già avuto modo di rilevare, in una recente pronuncia (18 novembre 2013, n. 25797), che l'attuale disposizione legale in tema di incompatibilità con l'esercizio della professione forense, dianzi riprodotta per esteso, costituisca il frutto dell'elaborazione in sede normativa di precetti consolidatisi attraverso l'esercizio della giurisdizione del C.N.F. e della stessa Corte di legittimità rispetto alla previsione contenuta nel comma 1 dell'art. 3 del R.D.L. n. 1578/1933. Dalla motivazione della citata sentenza si ritiene utile estrarre i seguenti passi: “*Nelle more del giudizio di legittimità, il R.D. 27 novembre 1933, n. 1578, art. 3, è stato abrogato per incompatibilità dalla L. 31 dicembre 2012, n. 247, art. 18, che ha dettato una nuova disciplina dell'incompatibilità della professione di avvocato con l'attività d'impresa. La disposizione prevede ora, per quel che in questa sede interessa, che la professione di avvocato è incompatibile con la qualità di presidente di consiglio di amministrazione con poteri individuali di gestione di società capitalistiche. La norma sopravvenuta non è applicabile alla fattispecie oggetto del giudizio, perché in materia di sanzioni disciplinari a carico degli avvocati, trattandosi di sanzioni amministrative, non vige, salvo diversa espressa previsione di legge, il canone penalistico dell'applicazione retroattiva della norma più favorevole, e al fatto si applica la sanzione vigente nel momento in cui il medesimo è stato commesso (Cass. Sez. un. 26 novembre 2008 n. 28159, 10 agosto 2012 n. 14374, 17 giugno 2013 n. 15120). La nuova disposizione, tuttavia, recepisce sostanzialmente un principio che era stato già enunciato e applicato dalle sezioni unite di questa corte in sede d'interpretazione del R.D. 27 novembre 1933, n. 1578, art. 3 (norma applicabile nella fattispecie *ratione temporis*), nella parte in cui dichiarava la professione di avvocato incompatibile con l'esercizio del commercio in nome altrui. Era infatti principio già consolidato che il legale il quale ricopra la qualità di presidente del consiglio di amministrazione o di amministratore delegato o unico di una società commerciale si trova, ai sensi del R.D.L. 27 novembre 1933, n. 1578, art. 3, comma 1, in una situazione d'incompatibilità con l'esercizio della professione forense (esercizio del commercio in nome altrui), qualora risulti che tale carica comporti effettivi poteri di gestione o di rappresentanza, e a prescindere da ogni indagine sulla consistenza patrimoniale della società medesima e sulla sua conseguente esposizione a procedure concorsuali (giurisprudenza costante delle sezioni unite di questa corte, da Cass. Sez. un. 24 marzo 1977, n. 1143, alle più recenti 5 gennaio 2007 n. 37, e 28 febbraio 2011 n. 4773)”.*

L'elencazione contenuta nell'articolo 18 della L. n. 247/2012, in ragione della diretta derivazione da precetti, anche giurisprudenziali, che da lunghissimo tempo hanno regolato la materia, deve essere intesa come esaustiva. Essa costituisce, cioè, il catalogo esclusivo delle situazioni di incompatibilità con l'esercizio della professione forense.

D'altronde, atteso che le conseguenze connesse al riconoscimento di una situazione di incompatibilità sono particolarmente gravi per l'iscritto all'albo professionale, le disposizioni in argomento devono essere interpretate in modo rigoroso, restrittivo, sì da evitare di ampliare indebitamente l'area del non consentito.

La finalità perseguita dal legislatore coincide, invero, con un limite all'esercizio di una professione liberale, che si giustifica unicamente per il rilievo che essa riveste in vista della garanzia di funzioni essenziali ed irrinunciabili secondo il nostro ordinamento giuridico, quale quella (ma non solo quella) difensiva in ogni procedimento di natura giurisdizionale.

Avuto riguardo al quesito posto, non può mancare di rilevarsi che l'articolo 18 della legge n. 247/2012 pone un sicuro discrimine, oltrepassato il quale diviene incompatibile la situazione descritta con l'esercizio della professione forense: ciò che non è consentito all'avvocato nell'ambito dell'amministrazione di una società di capitali è l'effettivo, concreto, uso di poteri gestori, in modo autonomo. Le figure che vengono in considerazione, ai sensi della lettera C, sono difatti caratterizzate dalla diretta ed esclusiva implicazione nell'uso dei poteri di gestione: l'amministratore unico; il consigliere delegato; il presidente del consiglio di amministrazione, in quanto munito di "*poteri individuali di gestione*".

*A contrariis*, la qualità di componente di un consiglio di amministrazione di una società di capitali, che dunque non sia chiamato in quanto tale ad esercitare concreti poteri gestori, e soltanto cooperi con l'assunzione di determinazioni da parte dell'organismo collegiale (e fintanto che, ovviamente, il collegio sussista), non può essere ritenuta di per sé incompatibile con l'esercizio della professione forense.

Naturalmente, occorrerà indagare anche il caso concreto, nel senso che, ad esempio, laddove un avvocato si trovasse ad essere l'unico superstite di un consiglio di amministrazione di una società di capitali, in quanto gli altri componenti si siano nel frattempo dimessi o siano comunque venuti meno (perché revocati, perché inibiti allo svolgimento delle funzioni per ordine di un giudice, ecc.), e svolgesse poteri gestori in via esclusiva, è chiaro che si verrebbe a trovare in una situazione di incompatibilità con l'esercizio della professione forense, da rimuoversi in via immediata, la *ratio* della disposizione in commento essendo chiaramente rinvenibile nel divieto di assumere e svolgere in modo individuale poteri di gestione della società di capitali.

Restano ovviamente ferme le esclusioni dalla condizione di incompatibilità previste dal secondo periodo della lettera C dell'articolo 18 della legge n. 247/2012, onde laddove il capitale sociale fosse interamente pubblico, ovvero l'oggetto dell'attività sociale fosse limitato all'amministrazione di beni personali o familiari, il problema non si porrebbe nemmeno.

In sintesi, l'art. 18 della L. 247/12, volendo dare una individuazione precisa delle fattispecie nelle quali ricorre l'incompatibilità, ne fa una elencazione specifica, precisando, con riferimento alle società di capitali anche in forma cooperativa, che sussiste incompatibilità solo in relazione a figure caratterizzate dall'esercizio individuale dei poteri di gestione: amministratore unico, consigliere delegato e presidente di consiglio di amministrazione allorché gli siano attribuiti poteri individuali di gestione.

Tale elencazione va considerata in senso tassativo, anche alla luce delle conseguenze connesse alla violazione dell'art. 18 L.P.F., cosicché quanto la norma non vieta espressamente può considerarsi compatibile con l'esercizio della professione forense.

P.Q.M.

Il Consiglio delibera di esprimere il seguente parere: "Non è incompatibile con l'esercizio della professione di avvocato la qualità di mero componente di consiglio di amministrazione di società di capitali a prevalente partecipazione pubblica".