Archivio selezionato: Sentenze Cassazione civile

Autorità: Cassazione civile sez. un.
Data: 01/02/2017
n. 2613
Classificazioni: PROFESSIONISTI (Disciplina delle professioni) - Commercialisti (dottori -)

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONI UNITE CIVILI
Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. RORDORF Renato - Primo Presidente f.f. -
Dott. SCHIRO' Stefano - Presidente di Sez. -
Dott. AMOROSO Giovanni - Presidente di Sez. -
Dott. DIDONE Antonio - Presidente di Sez. -
Dott. DI IASI Camilla - Presidente di Sez. -
Dott. PETITTI Stefano - Presidente di Sez. -
Dott. RAGONESI Vittorio - Consigliere -
Dott. D'ANTONIO Enrica - rel. Consigliere -
Dott. MANNA Antonio - Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

sul ricorso 18382-2015 proposto da:

B.D.M., elettivamente domiciliato in ROMA, PIAZZALE BELLE ARTI 8, presso lo studio dell'avvocato IGNAZIO ABRIGNANI, che lo rappresenta e difende, per delega in calce al ricorso;
- ricorrente -
contro
CASSA NAZIONALE DI PREVIDENZA E ASSISTENZA A FAVORE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI, in persona del Presidente pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA BARBERINI 47, presso lo studio degli avvocati SILVIA LUCANTONI ed ANGELO PANDOLFO, che la rappresentano e difendono, per delega in calce al controricorso;
- controricorrente -
avverso la sentenza n. 71/2015 della CORTE D'APPELLO di ROMA, depositata il 26/01/2015;
udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 20/12/2016 dal Consigliere Dott. ENRICA D'ANTONIO;
uditi gli avvocati Tiberio SARAGO' per delega dell'avvocato Ignazio Abrignani, Silvia LUCANTONI;
udito il P.M. in persona dell'Avvocato Generale Dott. FUZIO RICCARDO, che ha concluso per il rigetto del primo motivo e rimessione atti alla Sezione Lavoro.

Fatto

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con ricorso al Tribunale di Roma B.D.M., dottore commercialista, esponeva che la Cassa Nazionale di Previdenza e Assistenza dei dottori commercialisti aveva respinto la sua domanda di pensione di vecchiaia anticipata poichè la Giunta esecutiva con provvedimento del 20/4/2010 aveva accertato l'incompatibilità con l'esercizio della professione di dottore commercialista della carica assunta dal ricorrente nel periodo 19/7/1989-27/3/1996 di amministratore unico, socio e liquidatore della soc Idea srl fino alla liquidazione e nel periodo 28/10/1999-19/12/2002 di socio accomandatario al 50% nella soc. Security Sistem sas di B.D.M. con conseguente annullamento degli anni di iscrizione dal 1990 al 1995 e dal 2000 al 2001. Il ricorrente deduceva l'assoluta carenza di potere della Cassa di accertare situazioni di incompatibilità spettando tale potere esclusivamente al Consiglio dell'Ordine locale e, comunque stante l'insussistenza di situazioni di incompatibilità e concludeva,pertanto, chiedendo l'annullamento e/o la dichiarazione di nullità o inefficacia della delibera della Cassa con conseguente accoglimento della domanda di pensione.

Il Tribunale accoglieva la domanda. La Corte d'appello di Roma, con sentenza n. 71/2015, pubblicata il 26 gennaio 2015 qui impugnata, in riforma della sentenza del Tribunale, premesso che oggetto della controversia era stabilire se l'appellante principale poteva non considerare, ai fini previdenziali e quindi dell'acquisizione del diritto a pensione, periodi in cui l'attività professionale fosse stata svolta in situazione di incompatibilità pur in assenza di provvedimenti del Consiglio dell'Ordine -, ha rigettato la domanda del B.. La Corte territoriale ha richiamato, a sostegno della propria decisione, l'orientamento affermato nella sentenza di questa Corte del 13 novembre 2013 n. 25526, per il quale la Cassa era titolare, ai sensi del combinato disposto della L. n. 21 del 1986, art. 20 e art. 22, comma 3, del potere di verifica non soltanto di un esercizio della professione continuativo, ma anche di un esercizio legittimo, che si manifestava, tra l'altro, nello svolgimento della professione in assenza di situazioni di incompatibilità, con la conseguenza di poter annullare i periodi contributivi che risultavano caratterizzati da una di tali situazioni. Secondo la Corte territoriale nella fattispecie si era verificata l'ipotesi prevista nel D.P.R. n. 1067 del 1953, art. 3 il quale prevedeva fra le incompatibilità anche "l'esercizio del commercio in nome proprio o in nome altrui" (restando irrilevanti - perchè successive ai fatti di causa - le modifiche introdotte dal D.Lgs. n. 139 del 2005). Ha quindi rilevato la sussistenza di un' effettiva incompatibilità tra l'esercizio della professione di commercialista e la posizione di socio accomandatario della Security Sistem sas di B.D.M. nonchè di amministratore unico e liquidatore della soc. Idea srl.

Avverso la sentenza ha proposto ricorso in Cassazione il B. formulando 6 motivi. La Cassa si è costituita con controricorso.

Con ordinanza interlocutoria n. 9490 del 2/3/2016 la sezione lavoro, rilevando la sussistenza di due contrastanti indirizzi interpretativi e ravvisando una questione di massima di particolare importanza, ha chiesto che su detta questione si pronunciassero le SSUU.

Diritto
MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Con il primo motivo il ricorrente denuncia violazione della L. n. 21 del 1986, della L. n. 100 del 1963, del D.P.R. n. 1067 del 1953, dell'allegato 1 alla Circolare n. 11/2003 del Ministero della Giustizia.

Censura la decisione della Corte territoriale che ha riconosciuto alla Cassa il potere di annullare periodi contributivi durante i quali la professione sia stata svolta in condizioni di incompatibilità anche se tale condizione non sia stata previamente accertata e sanzionata dal Consiglio dell'Ordine.

Il ricorrente richiama il precedente di questa Corte del 15/6/2009 n. 13853 e ribadisce che il potere di annullamento per incompatibilità spettava solo al Consiglio dell'Ordine essendo attribuito alla Cassa solo il potere di accertare la sussistenza o meno dell'esercizio della libera professione e la continuità di detto esercizio e non anche quello di verificare la regolarità dell'iscrizione o situazioni di incompatibilità, nè il potere di cancellazione dall'albo. Il ricorrente osserva che nè l'ordinamento della professione, nè l'orientamento più avvertito della Corte di Cassazione riconosceva alla Cassa il potere di rilevare situazione di incompatibilità a nessun fine,come del resto confermato dall'allegato 1 alla circolare n. 11/2003 del Ministero della Giustizia di attuazione dell'art 3 dell'Ordinamento Professionale - lett. M - ove si afferma che "durante l'iscrizione all'albo del dottore commercialista l'accertamento delle cause di incompatibilità spetta in via esclusiva all'Ordine...la cassa può trasmettere segnalazioni all'Ordine locale ma non è titolare nè del potere di iniziativa, nè del potere di impugnazione delle Delib. adottate in materia dall'Ordine".

2. Il motivo è infondato.

Deve richiamarsi, in primo luogo, quanto esposto nell'ordinanza interlocutoria della Sezione

lavoro che ha evidenziato l'esistenza nella giurisprudenza di questa Corte di due diversi orientamenti sulla questione "della sussistenza o meno di un potere" della Cassa Nazionale di Previdenza e Assistenza a favore dei dottori commercialisti (CNPADC) "di annullare periodi contributivi durante i quali la professione di dottore commercialista sia stata svolta in situazione di incompatibilità", ove detta situazione non abbia condotto alla cancellazione dall'albo del professionista.

Alcune pronunce, infatti, negano l'esistenza di un siffatto potere in capo alla Cassa Nazionale di Previdenza e Assistenza dei dottori commercialisti (ad es. Cass. n. 3493 del 1996 e da ultimo Cass. n. 13853/2009), mentre altre sentenze lo riconoscono o comunque lo affermano in funzione dell'erogazione dei trattamenti previdenziali ed assistenziali (ad es. Cass. n. 5344 del 2003 e da ultimo Cass. n. 25556/2013 e n. 24140/2014).

Secondo il primo orientamento "la Cassa di previdenza ed assistenza dei dottori commercialisti ha solo il potere... di accertare la sussistenza o meno dell'esercizio della libera professione, ma non quello di verificare la legittimità dell'iscrizione all'albo professionale per una causa di incompatibilità ai sensi del D.P.R. 27 ottobre 1953, n. 1067 (ordinamento della professione di dottore commercialista), in quanto tale potere spetta unicamente al Consiglio dell'Ordine dei dottori commercialisti".

Tale posizione era assolutamente maggioritaria (Sez. L, Sentenza n. 3493 del 13/04/1996, Sez. L, Sentenza n. 7389 del 04/07/1991, Sez. L, Sentenza n. 4572 del 12/07/1988, Sez. L, Sentenza n. 4441 del 06/07/1988, Sez. L, Sentenza n. 3296 del 04/04/1987)fino alla fine degli anni ‘90 ed era confortata dall'assunto che, in questa materia, la competenza ad incidere sul possesso di status - l'iscrizione all'albo - deve risultare espressamente da una norma che la attribuisca, con la conseguenza che non può essere esercitata se non dagli organi a cui è espressamente riconosciuta senza possibilità che altri possano rivendicarne la potestà con interpretazioni estensive od applicazioni analogiche.

Sotto altro profilo, poi, si rilevava che la certezza legale dell'iscrizione è suscettibile di essere messa in discussione solo in via principale, ossia nelle controversie in cui è accertata, in via, principale, la legittimità delle determinazioni adottate dagli organi competenti, tant'è che - si concludeva - anche "l'autorità giudiziaria non ha il potere-dovere di accertare in via incidentale", ossia fuori dal giudizio promosso in via principale, i vizi che riguardano il provvedimento di iscrizione.

Recentemente questa posizione è stata ribadita con la decisione n. 13853 del 15/6/2009 la quale,sulla premessa che i provvedimenti di cancellazione dall'albo dei dottori commercialisti, in caso di situazioni di incompatibilità, competono, per legge, solo al Consiglio dell'Ordine, ha ulteriormente rilevato che, a tal fine, il D.P.R. n. 1067 del 1957, art. 34 regola in termini articolati la procedura per l'accertamento e la declaratoria di incompatibilità e prevede specifiche garanzie procedimentali a favore dell'interessato, tra cui l'audizione dello stesso e la possibilità di proporre ricorso contro la decisione assunta (produttivo, in quanto tale di efficacia sospensiva). Consentire alla Cassa l'esercizio di siffatta potestà valutativa comporterebbe, dunque, una lesione sia delle competenze istituzionali del Consiglio dell'Ordine, sia delle garanzie poste a favore dell'interessato.

La competenza della Cassa di previdenza, per contro, è univocamente definita dalla L. n. 21 del 1986, art. 22 ed ha un ambito diverso perchè attiene "alla sussistenza dell'esercizio di fatto della attività professionale con carattere di continuità", verifica, tuttavia, che non può estendersi fino al controllo della legittimità dell'esercizio medesimo perchè comporterebbe proprio la verifica del diritto all'iscrizione all'albo.

Manca del resto - osserva ancora la Corte - una norma analoga a quella prevista per altre professioni (in specie, per la Cassa Avvocati e Procuratori la L. n. 319 del 1975, art. 2, comma 3 e,

per la Cassa Geometri, la L. n. 773 del 1982, art. 22, comma 4) che consenta all'ente previdenziale di dichiarare, anche prima dell'accertamento da parte del competente Ordine, l'inefficacia dei periodi in cui la professione è stata svolta in condizioni di incompatibilità.

Secondo un diverso orientamento (Sez. L, Sentenza n. 618 del 25/01/1988, Sez. L, Sentenza n. 5344 del 04/04/2003), invece, i poteri di verifica e accertamento della Cassa di previdenza non conoscono limiti poichè, da un lato, l'ente previdenziale ha "ai sensi della L. n. 100 del 1963, art. 11, lett. 13), il potere di accertare la sussistenza o meno dell'esercizio della libera professione" e, dall'altro, ha anche il potere "L. n. 21 del 1986, ex art. 20 e art. 22, comma 3, di verificare il legittimo esercizio della medesima, quindi l'inesistenza di situazioni di incompatibilità". Nella sentenza n. 5344 del 2003 viene escluso che, con riguardo al profilo in esame, si ponga una questione di verifica (anche solo incidentale) di legittimità dell'iscrizione all'albo, discendendo la potestà della Cassa di previdenza direttamente dalla sua titolarità del potere di verifica dell'esercizio della libera professione, che costituisce, per gli iscritti all'albo, requisito fondamentale, ma non esclusivo per l'iscrizione alla Cassa medesima.

Nelle più recenti pronunce della Sezione lavoro di questa Corte è ripreso un percorso argomentativo sostanzialmente analogo a quanto già affermato da Cass. L. n. 5344/2003.

In particolare Sez. L n. 25526 del 2013 (riprendendo la pronuncia del 2003) - pur dando atto del persistere di contrasti all'interno della giurisprudenza della Corte circa il potere della CNPADC di annullare periodi contributivi durante i quali la professione di commercialista sia stata svolta in situazione di incompatibilità - in motivazione afferma, discostandosi consapevolmente dall'allora più recente orientamento di Sez. L n. 13853 del 2009, che la CNPADC è titolare di un autonomo potere di verifica (non meramente incidentale della legittimità dell'iscrizione all'albo) della legittimità dell'esercizio della professione da parte del singolo commercialista, azionabile a prescindere dalle attribuzioni - e dal loro esercizio concreto da parte - del Consiglio dell'ordine dei dottori commercialisti, potendosi ciò desumere dalle espresse previsioni normative di cui alla L. 29 gennaio 1986, n. 21, art. 20 e art. 22, comma 3. La Cassa deve, infatti, secondo Sez. L n. 25526 del 2013, accertare la sussistenza del requisito del legittimo esercizio della professione, che si riscontra, tra l'altro, nell'assenza di situazioni di incompatibilità.

La successiva pronuncia della Sez. L in materia, ossia la n. 24140 del 12/11/2014 ha aderito sostanzialmente al precedente del 2013 concludendo, quindi, per la sussistenza di un autonomo potere (anche) della CNPADC di accertare la legittimità, ossia in assenza di cause di incompatibilità, dell'esercizio della professione di dottore commercialista.

3. Fatte tali premesse ritiene la Corte di aderire all'indirizzo interpretativo da ultimo affermatosi di cui le due sentenze del 2013 e 2014 citate costituiscono le più recenti espressioni.

In via preliminare occorre richiamare la normativa rilevante ai fini della decisione sottolineandosi che l'Ordine professionale e la Cassa sono regolati da distinte disposizioni normative.

In particolare il D.P.R. n. 1067 del 1953 sull'Ordinamento della professione di dottore commercialista prevede, per quel che qui rileva, all'art. 3 che "l'esercizio della professione di dottore commercialista è incompatibile con l'esercizio della professione di notaio, con l'esercizio del commercio in nome proprio o in nome altrui, con la qualità di ministro di qualunque culto, di giornalista professionista, di mediatore, di agente di cambio, di ricevitore del lotto, di appaltatore di servizio pubblico, di esattore di pubblici tributi e di incaricato di gestioni esattoriali. L'iscrizione nell'albo non è consentita agli impiegati dello Stato e delle altre pubbliche amministrazioni, ai quali, secondo gli ordinamenti loro applicabili, sia vietato l'esercizio della libera professione".

L'elenco dei casi contenuti nella norma riguarda attività "professionali" il cui contestuale esercizio rispetto alla professione di commercialista è suscettibile di generare una situazione di conflitto di interessi (ossia tale da poter porre in contrasto l'interesse del cliente con il dovere del

commercialista di tutelare questo in via prioritaria) ovvero una situazione di dipendenza. Dalla lettera della disposizione, inoltre, la condizione che può dar luogo alla situazione di incompatibilità in alcuni casi si riferisce al solo dato soggettivo (l'assunzione della "qualità di"), mentre per altre ipotesi è necessario un dato oggettivo, consistente "nell'esercizio" concreto della diversa attività (della professione di notaio ovvero del commercio in nome proprio ed altrui). Si tratta di una differenza di rilievo: nella prima ipotesi, infatti, la mera assunzione della diversa qualifica da parte del dottore commercialista determina l'incompatibilità senza necessità di ulteriore accertamento del concreto esercizio di fatto dell'attività conseguente. Nella seconda - ossia nei casi di esercizio della professione di notaio e esercizio del commercio in nome proprio od altrui - è invece necessario un concreto accertamento sull'attività svolta dal commercialista.

Il successivo D.Lgs. n. 139 del 2005 di Costituzione dell'Ordine dei dottori commercialisti e degli esperti contabili, a norma della L. 24 febbraio 2005, n. 34, art. 2 in tema di incompatibilità, per quel che qui rileva, ha specificato che "L'esercizio della professione di dottore commercialista esperto contabile è incompatibile con l'esercizio, anche non prevalente, nè abituale a) della professione di notaio; b) della professione di giornalista professionista; c) dell'attività di impresa, in nome proprio o altrui e, per proprio conto, di produzione di beni o servizi, intermediaria nella circolazione di beni o servizi, tra cui ogni tipologia di mediatore,di trasporto o spedizione, bancarie, assicurative o agricole, ovvero ausiliarie delle precedenti; d) dell'attività di appaltatore di servizio pubblico,concessionario della riscossione di tributi; e) dell'attività di promotore finanziario. Le ipotesi di incompatibilità sono valutate con riferimento alle disposizioni di cui al presente art. anche per le situazioni in corso alla data di entrata in vigore del presente D.Lgs.".

Per quanto attiene alla disciplina della Cassa assume rilievo la L. 29 gennaio 1986, n. 21, art. 22 che regola la materia dell'iscrizione e che recita "1. Sono obbligatoriamente iscritti alla Cassa i dottori commercialisti iscritti all'albo professionale che esercitano la libera professione con carattere di continuità. L'iscrizione è facoltativa per i dottori commercialisti iscritti a forme di previdenza obbligatoria o beneficiari di altra pensione, in conseguenza di diversa attività da loro svolta, anche precedentemente alla iscrizione all'albo professionale.....3. L'accertamento della sussistenza del requisito dell'esercizio della professione avviene sulla base dei criteri stabiliti dal comitato dei delegati ed è effettuato dalla Cassa periodicamente e comunque prima dell'erogazione dei trattamenti previdenziali e assistenziali".

L'art. 20 (Controllo delle comunicazioni) stabilisce, inoltre, che "La Cassa ha facoltà di esigere dall'iscritto e dagli aventi diritto a pensione indiretta, all'atto della domanda di pensione o delle revisioni, la documentazione necessaria a comprovare la corrispondenza tra le comunicazioni inviate alla Cassa medesima e le dichiarazioni annuali dei redditi e del volume d'affari, limitatamente agli ultimi quindici anni. La Cassa può altresì inviare questionari con richiesta di conoscere elementi rilevanti quanto all'iscrizione e alla contribuzione. In caso di mancata risposta nel termine di novanta giorni, viene sospesa la corresponsione della pensione fino alla comunicazione della risposta".

Per completezza si ricordi anche l'art. 2, lett. g) del Regolamento di disciplina delle funzioni di previdenza il quale stabilisce che i commercialisti devono dichiarare ai fini dell'iscrizione alla Cassa l'Ordine locale nel cui albo sono iscritti nonchè l'insussistenza di condizioni di incompatibilità previste dall'ordinamento professionale, nonchè l'art. 7 del Regolamento di disciplina del regime previdenziale della Cassa il quale prevede che "Ai fini previdenziali ed assistenziali, non si considerano utili alla maturazione dell'anzianità di iscrizione i periodi continuativi o cumuli di periodi frazionati superiori all'anno o multipli di esso, durante i quali l'attività professionale sia stata concretamente svolta in una delle condizioni di incompatibilità, previste dal D.P.R. n. 1067 del 1953 e successive integrazioni o modificazioni, art. 3".

4. Ciò premesso va, in primo luogo, sottolineato che, come emerge dalla normativa sopra citata, l'Ordine professionale e la Cassa sono regolati da discipline legislative distinte con diverse finalità e che in particolare,per quel che qui rileva, il Consiglio dell'Ordine valuta situazioni di

incompatibilità con incidenza sull'iscrizione all'albo (cfr D.P.R. n. 1067 del 1953, artt. 3 e 34 ora D.Lgs. n. 139 del 2005, artt. 4 e 49), mentre la Cassa - per la cui iscrizione è necessaria confermandosi la diversità di regime, non solo l'iscrizione all'albo, ma anche, quale ulteriore requisito specifico l'esercizio della libera professione con carattere di continuità (art. 22 citato) - espleta i suoi compiti in relazione alla funzione di previdenza e assistenza dei dottori commercialisti senza effetto sull'iscrizione all'albo professionale ed il presente giudizio è, proprio, limitato all'accertamento del legittimo esercizio della libera professione ai fini dell'erogazione delle prestazioni professionali richieste dal commercialista.

Stante la non necessaria coincidenza tra le condizioni che determinano l'iscrizione all'albo e quella che comporta l'iscrizione alla Cassa,non si ravvisano ostacoli, sotto un primo profilo, che l'accertamento circa la sussistenza di situazioni di incompatibilità sia esercitato anche dalla Cassa, ai limitati fini della regolare iscrizione alla stessa e dell'erogazione delle prestazioni previdenziali.

Va ulteriormente sottolineato, come ricordato da Cass. 2003, che l'iscrizione all'albo professionale del Dottore commercialista non comporta necessariamente l'obbligatorietà dell'iscrizione alla Cassa. Infatti, la L. n. 21 del 1986, ("Iscrizione alla Cassa") art. 22 citato, prevede, oltre l'iscrizione obbligatoria, in via di eccezione, che "L'iscrizione è facoltativa per i Dottori commercialisti iscritti a forme di previdenza obbligatoria o beneficiari di altra pensione, in conseguenza di diversa attività da loro svolta, anche precedentemente alla iscrizione all'albo professionale....". D'altra parte va aggiunto quanto stabilisce il successivo art. 32, per gli "iscritti in più albi professionali", secondo cui: "comma 1. L'iscritto alla Cassa, iscritto o che si iscriva anche in albi relativi ad altre professioni, deve optare per una delle Casse di previdenza delle professioni nel cui albo iscritto entro sei mesi dall'entrata in vigore della presente legge o della nuova iscrizione. Comma 2. Sono salvi i diritti acquisiti da coloro che all'entrata in vigore della legge hanno già maturato il diritto a pensione nei confronti della Cassa. Comma 3. La mancata opzione di cui al comma 1 comporta la cancellazione d'ufficio dalla Cassa di previdenza ed assistenza dei Dottori commercialisti e la restituzione dei contributi a norma dell'art. 21, comma 1....".

5. Pervenendo, più specificamente, ad esaminare la questione della titolarità di un autonomo potere della Cassa di verificare l'esercizio della professione di commercialista in situazione di incompatibilità deve affermarsi che tale potere trova la sua prima ed evidente affermazione nell'obbligo della Cassa, ai fini dell'iscrizione alla stessa, di accertare l'"esercizio della libera professione in via continuativa". L'espressione "esercizio della libera professione" non è dissociabile dalla verifica che detto esercizio sia anche legittimo e dunque non esercitato in situazione di incompatibilità e con la garanzia, cioè, che non vi sia "lesione dei principi di onorabilità, indipendenza, imparzialità a causa di conflitti di interesse, dipendenza materiale o psicologica nei confronti del cliente, limitazione dei diritti civili e delle capacità di azione sia civile che penale", principi che lo stesso ricorrente richiama desumendoli dalla circolare ministeriale n. 3/2011: l'attività professionale è qualificabile come "libera professione" se di questa presenta tutte le caratteristiche ivi compreso il suo esercizio in conformità alle norme che la disciplinano, tra le quali quella che impone di non esercitarla in stato di incompatibilità. Non si può non considerare che l'esercizio della professione in situazione di incompatibilità costituisce una situazione che per l'ordinamento non è meritevole di tutela ed è foriera di conseguenze sullo status del professionista molto importanti tali da determinare la sua estromissione dall'esercizio della professione il cui esercizio illecito non può sicuramente arrecargli indebiti vantaggi. In tal senso l'esercizio legittimo dell'attività professionale costituisce un prius logico e giuridico, un presupposto di fatto, necessario anche per valutare e riconoscere il periodo di attività svolta ai fini previdenziali.

L'esplicita previsione per altri professionisti del potere delle Casse di appartenenza di accertare l'insussistenza di situazione di incompatibilità,lungi dal costituire elemento a favore della tesi sostenuta da parte ricorrente, costituisce, invece, la miglior prova che una diversa tesi valida per i commercialisti costituirebbe un'anomala previsione nel quadro generale delle libere professioni del tutto ingiustificata stante l'analoga rilevanza della professione del commercialista e l'incidenza

della loro attività sulla società civile. Si ricordi in specie, per la Cassa Avvocati e Procuratori la L. n. 319 del 1975, art. 2, comma 3 e, per la Cassa Geometri, la L. n. 773 del 1982, art. 22, comma 4.

Ulteriori elementi a conforto della tesi qui accolta debbono essere tratti poi dalla L. n. 21 del 1986, art. 20 e art. 22, comma 3, i quali stabiliscono che la Cassa di previdenza accerta "la sussistenza del requisito dell'esercizio della professione... comunque prima dell'erogazione dei trattamenti previdenziali e assistenziali" effettuando, "all'atto della domanda di pensione", controlli finalizzati ad accertare la "corrispondenza tra le comunicazioni inviate(le)... e le dichiarazioni annuali dei redditi e del volume di affari... (degli) ultimi quindici anni", anche per "conoscere elementi rilevanti quanto all'iscrizione e alla contribuzione".

Da questo complessivo dato normativo si ricava che la Cassa, prima dell'erogazione dei trattamenti assicurativi, è tenuta ex lege a verificare l'esistenza del requisito del legittimo esercizio della professione, che si manifesta, tra l'altro, nell'assenza di situazioni d'incompatibilità.

In tal senso deve essere accolto e condiviso il percorso argomentativo di Sez. L n. 25526 del 2013 che dà rilievo alla facoltà della Cassa di "esigere dall'iscritto e dagli aventi diritto a pensione indiretta, all'atto della domanda di pensione o delle revisioni, la documentazione necessaria a comprovare la corrispondenza tra le comunicazioni inviate alla Cassa medesima e le dichiarazioni annuali dei redditi e del volume d'affari, limitatamente agli ultimi quindici anni", sotto comminatoria di sospensione del trattamento, rilevando che se l'esercizio di tale verifica fosse limitato al solo fatto storico della professione e non anche alla legittimità della stessa, si tratterebbe di attribuzione del tutto singolare, nel senso di "riconoscerle poteri autoritativi di natura oggettivamente amministrativa senza che nel contempo pretendere che con essi si accerti che l'assicurato abbia maturato legittimamente il proprio credito pensionistico".

La sentenza prosegue rilevando che non appare congruo sostenere che dalla pur ampia dizione degli ""elementi rilevanti" quanto all'iscrizione" debba espungersi proprio quello di maggior spessore, vale a dire che l'interessato abbia mantenuto l'iscrizione alla cassa legittimamente (ovvero in assenza di cause di incompatibilità), ancor di più se si considera la perdurante funzione pubblicistica (v. D.Lgs. n. 509 del 1994, art. 2) svolta dalla cassa medesima pur dopo la sua trasformazione in ente di diritto privato".

Circa il rilievo di parte ricorrente secondo cui la dizione contenuta nell'art. 20 "elementi rilevanti quanto all'iscrizione e alla contribuzione" deve intendersi riferita all'iscrizione alla Cassa e non già all'Ordine e con ciò, secondo il commercialista, escludendosi che la norma citata possa costituire la fonte del potere della Cassa di accertare l'esistenza dell'incompatibilità riservata all'Ordine. La questione è stata risolta dal precedente Cassazione del 2013 nel senso che l'espressione è riferibile proprio all'iscrizione all'Ordine atteso che le questioni relative all'iscrizione alla Cassa sono da questa ben conosciute "poichè la Cassa conosce per scienza diretta i propri iscritti o del perdurare di essa nel periodo oggetto della prestazione erogabile: infatti, gli albi professionali sono pubblici e consultabili da chiunque".

Deve, comunque, rilevarsi che pur volendo aderire all'interpretazione del ricorrente la questione non è tuttavia argomento di tale spessore da consentire di pervenire alla diversa tesi sostenuta dal ricorrente atteso che, come si è detto, la fonte della titolarità del potere della Cassa è da ravvisarsi nel riconoscimento ad essa di esigere dal commercialista la prova dell'esercizio della libera professione in via continuativa, libera professione di commercialista che è solo quella esercitata in conformità alle norme che la disciplinano con la conseguenza che la Cassa non deve limitarsi ad accertare la perdurante iscrizione all'Ordine,ma deve svolgere verifiche periodiche, sulla base dei criteri stabiliti dal comitato dei delegati organo interno della Cassa,e comunque prima dell'erogazione delle prestazioni.

Non costituisce,inoltre, argomento contrario alla tesi qui accolta la circostanza che con riferimento all'accertamento di situazioni di incompatibilità la disciplina della Cassa non preveda l'osservanza

di una procedura per l'accertamento e la sua declaratoria al contrario di quanto avviene per l'Ordine per il quale sono previste specifiche garanzie procedimentali a favore dell'interessato, tra cui l'audizione dello stesso e la possibilità di proporre ricorso contro la decisione assunta. Tali garanzie risultano adeguatamente tutelate dall'osservanza delle norme di cui alla L. n. 241 del 1990 che disciplina il procedimento amministrativo e riconosce il diritto di prendere visione degli atti del procedimento,di presentare memorie scritte e documenti, che l'amministrazione ha l'obbligo di valutare ove siano pertinenti all'oggetto del procedimento,di dare notizia dell'avvio del procedimento mediante comunicazione personale, l'obbligo di motivazione del provvedimento assunto. Nella specie neppure è indicata la violazione di alcune di dette norme.

Risulta,anzi, che il dott. B. ha inviato una memoria difensiva tramite un legale e che avverso il provvedimento della Giunta ha proposto ricorso al CdA della Cassa. L'iter procedimentale di fatto attuato ha ampiamente garantito la difesa del B..

Quanto alla circolare ministeriale allegata, premesso che la circolare non costituisce atto vincolante per il giudice e tanto meno la sua violazione è denunciabile in cassazione, deve rilevarsi che dalla stessa si ricava e si ribadisce l'autonomia dei due enti e per ciascuno le reciproche competenze.

Un ulteriore argomento a favore della tesi qui accolta emerge dalla considerazione che, allorchè non sia più possibile un intervento del Consiglio dell'Ordine e, in ispecie, nel momento della verifica dei presupposti per l'erogazione del trattamento previdenziale, cui si associa naturalmente la cessazione dell'iscrizione all'albo, manca la possibilità giuridica per il Consiglio dell'Ordine di attivare gli strumenti di verifica della sussistenza di una situazione di incompatibilità. In tale situazione non può disconoscersi un ambito di valutazione alla Cassa di previdenza, pur se rilevante ai soli fini previdenziali non suscettibile di influire sulle connotazioni di status pregresse.

6. Con il secondo motivo il ricorrente denuncia, in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 5, vizio di motivazione circa il verificarsi della prescrizione quinquennale fin dall'epoca della prima contestazione risalente al 19/10/2009 o quanto meno all'8/10/2009. Richiama, a tal proposito, il D.P.R. n. 1067 del 1953, art. 46 - Ordinamento professionale - (ora D.Lgs. n. 139 del 2005, art. 56) che fissa in 5 anni la prescrizione dell'azione disciplinare decorrente dal giorno in cui era stata commessa la violazione, termine che il ricorrente ritiene applicabile per analogia in materia di incompatibilità ravvisando una conferma in tal senso nell'allegato 1 alla Circolare n. 11/2003 del Ministero della Giustizia. Lamenta l'assoluta mancanza di motivazione sul punto da parte della Corte territoriale che non indica neppure quale sarebbe il termine di prescrizione da applicare e secondo la quale non sussisterebbe alcun termine di prescrizione potendo sempre la Cassa, prima del pensionamento, iniziare il procedimento di verifica delle incompatibilità.

Il motivo è inammissibile.

La qualificazione del secondo motivo di ricorso nell'ambito dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5 non rispetta la distinzione chiarita dalla giurisprudenza di questa Corte, secondo la quale il vizio di motivazione può concernere esclusivamente l'accertamento e la valutazione dei fatti rilevanti ai fini della decisione della controversia, non anche l'interpretazione ed applicazione delle norme giuridiche censurabile ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3, giacchè in relazione a tale vizio interviene la funzione nomofilattica che comporta che - ove il giudice del merito abbia correttamente deciso le questioni di diritto sottoposte al suo esame, sia pure senza fornire alcuna motivazione o fornendo una motivazione inadeguata, illogica o contraddittoria - la Corte di Cassazione, nell'esercizio del potere correttivo attribuitole dall'art. 384 c.p.c., comma 2, deve limitarsi a sostituire, integrare o emendare la motivazione della sentenza impugnata (Cass. Sez. U, n. 28054 del 25/11/2008, Sez. 1, n. 28663 del 27/12/2013).

E', pertanto, inammissibile, non concernendo l'accertamento e la valutazione di circostanze di fatto, il motivo relativo alle ragioni che rendevano non condivisibile l'interpretazione delle norme

fornita dal ricorrente.

7. Con il terzo motivo il B. denuncia violazione di legge (art. 360 c.p.c., n. 3) per inosservanza del termine di 120 giorni indicato come perentorio nella comunicazione del 19/10/2009 per la conclusione del procedimento di verifica della contestata incompatibilità decorrente dall'8/10/2009.

Anche tale motivo risulta inammissibile non avendo parte ricorrente neppure indicato la norma che assume violata la cui inosservanza da parte della Cassa avrebbe determinato addirittura la perdita del potere della stessa di emettere il provvedimento di annullamento di annualità contributive. Qualora dovesse intendersi con tale motivo denunciata la violazione delle norme sul procedimento amministrativo prima citata deve rilevarsi che la Cassa ha riferito di aver comunicato la necessità di sospendere il termine stante la necessità di ulteriori accertamenti per incompletezza delle "controdeduzioni trasmesse" e che a riguardo il ricorrente non ha formulato alcun rilievo.

8. Con il quarto motivo il ricorrente denuncia violazione del D.P.R. n. 1067 del 1953, art. 3 e della circolare n. 11/2013 del Ministero della Giustizia. Contesta la sussistenza di una situazione di rilevante incompatibilità. Deduce che aveva gestito le citate società su esclusivo mandato degli altri soci e senza infrangere le disposizioni normative in materia e rileva che, ai sensi dell'allegato 1 alla Circolare n. 11/2003 del Ministero della Giustizia, la situazione di incompatibilità richiedeva "un concreto esercizio di fatto di commercio" e richiama i punti di detta circolare n. H) (secondo cui il commercio che rende incompatibile è l'esercizio concreto e fattivo delle attività commerciali di cui all'art. 2195 c.c.) e n. I) (secondo cui il commercio di cui all'art. 3 dell'ordinamento professionale sussiste solo qualora vi sia lesione dei principi di onorabilità, indipendenza, imparzialità a causa di conflitti di interesse, dipendenza materiale o psicologica nei confronti del cliente, limitazione dei diritti civili e delle capacità di azione sia civile che penale").

Deduce che la Cassa, su cui gravava l'onere probatorio, non aveva fornito alcuna prova mentre egli aveva depositato attestazione del Servizio Commercio della città di Benevento che nulla riferiva circa la sussistenza di cause di incompatibilità.

Il motivo è infondato.

La Corte territoriale ha affermato l'avvenuto esercizio della professione in posizione di incompatibilità con riferimento sia al periodo in cui il ricorrente risultava socio accomandatario al 50% della sas Security Sistem di B.D.M., sia quale amministratore unico, socio e liquidatore della soc. Idea con conseguente annullamento degli anni di iscrizione dal 1990 al 1995 e dal 2000 al 2001.

Non sono state formulate censure idonee ad escludere la fondatezza di quanto accertato dalla Corte di merito che, in assenza di prova contraria, ha ritenuto sussistere una funzione attiva del B., riconducibile ad attività imprenditoriale, nell'esercizio delle cariche ricoperte nelle due società e ciò desumendolo dalla circostanza che entrambe le società sono dedite ad attività commerciali - intermediazione nel ramo assicurativo la prima, vendita di articoli da regalo ed oggettistica la seconda -; che, con riferimento alla soc. Security, il B., il cui nome compariva nella ragione sociale della società, era unico socio accomandatario e amministratore, dovendo, pertanto, rispondere solidalmente per le obbligazioni sociali; che, stante la sua posizione anche di socio, non poteva che esercitare l'attività di impresa anche nel suo interesse e che con riferimento alla soc. Idea la posizione di amministratore unico della soc. e poi di liquidatore non consentiva ragionevolmente di escludere il concreto svolgimento di attività commerciale. Non si vede quale altro elemento probatorio avrebbe dovuto fornire la Cassa mentre il ricorrente ha affermato il carattere soltanto formale delle cariche ricoperte ma di ciò non ha fornito alcuna prova e, comunque, non risulta alcun esonero dalla piena responsabilità verso i terzi.

9. Con il quinto motivo il ricorrente denuncia nullità della sentenza per extrapetizione e/o ultrapetizione - violazione dell'art. 112 c.p.c.. Denuncia che l'atto di appello della Cassa non conteneva alcun motivo o domanda di accertamento della legittimità della delibera del CdA della Cassa nel merito delle pretese incompatibilità e quindi la Corte non avrebbe potuto pronunciarsi nel merito della sussistenza delle accertate incompatibilità.

10. Con il sesto motivo denuncia nullità della sentenza per omessa pronuncia (art. 360 c.p.c., n. 4) in ordine alla specifica eccezione di cui al precedente punto circa l'insussistenza di situazione di rilevante incompatibilità.

I due motivi, esaminati congiuntamente stante la loro connessione, sono infondati.

Deve, infatti, rilevarsi che la Corte territoriale, una volta riconosciuto il potere della Cassa di accertare l'esistenza di situazioni di incompatibilità, risultava investita della valutazione della fondatezza della domanda del B. volta proprio ad annullare la delibera della CdA della Cassa che tale incompatibilità aveva accertato, accertamento che il Tribunale non aveva esaminato poichè aveva escluso in radice il potere della Cassa.

11. In conclusione deve essere affermato il seguente principio di diritto:

la Cassa Nazionale di Previdenza e Assistenza a favore dei dottori Commercialisti è titolare del potere di accertare sia all'atto dell'iscrizione alla Cassa, sia periodicamente e comunque prima dell'erogazione di qualsiasi trattamento previdenziale che l'esercizio della professione non sia stato svolto nelle situazioni di incompatibilità di cui al D.P.R. n. 1067 del 1953, art. 3, ora D.Lgs. n. 139 del 2005, art. 4 ancorchè tale incompatibilità non sia stata accertata dal Consiglio dell'Ordine competente.

12. Per le considerazioni che precedono il ricorso deve essere rigettato atteso che la decisione impugnata si è uniformata ai principi qui affermati.

Stante la complessità della materia e le contrastanti decisioni assunte dai giudici di merito, che hanno recepito l'orientamento interpretativo della Suprema Corte affermatosi all'epoca delle rispettive pronunce, si giustifica la compensazione delle spese di causa.

Avuto riguardo all'esito del giudizio ed alla data di proposizione del ricorso sussistono i presupposti di cui al D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1 quater.

PQM
P.Q.M.

Rigetta il ricorso e compensa le spese processuali.

Ai sensi del D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1 quater dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte del ricorrente dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso a norma, dello stesso art. 13, comma 1 bis.

Così deciso in Roma, il 20 dicembre 2016.

Depositato in Cancelleria il 1 febbraio 2017

Note

Utente: unive4641 UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PAVIA
www.iusexplorer.it - 04.12.2017
© Copyright Giuffrè 2017. Tutti i diritti riservati. P.IVA 00829840156