

Riforma del 139, più garanzie

MASSIMILIANO LENCIONI E ANDREA MAFFEI*

L'Ungdec commenta la sentenza della Cassazione sull'esercizio abusivo della professione. Con la definizione di attività riservate tutelata la clientela. A pochi giorni dal deposito in cancelleria appare opportuno dedicare una approfondita riflessione sul contenuto della sent. della Corte di cassazione n. 33464/2018 che torna a far discutere su un tema decisamente controverso che si inquadra nel dibattito di riforma del dlgs 139/2005 inserito all'art. 2 della legge 34/2005 quale «incipit normativo» alla costituzione dell'Ordine dei dottori commercialisti e degli esperti contabili. Appare doveroso prioritariamente ripercorrere a grandi linee il percorso che ci ha portato qui. La Corte costituzionale già dal lontano 1996 (sent. n. 418/1996) indicava una serie di principi generali secondo cui la determinazione del campo delle attività professionali non deve portare ad attribuzioni di attività in via esclusiva. Tale principio può ritenersi derogato solo per effetto di un'univoca ed espressa disposizione attributiva di funzioni e competenze esercitabili solo dalla categoria professionale (norma delegata e norma delegata). In altri termini, se nella norma delegante non si rinviene alcuna attribuzione in via esclusiva di competenze, la norma delegata non può dettare un elenco tassativo di attività esclusive. Il passaggio successivo, come anticipato, è stato il dlgs 139/2005 che ha introdotto la disciplina dell'esercizio abusivo della professione senza tuttavia rinviare l'attribuzione di dette attività alla categoria professionale in via esclusiva.

La sentenza letterale del 1996 ha interpretato il decreto in senso tassativo, ritenendo che il campo delle attività riservate non deve essere determinato in via esclusiva. La Corte ha precisato che la riserva di attività deve essere intesa in senso relativo, non assoluto. La sentenza ha stabilito che la riserva di attività deve essere intesa in senso relativo, non assoluto. La sentenza ha stabilito che la riserva di attività deve essere intesa in senso relativo, non assoluto.



professionali non deve portare ad attribuzioni di attività in via esclusiva. Tale principio può ritenersi derogato solo per effetto di un'univoca ed espressa disposizione attributiva di funzioni e competenze esercitabili solo dalla categoria professionale (norma delegata e norma delegata). In altri termini, se nella norma delegante non si rinviene alcuna attribuzione in via esclusiva di competenze, la norma delegata non può dettare un elenco tassativo di attività esclusive. Il passaggio successivo, come anticipato, è stato il dlgs 139/2005 che ha introdotto la disciplina dell'esercizio abusivo della professione senza tuttavia rinviare l'attribuzione di dette attività alla categoria professionale in via esclusiva.

La sentenza letterale del 1996 ha interpretato il decreto in senso tassativo, ritenendo che il campo delle attività riservate non deve essere determinato in via esclusiva. La Corte ha precisato che la riserva di attività deve essere intesa in senso relativo, non assoluto. La sentenza ha stabilito che la riserva di attività deve essere intesa in senso relativo, non assoluto.

ereditari degni del sistema corporativo medievale». Con la finalità di calmierare le parcelle si arrivò, pensando di tutelare il bene del cittadino, all'abolizione delle tariffe professionali con una costante ossessione per la «concorrenza». Quest'ultima, tuttavia, si scontrava con la finalità iniziale della norma transnazionale che, infatti, parla di «Competition law». Il concetto anglosassone di «competitività» da noi è stato mal interpretato con «concorrenza» il cui significato ha portato in primis alla spasmodica ricerca di riduzione del costo. Tutto ciò ha determinato lo scadere del livello qualitativo delle prestazioni professionali, rendendo, molto spesso, impossibile un controllo di qualità non esistendo organi preposti. La competitività che rende un sistema virtuoso, ha intrinseco il concetto di specializzazione; la concorrenza, invece, spesso sottende a un peggioramento del livello qualitativo. L'errata interpretazione di «liberismo» ha portato a una «liberalizzazione» trasversale del mercato generando un naturale livellamento al ribasso della qualità. In questo modo si è aperto, quindi, il campo ad errate interpretazioni rispetto ai ruoli dei professionisti e sull'annosa, e a parere degli scriventi fastidiosissima, dualità tra «l'esercizio abusivo della professione» e il «libero mercato». L'entrata in vigore della legge 4/2013 non ha di certo creato chiarezza: se da una parte all'art. 1 prevede che per «professione non organizzata...» «si intende l'attività economica, anche organizzata, volta alla prestazione di servizi o di opere a favore di terzi, esercitata abitualmente e prevalentemente mediante lavoro intellettuale, o comunque con il concorso di questo, con esclusione delle attività riservate per legge a soggetti iscritti in albi o elenchi», dall'altra è in evidente contrasto con l'art. 1 del 1395 nel quale vengono analiticamente indicate aree, di «competenza specifica», pur non in via esclusiva. Con sent. n. 11545/2012 emessa dopo l'entrata in vigore del 139, la Sezione penale ha stabilito che si concreta l'esercizio abusivo di una professione, punibile a norma dell'art. 348c.p., «non solo nel compimento senza titolo, anche se posto in essere occasionalmente e gratuitamente, di atti da ritenere attribuiti in via esclusiva a una determinata professione, ma anche nel compimento senza titolo di atti che, pur non attribuiti singolarmente in via esclusiva, siano univocamente individuati come di competenza specifica di una data professione, allorché lo stesso compimento venga realizzato con modalità tali, per continuità, onerosità e (almeno minimale) organizzazione, da creare, in assenza di chiare indicazioni diverse, le oggettive apparenze di un'attività professionale svolta da soggetto regolarmente abilitato» Quella di cui sopra costituisce una impostazione più restrittiva rispetto a quella della Corte costituzionale, poiché ritiene penalmente rilevante l'esercizio di attività che, pur non essendo riservate ai dottori commercialisti, sono svolte in modo da creare «l'apparenza» nel cliente di un'attività professionale svolta in via esclusiva. Evidente che se con un po' di coraggio, ma anche di consapevolezza dell'interpretazione giurisprudenziale, ai tribunali fosse sottoposta questa problematica da ogni singolo consiglio dell'ordine locale, sarebbe difficile arrivare ad una totale e massiva archiviazione. Questo però è demandato alla sensibilità del singolo ordine locale e in quanto coinvolge esigenze e interessi territoriali. La Cassazione civile al tempo stesso con l'ord. n. 13342/2018 appare più in linea con la posizione assunta dalla Corte costituzionale e ritiene valido il contratto tra una società di servizi e un cliente relativo a consulenza fiscale,

tributaria ed elaborazione dati contabili poiché tale attività non sono di competenza esclusiva dei **commercialisti**, richiamando integralmente il principio esposto della Corte costituzionale. Come già evidenziato, con particolare focus sulle ultime due pronunce citate, si viene a creare un evidente conflitto, a parere degli scriventi, imbarazzante perché pone la medesima fattispecie su due tavoli con un «unico mazzo di carte»: da una parte (Cass. sezioni unite) emerge che il soggetto che svolge attività non esclusiva con un'organizzazione professionale tale da apparire un dottore commercialista, potrebbe, civilisticamente, chiedere un compenso per la propria attività (Cass. 13342/2018), dall'altra si evince tuttavia che sarebbe, penalmente, sanzionabile per esercizio abusivo della professione (Cass. sez. unite 11545/2012). L'ultima recente pronuncia (Cass. penale n. 33464/2018) vede l'esercizio dell'attività da parte di un soggetto tramite una srl, senza la presenza di soggetti abilitati al suo interno. Dopo una condanna in primo e secondo grado, proposto ricorso in Cassazione, il ricorrente evidenzia che l'attività abusiva contestata, rientra a suo parere in quelle ex lege 4/2013, sostenendo inoltre di aver fornito ai clienti idonea informativa circa la sua carenza di abilitazione e che operava in virtù di un'esperienza pluriennale. La Cassazione tuttavia, conferma la condanna del ricorrente evidenziando che non poteva ritenersi rilevante che quest'ultimo avesse «avvisato» i clienti della propria mancanza di abilitazione, inoltre le prestazioni «nel loro continuo coordinato ed oneroso riproporsi abbiano ingenerato nei clienti una situazione di apparenza di attività professionale svolta da soggetto regolarmente abilitato, determinando in questo modo un affidamento incolpevole». Finalmente si introduce il tema di necessità «con livelli di competenza tali da garantire la tutela degli interessi pubblici a protezione costituzionale». La riflessione oggi non può che proiettarsi verso una lettura civilistica differente che possa superare questa evidente dicotomia. Emerge, infatti, in maniera incontrovertibile la necessità a tutela dei terzi, di valorizzare la legittimità, la trasparenza, la professionalità, la qualità, la formazione, la specializzazione e tutte quelle qualità intrinseche alle attività ordinistiche. Qui si veda l'attività dell'Unione con la proposta di inserimento nel 139 di un articolo sulla «tutela della professione». Imbarazzante pensare che in uno stato di diritto sia sufficiente informare il cliente della propria mancata abilitazione per far venir meno l'affidamento che lo stesso ha nelle competenze e capacità professionali e da oggi questo esimente non esisterà più. Con dovizia di particolari si parla di «apparenza evocativa» problematica non facilmente riconducibile ad una fattispecie comportamentale e ben lontana da una mera manleva di responsabilità tramite informativa di appartenenza ad associazioni non ordinistiche. Il concetto di apparenza, cavalcato dagli abusivi, richiama un po' il concetto di «magia» anche se i professionisti che per ottenere un'abilitazione dedicano impegno e risorse e sostengono esami pubblici sono inversamente proporzionali ai prestigiatori. È stato «tirato per i capelli» ma ha vinto il dlgs 139/2005, hanno vinto le **professioni** ordinistiche, forse davvero il contesto storico, politico e sociale è cambiato. Dobbiamo tornare con serenità ad individuare in maniera analitica competenze specifiche che, inequivocabilmente, anche in ambito civilistico, contribuiscano ad arginare un degrado del servizio frutto di una rincorsa morbosa al prezzo «commerciale». Proprio questa attitudine nelle **professioni**

ordinistiche viene prevista e arginata sia dall' esistenza di una deontologia professionale che dall' art. 4 del dlgs 139/2005 che prevede debba essere fatta salva «l' indipendenza, l' onorabilità e l' imparzialità del professionista e la finalità di garantire che questi agisca, nello svolgimento dell' attività professionale, nel rispetto degli interessi pubblici». Se tutti fossimo consapevoli ed edotti di ciò che significa «interesse pubblico», molte problematiche non si porrebbero sia nel singolo ambito professionale che in un panorama nazionale più esteso.