

Eleonora Rajneri

**LA RISCHIOSA ATTIVITÀ
DEL COMMERCIALISTA
TRA RESPONSABILITÀ CIVILE,
AMMINISTRATIVA E PENALE:
CONSULENTE DI FIDUCIA
O GUARDIANO DEI PUBBLICI
INTERESSI?**

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

CORTE DI CASSAZIONE, sez. III, sentenza 26 aprile 2010, n. 9916 - Pres. Varrone - Rel. Filadoro - Z.F. c. Zurigo Assicurazioni S.p.A. (Rigetta, App. Trieste, 4 febbraio 2005).

Assicurazione (Contratto di) - Dovere di diligenza professionale - Contenuto - Rispetto della normativa e della deontologia - Necessità - Inosservanza - Responsabilità civile del commercialista - Sussistenza.

Assicurazione (Contratto di) - Responsabilità civile - Clausola - Approvazione specificamente per iscritto - Necessità - Esclusione - Fattispecie.

Il professionista deve sempre osservare la diligenza e la correttezza richieste dalla normativa e dalla deontologia della professione (nella specie è stato ritenuto non conforme a tali canoni il comportamento di un commercialista che aveva consentito al cliente di inserire nella dichiarazione dei redditi oneri sprovvisti di documentazione giustificativa e quindi lo ha condannato al risarcimento di una parte dei danni subiti dal cliente a seguito dell'accertamento da parte dell'Erario).

La clausola di un contratto di assicurazione della responsabilità civile, la quale stabilisce che tutte le comunicazioni a cui l'assicurato è tenuto devono essere fatte con lettera raccomandata, non ha carattere vessatorio, perché ha per fine di regolare la prestazione dell'assicuratore, sia pure subordinandola all'osservanza di un onere da parte dell'assicurato, e, quindi, è efficace, anche se non approvata specificamente per iscritto.

FATTO. — Con sentenza 28 gennaio — 4 febbraio 2005, la Corte di Appello di Trieste confermava la decisione del Tribunale di Udine — sezione distaccata di Palmanova — che aveva accolto, in parte, la domanda di risarcimento danni da responsabilità professionale, avanzata da Z.F. contro il commercialista F.G., rigettando la domanda di manleva proposta da questi contro la compagnia di assicurazioni Zurigo.

Rilevava la Corte territoriale che, sotto un profilo generale, il professionista ha l'obbligo di espletare l'incarico affidatogli con diligenza e secondo le regole della professione.

Nel caso di specie, l'Ufficio finanziario di Cervignano aveva proceduto alla rettifica della dichiarazione dei redditi presentata dallo Z. per:

- avere il contribuente esposto costi non documentati;
- avere esposto costi non inerenti all'anno al quale si riferiva la dichiarazione dei redditi (1981);
- avere detratto l'ILOR nell'ammontare massimo dell'anno, benché lo Z. avesse operato in qualità di imprenditore individuale solo per alcuni mesi dell'anno.

I giudici di appello sottolineavano che il F. aveva adombrato la esistenza di un accordo con il cliente per appostazione di costi non dimostrati (poi contestati dall'Ufficio).

Mancava, in effetti, la prova di un tale accordo, che comunque sarebbe stato contrario alla legge ed alle regole professionali. Il commercialista, infatti, era comunque tenuto dal codice di deontologia professionale ad un comportamento corretto ed era pertanto responsabile per il suo operato.

La colpa del professionista risultava di tutta evidenza. Correttamente, pertanto, il primo giudice aveva ritenuto che egli dovesse essere condannato al pagamento della metà delle sanzioni applicate dall'erario (in considerazione della colpa concorrente del contribuente).

Avverso tale decisione il F. ha proposto ricorso per cassazione sorretto da due motivi, illustrati da memoria. Resistono con distinti controricorsi lo Z. ed la compagnia di assicurazione Zurigo.

DIRITTO. — Con il primo motivo il ricorrente denuncia erronea e insufficiente motivazione *ex art.* 360 c.p.c., n. 5, rispetto al combinato disposto di cui agli artt. 2909 e 2729 c.c., su un punto decisivo della controversia, avuto riguardo alla affermazione della responsabilità professionale del Dott. F. sulla scorta del solo contenuto dell'accertamento compiuto dall'Ufficio delle Imposte dirette di Cervignano e dalle Commissioni tributarie di 1° e 2° grado.

L'affermazione di responsabilità del F. poggiava esclusivamente sull'acritico recepimento delle risultanze di un accertamento del reddito compiuto dal-

l'Ufficio delle Imposte Dirette di Cervignano a carico dello Z. per l'anno 1996 e di due sentenze delle Commissioni di 1° e 2° grado, tra loro non concordanti.

In pratica, i giudici di appello aveva dato per scontato che la pretesa avanzata dal Fisco nei confronti dello Z. fosse legittima e che spettasse al F. confutare le risultanze delle sentenze pronunciate dalle Commissioni tributarie.

L'errore compiuto dalla Corte territoriale era evidente. Infatti, la giurisprudenza di questa Corte è ferma nel ritenere che spetta all'Amministrazione finanziaria provare in giudizio il fondamento delle proprie pretese, non sussistendo in materia tributaria alcuna presunzione di legittimità dell'avviso di accertamento.

Il F. non aveva preso parte al giudizio dinanzi alle Commissioni tributarie. Egli doveva considerarsi, dunque, terzo e nessuna efficacia (neppure riflessa) potevano svolgere, nei suoi confronti, le due decisioni rese dai giudici tributari.

Sarebbe stato preciso onere dell'attore fornire la prova della responsabilità professionale del F. Egli, invece, non era stato in grado di fornire alcuna documentazione al consulente nominato dall'ufficio (al quale aveva dichiarato di averla perduta).

Le censure formulate con il primo motivo sono infondate.

Con motivazione adeguata, i giudici di appello hanno osservato che era preciso obbligo di diligenza del professionista non appostare costi privi di documentazione o non inerenti all'anno della dichiarazione.

Ha osservato la Corte territoriale che il F. ebbe ad appostare costi senza avere riscontrato la presenza della relativa documentazione ed ha aggiunto che il F. avrebbe dovuto escludere i costi dalla dichiarazione dei redditi, qualora il cliente non avesse provveduto a fornire la relativa documentazione.

Pertanto, a nulla rilevava — al fine di escludere una responsabilità del commercialista — la circostanza che lo Z. tenesse in modo disordinato la sua contabilità.

Le argomentazioni svolte dalla Corte territoriale sfuggono a qualsiasi censura, in quanto ampiamente motivate.

I giudici di appello hanno rilevato, inoltre, che il F. aveva ritenuto non corrette le rettifiche operate dall'Ufficio finanziario sul reddito dichiarato nel 1991/7 dallo Z., perché questi non aveva ritenuto — contro il suo parere — di impugnare ulteriormente la decisione dei giudici di secondo grado.

Al riguardo, tuttavia, il F., pur essendo l'estensore dei due ricorsi proposti dalla Z. dinanzi alle Commissioni di 1° e 2° grado di Udine, non era stato in grado di svolgere alcuna argomentazione per dedurre la erroneità della seconda decisione.

La semplice osservazione che avrebbe potuto essere proposta impugnazione avverso la decisione della Commissione tributaria di secondo grado non poteva valere ad escludere la correttezza delle decisione adottata.

Costituisce, infatti, preciso onere di chi contesta la correttezza della decisione del giudice (ai fini della responsabilità professionale per condotta omisiva del professionista) fornire almeno gli argomenti critici ad illustrazione degli errori dai quali sarebbe inficiata la sua decisione.

La Corte territoriale ha concluso che la decisione del primo giudice, che aveva posto a carico del professionista, la metà delle sanzioni applicate allo Z., a titolo di parziale risarcimento dei danni, era del tutto corretta.

Quanto alla obiezione, sollevata dall'appellante, che lo Z. avrebbe potuto ridurre l'entità delle sanzioni applicate dall'Ufficio, avvalendosi del condono di cui alla legge 516 del 1982, i giudici di appello hanno opportunamente rilevato che questo argomento era stato già esaminato dal primo giudice che aveva tenuto conto della circostanza per ridurre alla metà l'ammontare della somma riconosciuta a titolo di risarcimento del danno.

La decisione non era stata censurata sul punto dal F., il quale si era limitato a riproporre la questione in sede di appello solo in sede di comparsa conclusionale.

Con il secondo motivo si deduce la erronea motivazione (art. 360 c.p.c., n. 5) su un punto decisivo della controversia, avuto riguardo alla ritenuta, intervenuta, prescrizione della garanzia assicurativa per mancata denuncia scritta del sinistro nei termini.

Ad avviso del ricorrente la Corte triestina avrebbe errato nel ritenere prescritta la garanzia assicurativa per mancata denuncia del sinistro per iscritto nel termine indicato.

La clausola che imponeva tale onere, sostiene il ricorrente, avrebbe dovuto essere approvata per iscritto, costituendo una clausola vessatoria, ex art. 1341 c.c., comma 2, e art. 1342 c.c., comma 2.

In ogni caso, il decorso della prescrizione rimane sospeso per tutto il tempo che intercorre dalla denuncia del sinistro sino al momento in cui il diritto del danneggiato non viene accertato con sentenza passata in giudicato.

La censura è infondata. Con accertamento di fatto, incensurabile in questa sede di legittimità, i giudici di appello hanno stabilito che tra la richiesta di risarcimento avanzata dallo Z. alla data di notifica della chiamata in causa dell'assicuratore erano decorsi oltre cinque anni e che il F. non aveva provato in causa la esistenza di altra comunicazione scritta, indirizzata alla Zurigo, avente le caratteristiche della messa in mora o comunque interruttiva del termine prescrizionale.

Quanto al carattere vessatorio della clausola contrattuale che prevedeva una forma specifica per la denuncia di sinistro, lo stesso deve essere escluso sulla base della giurisprudenza di questa Corte, secondo la quale: «*La clausola di un contratto di assicurazione della responsabilità civile, la quale stabilisca che tutte le comunicazioni a cui l'assicurato è tenuto devono essere fatte con lettera raccomandata, non ha carattere vessatorio, perché ha per fine di regolare la prestazione dell'assicuratore, sia pure subordinandola all'osservanza di un onere da parte dell'assicurato, e, quindi, è efficace, anche se non approvata specificamente per iscritto*» (Cass., sentenza 30 marzo 1992, n. 3881, in *Mass. Giur. it.*, 1992).

La eccezione, inoltre, è nuova e pertanto inammissibile. Il ricorrente non ha, del resto, indicato in quali atti del giudizio di primo e secondo grado la stessa sarebbe stata proposta. L'accertamento del carattere vessatorio della clausola comporterebbe in ogni caso un giudizio di fatto ed una interpretazione del contratto non compatibili con il giudizio di legittimità.

Si richiama sul punto il consolidato orientamento di questa Corte, per il quale: «*Il giudizio sulla necessità che una clausola contrattuale sia specificamente approvata per iscritto o sulla sua inefficacia a norma dell'art. 1469-bis c.c. non può essere compiuto per la prima volta in sede di legittimità perché la valutazione circa la natura della clausola richiede un giudizio di fatto che si può formulare soltanto attraverso l'interpretazione della clausola nel contesto complessivo del contratto per stabilirne il significato e la portata*» (Cass., sentenza 19 luglio 2004, n. 13359, in *Mass. Giur. it.*, 2004).

Ed ancora, più di recente: «*La mancata specifica approvazione per iscritto delle clausole onerose del contratto indicate nell'art. 1341 c.c., ne comporta la nullità, eccepibile da chiunque vi abbia interesse e rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento, ivi compresa la fase di legittimità dinanzi alla Corte di Cassazione, sempreché i presupposti di fatto della detta nullità (carattere vessatorio della clausola ed inesistenza della prescritta approvazione specifica) risultino già acquisiti agli atti del processo*» (Cass., sentenza 14 luglio 2009, n. 16394, in *Mass. Giur. it.*, 2009).

Ipotesi, questa, non realizzatasi nel caso di specie. Conclusivamente, il ricorso deve essere rigettato, con la condanna del ricorrente al pagamento delle spese, liquidate come in dispositivo. (*Omissis*).

La rischiosa attività del commercialista tra responsabilità civile, amministrativa e penale: consulente di fiducia o guardiano dei pubblici interessi?

SOMMARIO: 1. I fatti. — 2. Il commercialista ha l'obbligo di impedire l'illecito tributario del suo cliente? — 3. Il contribuente e il commercialista: criteri di imputazione dell'illecito tributario. — 4. Interrelazioni e incongruenze tra responsabilità amministrativa e responsabilità civile. — 5. Sull'efficacia del patto tra cliente e commercialista. — 6. La soluzione adottata dalla Corte: il richiamo alle norme di deontologia professionale. — 7. Conclusioni: nei confronti di chi è responsabile il professionista?

1. *I fatti.*

Nel caso di specie un contribuente era stato condannato al pagamento di una sanzione tributaria per aver esposto nella propria dichiarazione dei redditi costi non documentati e costi non inerenti all'anno di riferimento. Inoltre, era stata operata una detrazione Ilor per l'ammontare massimo dell'anno, anche se sarebbe in realtà spettata solo per una parte del periodo. Condannato a pagare una sanzione amministrativa dalla commissione tributaria di I e di II grado, il contribuente aveva citato in giudizio il proprio commercialista, facendo valere la responsabilità professionale di quest'ultimo al fine di ottenere il risarcimento dei danni patiti (ovvero la sanzione tributaria). Il commercialista si era difeso, tra l'altro, «*adombrando la esistenza di un accordo con il cliente per l'appostazione di costi non dimostrati*».

La sentenza in esame ha confermato la decisione dei giudici di merito i quali hanno condannato il commercialista al pagamento della metà delle sanzioni applicate dall'erario al contribuente (la condanna alla metà è stata decisa in considerazione della colpa concorrente del

contribuente, il quale aveva disatteso il parere del commercialista decidendo di non presentare domanda di condono).

Inoltre, la Corte di Cassazione ha rigettato la domanda di manleva proposta dal commercialista contro la propria compagnia di assicurazioni, dal momento che il sinistro non era stato denunciato per iscritto nei termini previsti e che la clausola contrattuale che richiedeva a tal fine la forma scritta non è da considerarsi vessatoria.

Quest'ultima questione non solleva problemi interpretativi degni di nota, poiché ripete un principio pacifico già espresso da una giurisprudenza conforme⁽¹⁾; pertanto, questo scritto prende ad esame esclusivamente la prima questione decisa dalla Corte di Cassazione, ovvero la responsabilità del commercialista per la sanzione amministrativa comminata al di lui cliente per violazione delle norme tributarie.

2. *Il commercialista ha l'obbligo di impedire l'illecito tributario del suo cliente?*

I giudici che via via si sono pronunciati sul caso di specie hanno sottolineato l'evidenza della colpa del professionista in relazione alla commissione dell'illecito tributario: egli ha appostato costi privi di documentazione, o non inerenti all'anno della dichiarazione dei redditi del proprio cliente, in modo consapevole (non potrebbe essere diversamente). A nulla è valso invocare a propria discolpa il fatto che il cliente abbia tenuto la documentazione contabile in modo assai disordinato e neppure il fatto che questi si sia espressamente accordato al fine di violare la norma tributaria: la Corte fa notare che il commercialista diligente avrebbe comunque potuto escludere dalla dichiarazione dei redditi i costi che non siano comprovati da idonei documenti. In altre parole, egli avrebbe potuto evitare la commissione dell'illecito del proprio cliente.

In generale è vero che il commercialista o il consulente fiscale si trovano nella posizione migliore per scongiurare il pericolo di violazione delle norme tributarie. Pertanto, rendere questi soggetti responsabili per non aver evitato la commissione di un illecito tributario da parte dei loro clienti, può produrre risultati senz'altro efficaci dal punto di vista della prevenzione e quindi della lotta all'evasione fiscale.

Tuttavia, perché ciò sia possibile, occorre rintracciare nel sistema una provvedimento legislativo che ponga espressamente a carico del commercialista/consulente fiscale l'obbligo di evitare che il proprio cliente violi le norme tributarie.

Prima di esaminare la soluzione adottata dalla Corte di Cassazione nel caso di specie e le conseguenze che essa può produrre sul lavoro del commercialista, pare opportuno ricordare il criterio di imputazione della responsabilità per illecito tributario disegnato dal legisla-

(1) Cfr. Cass., 30 marzo 1992, n. 3881, in *Mass. Foro it.*, 1992; Cass., 14 luglio 2009, n. 16394, in *De Jure*, 2009.

tore e il delicato meccanismo attraverso il quale tale responsabilità viene ripartita tra il contribuente/cliente da un lato e il professionista dall'altro: il primo fa proprio il contenuto della dichiarazione dei redditi sottoscrivendola; il secondo redige materialmente la dichiarazione dei redditi su preciso incarico del primo e nell'interesse di questi.

3. *Il contribuente e il commercialista: criteri di imputazione dell'illecito tributario.*

L'art. 11, n. 2 del d.lgs. 5 giugno 1998, n. 203, che disciplina la comminazione delle sanzioni amministrative per illeciti tributari, sancisce che: «*fino a prova contraria, si presume autore della violazione chi ha sottoscritto ovvero compiuto gli atti illegittimi*». In altre parole, di norma è responsabile in via diretta ed esclusiva il contribuente, quale soggetto obbligato alla dichiarazione annuale dei redditi o IVA e agli obblighi contabili e, di conseguenza, quale soggetto che trae gli eventuali vantaggi dalla violazione di tali obblighi (2).

Occorre precisare, tuttavia, che non si tratta di una responsabilità oggettiva, bensì di una responsabilità per colpa (art. 5) con una marcata connotazione penalistica (3). La norma prevede pertanto che il contribuente possa andare esente da responsabilità solo se è provato che egli era del tutto ignaro della commissione dell'illecito tributario realizzato dal professionista-consulente fiscale incaricato della redazione della dichiarazione dei redditi (art. 10). In questo caso il commercialista, che ha indotto il cliente in errore inconsapevole determinando la commissione dell'illecito, ne risponde a titolo di «autore mediato» in luogo del suo autore materiale. La norma in questione, tuttavia, ha trovato fino ad ora sporadiche applicazioni limitate ad ipotesi in cui il commercialista si è intascato delle somme di denaro consegnategli dal cliente al fine di pagare le imposte (4).

(2) Ai sensi dell'art. 11 del d.lgs. 5 giugno 1998, n. 203, nel caso in cui la violazione sia commessa «*dal dipendente o dal rappresentante o dall'amministratore, anche di fatto, di società, associazione od ente, con o senza personalità giuridica, nell'esercizio delle sue funzioni o incombenze, la persona fisica, la società, l'associazione o l'ente nell'interesse dei quali ha agito l'autore della violazione sono obbligati solidalmente al pagamento di una somma pari alla sanzione irrogata, salvo il diritto di regresso*». La norma è stata modificata dall'art. 7 della L. «Tecno-Tremonti», d.l. 30 settembre 2003, n. 269, che riferisce direttamente alla persona giuridica le sanzioni amministrative relative al rapporto fiscale proprio di società od enti dotati di personalità giuridica. La questione della responsabilità per illecito tributario delle persone giuridiche, tuttavia, esula dal tema oggetto della presente nota.

(3) Il testo normativo in questione riforma la materia già disciplinata dalla L. 7 gennaio 1929. Si fa notare come la riforma abbia abbandonato il modello civilistico per adottare quello sanzionatorio penalistico (FALSITTA, *Manuale di diritto tributario*, 2005, Padova, pag. 571 ss.; LUPI, *Prime osservazioni sul nuovo sistema delle sanzioni amministrative tributarie*, in *Rass. trib.*, 1998, pag. 328).

(4) Cass. civ., sez. V, 15 gennaio 2009, n. 884, in *Corr. trib.*, 2009, pag. 561; Cass. civ., sez. V, 20 dicembre 2007, n. 26848, in *Foro it.*, 2008, 2, 1, 500.

Altrimenti, il professionista può andare incontro alla responsabilità per l'illecito tributario materialmente commesso dal proprio cliente a titolo di concorso (art. 9). In base ai principi generali mutuati dal diritto penale, il concorso può essere solo morale (qualora risulti che il professionista abbia istigato il cliente alla commissione dell'illecito e che senza l'opera di istigazione l'illecito non sarebbe stato commesso); oppure può essere materiale, sempre che sussista l'elemento soggettivo necessario a tal fine (5).

È interessante notare che, in caso concorso di persone nella commissione dell'illecito, la norma dispone che «*ciascuna di esse soggiace alla sanzione*» prevista per la violazione, riformando la disciplina precedente che invece prevedeva un obbligo solidale al pagamento di un'unica sanzione. Ecco che allora la sanzione tributaria assume una evidente funzione punitiva di stampo penalistico, svincolandosi del tutto dai meccanismi risarcitori del diritto civile che, nel caso di concorso di persone nella commissione di un fatto illecito, può solo prevedere un'obbligazione solidale dei concorrenti a risarcire il danno e non certo una moltiplicazione del risarcimento in funzione del numero di concorrenti.

In sintesi, ai sensi della normativa in vigore, il professionista può essere responsabile dell'illecito tributario commesso dal contribuente o in qualità di autore mediato oppure a titolo di concorso nella commissione dell'illecito. Al di là di queste ipotesi non è previsto un obbligo specifico e autonomo a carico del commercialista o del consulente tributario di evitare la commissione dell'illecito da parte del contribuente; un obbligo di tal genere può tutt'al più desumersi indirettamente dal modo in cui sono interpretate ed applicate le norme in materia di concorso. A questo proposito deve rilevarsi, tuttavia, che sino ad ora l'autorità finanziaria e le corti penali hanno lasciato pressoché disapplicare le disposizioni normative in materia di concorso di persone e le relative novità concernenti il sistema sanzionatorio, rimanendo sostanzialmente fedeli al principio per cui il destinatario della sanzione è esclusivamente colui che trae vantaggio dell'illecito e quindi il contribuente, e non il professionista che agisce su incarico e nell'interesse del primo.

4. *Interrelazioni e incongruenze tra responsabilità amministrativa e responsabilità civile.*

Definiti pertanto i contorni della responsabilità disegnata dal legislatore a carico del professionista/consulente tributario per i danni cagionati all'erario, ciò che preme qui rilevare è che tale responsabilità

(5) A. PERINI, *Il nuovo sistema sanzionatorio tributario amministrativo: considerazioni di un penalista*, in *Dir. e pratica trib.*, 1998, pag. 2002 e ss.; F. LA GROTTA, *Il concorso di persone nei reati tributari*, *ivi*, 2005, pag. 883 e ss.; AIUDI, *Il professionista quale soggetto destinatario delle sanzioni tributarie*, in *Boll. trib.*, 1998, pag. 1362.

può essere fatta valere esclusivamente dalla pubblica autorità (nelle vesti del pubblico ministero oppure in quella delle commissioni tributarie) in virtù di una procedura in contraddittorio con le parti.

Ben diverso è il caso della responsabilità del commercialista fatta valere dal proprio cliente il quale, essendo stato condannato a pagare una sanzione tributaria, agisce a sua volta in giudizio di fronte al giudice civile al fine di ottenere il risarcimento del danno per inadempimento contrattuale. È pur vero che sia ai fini della responsabilità per illecito civile, che della responsabilità per illecito tributario, occorre dimostrare la colpa o il dolo in capo al professionista (in entrambi i casi, per altro, vige una disposizione che prevede che in caso di problemi tecnici di speciale difficoltà la responsabilità del professionista sorge solo per dolo o colpa grave)⁽⁶⁾; ma la coincidenza dei requisiti delle due azioni non può cancellare il fatto che esse poggiano su fondamenti del tutto differenti, giacché diversi sono gli obblighi che rispettivamente si assume siano stati violati: la responsabilità amministrativa del commercialista poggia sulla violazione di una norma tributaria, mentre la responsabilità civile nei confronti del cliente trova esclusivo fondamento nella violazione degli obblighi assunti in forza del contratto d'opera intellettuale concluso tra i due. Nel caso di specie deciso dalla Corte di Cassazione si discute, appunto, di responsabilità contrattuale del commercialista nei confronti del proprio cliente.

5. *Sull'efficacia del patto tra cliente e commercialista.*

Chiarito l'equivoco, non si capisce allora come possa essere privo di rilievo il fatto che tra le parti sia intercorso un accordo tale per cui il cliente ha espressamente incaricato il commercialista di appostare spese non documentate nella propria dichiarazione dei redditi: se il commercialista non ha fatto altro che eseguire l'incarico affidatogli in forza del contratto, come può ora lo stesso contraente lamentare una violazione della responsabilità contrattuale del commercialista?

Le corti di merito, tuttavia, non si sono addentrate in tali questioni: hanno ritenuto che l'esistenza di un accordo tra cliente e commercialista difettesse di una prova idonea, trascurando il fatto che se il cliente ha fatto appostare costi di cui non possedeva la documentazione egli era quanto meno consapevole (per non dire d'accordo) del fatto che il suo commercialista avrebbe commesso un illecito.

La Cassazione, da parte sua, taglia corto sulla questione limitandosi ad affermare che un accordo in tal senso sarebbe in ogni caso nullo.

(6) Per una ricostruzione del dibattito intorno all'art. 2236 c.c. cfr. U. BRECIA, *Colpa professionale*, in VISINTINI (a cura di), *La giurisprudenza per massime e il valore del precedente*, Padova, 1988, pag. 313 e ss.

In realtà, posto che al fine di una domanda di adempimento coattivo la nullità dell'accordo è indiscutibile, ci si può comunque chiedere se la dichiarazione del contribuente non debba essere trattata alla stregua di una manifestazione di consenso del titolare del diritto, avente l'effetto di esimere la controparte da ogni responsabilità nei suoi confronti in base ai principi generali. Nulla, infatti, si oppone alla validità di una rinuncia preventiva al risarcimento dei danni fatta dall'avente diritto (trattandosi, ovviamente, di un diritto disponibile), posto che tale rinuncia ha un rilievo meramente interno e non pregiudica in nessun modo l'efficacia preventiva della sanzione amministrativa a cui il commercialista rimane potenzialmente soggetto (7).

In alternativa, si sarebbe potuto bloccare l'azione del cliente che, dopo aver chiesto al commercialista di violare la norma tributaria, fa valere in giudizio la responsabilità di questi per aver commesso la violazione, applicando il principio che sancisce il divieto di *venire contra factum proprium* (8). Come è noto, mentre la dottrina discute della valenza generale di tale principio, la giurisprudenza italiana lo applica in rare occasioni preferendo ricostruire quelle fattispecie in termini di rinuncia tacita (9). Nei sistemi giuridici in cui, invece, il principio è generalmente ammesso, si riscontrano anche applicazioni che hanno l'effetto di fare salva l'avvenuta esecuzione di un contratto nullo, senza con questo pregiudicare la disciplina della nullità contrattuale e la sua funzione di protezione di interessi ulteriori rispetto a quelli delle parti (10). Ciò può avvenire o quando gli interessi dei terzi non sono implicati dalla specifica causa di nullità (sono le ipotesi, ad esempio, della nullità per vizio di forma) oppure in quelle ipotesi in cui, come nel caso di specie, l'interesse

(7) Sul tema della liceità degli accordi privati traslativi della responsabilità: MEZZANOTTE, *L'allocatione convenzionale del rischio « da illecito » (con particolare riguardo alle sanzioni amministrative pecuniarie)*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, pag. 203 e ss.

(8) Recentemente hanno studiato le applicazioni del principio nel diritto italiano, alla luce delle esperienze straniere, tra gli altri: R. SACCO e P. CISANO, *Il fatto, l'atto, il negozio*, in *Trattato di diritto civile*, dir. Sacco, Torino, 2005, pag. 246 e ss. (che ricostruiscono il principio in termini di obbligo di coerenza); F. ASTONE, *Venire contra factum proprium*, Napoli, 2006; F. FESTI, *Il divieto di « venire contro il fatto proprio »*, Milano, 2007 (il quale evidenzia come la funzione di protezione dell'altrui affidamento assolta dal principio trova la sua ragion d'essere là dove l'affidatario abbia subito un danno).

(9) L'osservazione è di F. RANIERI, *Rinuncia tacita e Verwinkung*, Padova, 1971.

(10) ASTONE fa notare che l'applicazione del divieto di venire contro il fatto proprio non implica « una sanatoria o una convalida del contratto nullo, posto che la nullità potrà comunque essere fatta valere da altri eventuali legittimati: è unicamente chi ha tenuto il comportamento contraddittorio a non potersi avvalere del rimedio, il che, in taluni settori, ed anche in materia societaria, ha un'importanza rilevante » (F. ASTONE, *Venire contra factum proprium*, cit., pag. 249). Rimane aperta, tuttavia, la questione della rilevanza d'ufficio della nullità nei casi di applicazione del divieto di venire contro il fatto proprio.

dei terzi risulta essere comunque protetto da altri meccanismi sanzionatori, diversi dalla declaratoria di nullità (11).

6. *La soluzione adottata dalla Corte: il richiamo alle norme di deontologia professionale.*

Obliterata ogni possibile responsabilità del cliente nella commissione dell'illecito tributario, la Corte di Cassazione (che deve trovare una norma su cui fondare la responsabilità del commercialista) afferma che il commercialista è responsabile per aver violato le norme di correttezza impostegli dal codice di deontologia professionale. È pur vero che tale affermazione è contenuta nell'esposizione dello svolgimento del processo ed è solo implicitamente richiamata in motivazione, tuttavia essa non può passare inosservata perché è suscettibile di trasformare i commercialisti e i consulenti fiscali in pubblici ufficiali al servizio dello stato, snaturandone completamente il ruolo e pregiudicando il rapporto fiduciario tra questi soggetti e i loro clienti.

In altre parole, il richiamo alle norme di deontologia è il grimaldello utilizzato dalla Corte di Cassazione al fine di imputare al professionista quella responsabilità nei confronti della collettività che sino ad ora non ha trovato spazio di fronte alle Autorità tributarie. La Corte, infatti, afferma che dagli obblighi di diligenza e di correttezza contenuti nel codice deontologico si deduce che il commercialista avrebbe dovuto «*escludere i costi dalla dichiarazione dei redditi qualora il cliente non avesse provveduto a fornire la relativa documentazione*»; con tale affermazione si tradisce, a nostro avviso, il fatto che l'interesse protetto dalla corte non è quello del cliente che comunque non ha fornito la documentazione, bensì quello della collettività a che la norma tributaria non venga violata.

Senza voler entrare nel merito delle scelte di politica legislativa perseguite dalla Corte in modo più o meno consapevole, non ci si può esimere dal rilevare le forzature e le incongruenze del ragionamento su cui si fonda la decisione in esame.

In primo luogo è discutibile attribuire alle norme di deontologia professionale un'efficacia che va ben al di là della loro natura di norme pattizie valevoli tra soggetti che appartengono al medesimo ordine pro-

(11) Per le applicazioni in Francia che censurano i comportamenti volti a sollevare la causa di invalidità di un contratto illecito da parte di chi ha concluso il contratto conoscendo perfettamente la causa di invalidità si veda, ad esempio: Comm. 6 mars 1990, in *Bull. Civ.*, IV, 259; in *RTDCiv*, 1991, pag. 734 (citati in: H. MAZEAUD, *Les contradictions légitimes au détriment d'autrui en droit des contrats*, in AA.VV., *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, dir. Behaar-Touchais, Paris, 2000, pag. 128.); in Germania: BGH NJW 1979, 1498; BGH WM, 60, pag. 805 (in dottrina: WIELING, *Venire contra factum proprium und Verschulden gegen sich selbst*, in *AcP*, 1976, pag. 112 e ss; trad. Italiana a cura di R. FAVALE, *Venire contra factum proprium e colpa verso se stesso*, in *Rass. dir. civ.*, 1994, pag. 419 e ss.)

fessionale(12). È pur vero che la giurisprudenza ha progressivamente ampliato la sfera di efficacia delle norme di deontologia affermando che esse hanno la natura di norme giuridiche infralegislative, aventi efficacia integrativa delle disposizioni normative espresse attraverso clausole generali(13). Tuttavia, l'efficacia integrativa loro attribuita può operare solo là dove le norme di deontologia abbiano un contenuto più specifico e stringente rispetto alla clausola generale che si va ad integrare(14). Nel caso di specie, invece, la Corte, non trova neanche nel codice deontologico del dottore commercialista quell'obbligo di evitare la commissione dell'illecito tributario che essa cerca di implementare, e quindi si limita ad un riferimento alle norme che impongono un generico obbligo di diligenza e di correttezza nell'esercizio della professione. Ecco che allora il ragionamento della Corte diventa circolare, difettando di qualunque substrato normativo esplicito cui appoggiarsi.

In secondo luogo, come già si è fatto rilevare, se la responsabilità di cui si discute discende dalla violazione di un obbligo nei confronti della collettività, allora essa non può essere fatta valere dal contribuente che lamenta un danno a un interesse individuale cagionato dalla violazione di un obbligo contrattuale. La responsabilità nei confronti della collettività deve essere sollevata dall'autorità pubblica nelle sedi competenti e attraverso una procedura in contraddittorio con il presunto responsabile al fine di garantirne il diritto alla difesa (in questo senso il commercialista nel caso di specie lamenta a buon diritto di non essere stato convocato avanti alle commissioni tributarie che hanno irrogato la sanzione di cui ora viene caricato).

L'aver mascherato da responsabilità civile quella che dovrebbe essere una responsabilità nei confronti dell'erario produce poi dei risultati incongruenti dal punto di vista della funzione attribuita al sistema

(12) La natura pattizia delle regole di deontologia esclude la possibilità che esse abbiano un'efficacia anche nei confronti dei terzi, a meno che esista una norma di rinvio che le rende operanti nell'ordinamento giuridico statale (G. CERDONIO CHIAROMONTE, *L'obbligazione del professionista intellettuale, tra regole deontologiche negoziali e legali*, Padova, 2008; in riferimento specifico al codice di deontologia forense si veda: U. PERFETTI, *Codice deontologico forense e natura delle norme deontologiche*, in *Codici deontologici e autonomia privata* (a cura di G. ALPA e P. ZATTI), Milano, 2006, pag. 16 e ss.

(13) In questi termini la sentenza delle Sez. Un. in materia di illecito disciplinare sanzionato dall'ordine degli avvocati (Cass., Sez. Un., 6 giugno 2002, n. 8225, in *Dir. e giust.*, 2002, f. 35 con nota di GAMBOGI).

(14) Si ritiene, in particolare, che gli artt. 1337, 1176, 1375 c.c. possano essere integrati dalle più stringenti regole del codice deontologico al fine di stabilire l'esistenza di responsabilità da inadempimento contrattuale nei confronti del cliente (A. ANCESCHI, *La responsabilità dell'avvocato in relazione alle violazioni deontologiche*, in *Persona e danno*, 2008); si è anche ritenuto che la violazione di una norma deontologica costituisca un fatto illecito fonte di un obbligo risarcitorio nei confronti dei terzi, ai sensi dell'art. 2043 c.c. (Trib. Udine 23 febbraio 1998, in *Resp. civ. e prev.*, 1998, pag. 1500).

sanzionatorio amministrativo. In questo modo, infatti, il contribuente riesce a sgravarsi del 50% della sanzione che le commissioni tributarie hanno ritenuto di irrogare nei suoi confronti. La misura del 50% della sanzione è giustificata non certo perché il contribuente è ritenuto almeno in parte responsabile della violazione che aveva concordato con il commercialista (come si è detto, l'esistenza di un accordo tra i due è circostanza obliterata dalla Corte), bensì dal fatto che se il contribuente avesse fatto domanda di condono, così come suggerito dal professionista, egli avrebbe presumibilmente ottenuto una riduzione della sanzione. Se ne deduce che, se non ci fosse stata la possibilità di presentare domanda di condono, il commercialista sarebbe stato condannato a risarcire l'intera sanzione amministrativa comminata al contribuente. In altre parole, la decisione in esame ha l'effetto di trasferire la sanzione amministrativa comminata al contribuente ad un diverso soggetto, come se il primo fosse del tutto incolpevole, a dispetto degli accertamenti già effettuati in sede di commissione tributaria (si ricorda che la colpa è requisito indispensabile ai fini dell'irrogazione della sanzione).

Infine, come è stato correttamente osservato, affermare che il professionista è comunque responsabile per l'irregolarità dei documenti contabili del cliente significa annullare le differenze tra il normale incarico di redazione della dichiarazione dei redditi e l'ulteriore prestazione di apporre un visto di conformità (prestazione per la quale il professionista richiede normalmente un corrispettivo maggiore proprio in ragione del regime di responsabilità più gravoso al quale è sottoposto)(15).

7. Conclusioni: nei confronti di chi è responsabile il professionista?

In conclusione, la decisione della Corte in qualche modo sembra iscriversi in quella tendenza volta a rendere determinate categorie di soggetti responsabili nei confronti della collettività per le violazioni commesse da altri di cui possono in qualche misura controllare l'operato(16). Si pensi, ad esempio, all'obbligo di far rispettare il divieto di fumo nei locali pubblici che era stato posto a carico dei gestori dei lo-

(15) A. BUCCISANO, G. INGRAO, R. LUPI, *Il consulente fiscale risponde verso il cliente per violazioni fiscali « decise assieme »?*, in *Dialoghi Tributarie*, 5/2010, pag. 557 e ss.

(16) Si tratta, dunque, di un'ipotesi diversa da quella che vede allargare progressivamente la responsabilità contrattuale del libero professionista nei confronti del proprio cliente, contrariamente a quanto ritenuto da VISINTINI, che invece inserisce in quest'ultimo filone la sentenza in esame (VISINTINI, *Le responsabilità professionali del dottore commercialista nell'esercizio dell'attività di consulenza per il cliente*, in *Dir. e pratica tributaria*, 2010, II, pag. 1001 e ss.). Per ciò che riguarda l'allargamento della responsabilità contrattuale del professionista si veda in particolare: Cass., Sez. Un., sentenza 6 giugno 2002, n. 8225, *cit.* (che implementa obblighi di informazione a carico dell'avvocato) e Cass., Sez. Un., sentenza 28 luglio 2005, n. 15781, in *Giur.*

cali (17); analogamente, in ambito sportivo, si discute sulla possibilità di allargare la responsabilità per i casi di doping anche a carico dei medici della squadra, i quali hanno omesso di vigilare per evitare le violazioni (18) (ovviamente al di là della responsabilità del medico che ha prescritto all'atleta il trattamento illecito). Va precisato che in questi casi la responsabilità in capo a colui che non ha vigilato per evitare l'altrui commissione dell'illecito non sostituisce ma affianca la responsabilità di colui che ha commesso l'illecito e che, eventualmente, ne ha tratto vantaggio.

Questo meccanismo è senz'altro efficace dal punto di vista della prevenzione, ma cambia sensibilmente il ruolo del professionista, come si è detto, e lo carica di rischi ulteriori.

È chiaro che l'istituzione a carico di soggetti privati di un obbligo di vigilanza a fini pubblici deve necessariamente trovare la sua fonte in un atto legislativo, così come affermato dal Consiglio di Stato che ha dichiarato l'illegittimità proprio della circolare ministeriale che faceva gravare sui gestori di locali pubblici l'obbligo di far rispettare il divieto di fumo. A tal proposito, infatti, il Consiglio di Stato ha rilevato che la circolare in questione viola la riserva di legge di cui all'art. 25 Cost. in materia di illeciti amministrativi depenalizzati e di cui all'art. 41 Cost., in materia di deroghe al principio generale di libertà dell'iniziativa economica privata (19). A maggior ragione, non può ritenersi adeguatamente fondato un obbligo di vigilanza nell'interesse pubblico che il giudice civile ha desunto dalle generiche previsioni contenute nel codice di deontologia professionale nell'ambito di un processo promosso dal contribuente che fa valere i propri interessi personali. Tanto più che, come si è visto, il risultato che si ottiene con una sentenza del giudice civile può essere solo quello di trasferire la responsabilità da un soggetto (nel nostro caso il contribuente) ad un altro (il commercialista) e non quello di affiancare alla responsabilità del primo quella del secondo al fine di rafforzare l'efficacia deterrente del sistema sanzionatorio.

Pertanto, fino a quando le autorità tributarie non riterranno di utilizzare le norme in materia di concorso recentemente introdotte dal legislatore al fine di ampliare la sfera di responsabilità del profes-

it., 2006, 7, pag. 1380 (che qualifica come prestazione di risultato e non di mezzi alcuni degli adempimenti a cui l'ingegnere è tenuto a favore del proprio cliente).

(17) L. 11 novembre 1975, n. 584; l. 16 gennaio 2003, n. 3.

(18) Si veda art. 9 della Convenzione Internazionale contro il doping nello sport, firmata a Parigi 10 ottobre 2005 dall'UNESCO che prevede: «*gli Stati parte adottano direttamente misure, o incoraggiano le organizzazioni sportive e le organizzazioni antidoping di adottare misure, incluse sanzioni o penalità, nei confronti dei membri di supporto degli sportivi che commettano una violazione delle regole antidoping o altre infrazioni legate al doping sportivo*».

(19) Consiglio di Stato, sez. V, 7 ottobre 2009, n. 6167, in *Foro it.*, 2010, 4, 3, 200.

sionista per gli illeciti materialmente commessi dal contribuente, i tentativi esperiti in questa direzione dai giudici civili paiono delle forzature del sistema in ogni caso inidonee a produrre risultati pienamente efficaci dal punto di vista della prevenzione degli illeciti tributari.

ELEONORA RAJNERI
Professore associato di diritto privato
Università del Piemonte Orientale