

**IL CONTRATTO D'OPERA
INTELLETTUALE. LA
RESPONSABILITÀ CIVILE
DEL COMMERCIALISTA E
LA RESPONSABILITÀ
NELL'ESPLETAMENTO
DELLE ATTIVITÀ DI
CONSULENZA,
ASSISTENZA E
RAPPRESENTANZA IN
MATERIA TRIBUTARIA**

Documento del 15 dicembre 2015

IL CONTRATTO D'OPERA INTELLETTUALE. LA RESPONSABILITÀ CIVILE DEL COMMERCIALISTA E LA RESPONSABILITÀ NELL'ESPLETAMENTO DELLE ATTIVITÀ DI CONSULENZA, ASSISTENZA E RAPPRESENTANZA IN MATERIA TRIBUTARIA

di **Michela Rosmino**

Sommario: 1. Oggetto e natura del rapporto professionale tra il commercialista e il cliente – 2. I caratteri peculiari del “contratto d’opera intellettuale”: la disciplina codicistica – 3. La responsabilità civile del commercialista: profili generali - 3.1 Le obbligazioni di mezzi – 3.2 Il criterio della diligenza professionale: disposizioni di cui agli artt. 1176, 2° comma e 2236 c.c. – 3.3 La responsabilità extracontrattuale e la disciplina dell’onere della prova in ambito professionale – 3.4 Il danno patrimoniale - 3.5 Il danno non patrimoniale – 4. Diversi profili di responsabilità connessi all’attività professionale del commercialista - 5. La responsabilità del commercialista nell’espletamento delle attività di consulenza, assistenza e rappresentanza in materia tributaria – 5.1 Il sistema sanzionatorio amministrativo: il principio di personalizzazione della responsabilità e il principio di colpevolezza – 5.2 La colpa professionale - 5.3 Il concorso di persone – 5.4 L’autore mediato – 5.5 La responsabilità del professionista/certificatore - 5.6 Le cause di non punibilità – 5.7 La diligenza e la responsabilità connessa alla verifica dei dati forniti dal cliente ai fini fiscali - 5.8 La responsabilità derivante dall’assistenza davanti alle Commissioni Tributarie e il danno da perdita di “chance” – 6. L’assicurazione della responsabilità civile professionale.

1. Oggetto e natura del rapporto professionale tra il commercialista e il cliente

L’oggetto dell’attività professionale del commercialista e dell’esperto contabile è delineato dall’art. 1 del D.lgs. 28 giugno 2005, n. 139, che si struttura in maniera correlata alle due sezioni di cui è composto l’Albo unico: per gli iscritti alla sezione A (commercialisti) e per gli iscritti alla sezione B (esperti contabili) la disposizione prevede una prima parte descrittiva delle relative competenze professionali ed una seconda parte che pone in evidenza le attività che caratterizzano una competenza tecnica specifica degli iscritti alle due sezioni suindicate¹. Più specificamente, la norma in esame stabilisce espressamente quanto segue:

“1. Agli iscritti nell’Albo dei dottori commercialisti e degli esperti contabili, di seguito denominato “Albo”, è riconosciuta competenza specifica in economia aziendale e diritto d’impresa e, comunque, nelle materie economiche, finanziarie, tributarie, societarie ed amministrative.

2. In particolare, formano oggetto della professione le seguenti attività:

a) l’amministrazione e la liquidazione di aziende, di patrimoni e di singoli beni;

¹ F. Martini, A. Mazzucchelli, M. Rodolfi, E. Vivori, *La Responsabilità civile del professionista*, Utet Giuridica, Milano, 2007, pp. 238 – 239.

- b) le perizie e le consulenze tecniche;*
- c) le ispezioni e le revisioni amministrative;*
- d) la verifica ed ogni altra indagine in merito alla attendibilità di bilanci, di conti, di scritture e di ogni altro documento contabile delle imprese ed enti pubblici e privati;*
- e) i regolamenti e le liquidazioni di avarie;*
- f) le funzioni di sindaco e di revisore nelle società commerciali, enti non commerciali ed enti pubblici.*

3. Ai soli iscritti nella Sezione A Commercialisti dell'Albo è riconosciuta competenza tecnica per l'espletamento delle seguenti attività:

a) la revisione e la formulazione di giudizi o attestazioni in merito ai bilanci di imprese ed enti, pubblici e privati, non soggetti al controllo legale dei conti, ove prevista dalla legge o richiesta dall'autorità giudiziaria, amministrativa o da privati, anche ai fini dell'accesso e del riconoscimento di contributi o finanziamenti pubblici, anche comunitari, nonché l'asseverazione della rendicontazione dell'impiego di risorse finanziarie pubbliche;

b) le valutazioni di azienda;

c) l'assistenza e la rappresentanza davanti agli organi della giurisdizione tributaria di cui al decreto legislativo 31 dicembre 1992, n. 545;

d) l'incarico di curatore, commissario giudiziale e commissario liquidatore nelle procedure concorsuali, giudiziarie e amministrative, e nelle procedure di amministrazione straordinaria, nonché l'incarico di ausiliario del giudice, di amministratore e di liquidatore nelle procedure giudiziali;

e) le funzioni di sindaco e quelle di componente altri organi di controllo o di sorveglianza, in società o enti, nonché di amministratore, qualora il requisito richiesto sia l'indipendenza o l'iscrizione in albi professionali;

f) le funzioni di ispettore e di amministratore giudiziario nei casi previsti dall'art. 2409 del codice civile;

g) la predisposizione e diffusione di studi e ricerche di analisi finanziaria aventi ad oggetto titoli di emittenti quotate che contengono previsioni sull'andamento futuro e che esplicitamente o implicitamente forniscono un consiglio d'investimento;

h) la valutazione, in sede di riconoscimento della personalità giuridica delle fondazioni e delle associazioni, dell'adeguatezza del patrimonio alla realizzazione dello scopo;

i) il compimento delle operazioni di vendita di beni mobili ed immobili, nonché la formazione del progetto di distribuzione, su delega del giudice dell'esecuzione, secondo quanto previsto dall'articolo 2, comma 3, lettera e) del decreto-legge 14 marzo 2005, n. 35, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 maggio 2005, n. 80, e con decorrenza dalla data indicata dall'articolo 2, comma 3-quater, del medesimo decreto;

l) l'attività di consulenza nella programmazione economica negli enti locali;

m) l'attività di valutazione tecnica dell'iniziativa di impresa e di asseverazione dei business plan per l'accesso a finanziamenti pubblici;

n) il monitoraggio ed il tutoraggio dell'utilizzo dei finanziamenti pubblici erogati alle imprese;

o) la redazione e la asseverazione delle informative ambientali, sociali e di sostenibilità delle imprese e degli enti pubblici e privati;

p) la certificazione degli investimenti ambientali ai fini delle agevolazioni previste dalle normative vigenti;

q) le attività previste per gli iscritti alla Sezione B Esperti contabili dell'Albo.

4. Agli iscritti nella Sezione B Esperti contabili dell'Albo è riconosciuta competenza tecnica per l'espletamento delle seguenti attività:

a) tenuta e redazione dei libri contabili, fiscali e del lavoro, controllo della documentazione contabile, revisione e certificazione contabile di associazioni, persone fisiche o giuridiche diverse dalle società di capitali;

b) elaborazione e predisposizione delle dichiarazioni tributarie e cura degli ulteriori adempimenti tributari;

c) rilascio dei visti di conformità, asseverazione ai fini degli studi di settore e certificazione tributaria, nonché esecuzione di ogni altra attività di attestazione prevista da leggi fiscali;

d) la funzione di revisione o di componente di altri organi di controllo contabile nonché, sempre che sussistano i requisiti di cui al decreto legislativo 27 gennaio 1992, n. 88, il controllo contabile ai sensi art. 2409-bis del codice civile;

e) la revisione dei conti, sempre che sussistano i requisiti di cui al decreto legislativo 27 gennaio 1992, n. 88, nelle imprese ed enti che ricevono contributi dallo Stato, Regioni, Province, Comuni ed enti da essi controllati o partecipati;

f) il deposito per l'iscrizione presso enti pubblici o privati di atti e documenti per i quali sia previsto l'utilizzo della firma digitale, ai sensi della legge 15 marzo 1997, n. 59 e del D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445 e loro successive modificazioni;

f-bis) l'assistenza fiscale nei confronti dei contribuenti non titolari di reddito di lavoro autonomo e di impresa, di cui all'articolo 34, comma 4, del decreto legislativo 9 luglio 1997, n. 241².

5. L'elencazione di cui al presente articolo non pregiudica l'esercizio di ogni altra attività professionale dei dottori commercialisti e degli esperti contabili ad essi attribuiti dalla legge e/o da regolamenti. Sono fatte salve le prerogative attribuite dalla legge ai professionisti iscritti in altri albi².

Occorre evidenziare che il suddetto dispositivo non prevede la tassatività dell'elencazione degli incarichi che possono essere demandati al commercialista: l'ampiezza del campo delle funzioni del professionista contabile, infatti, si completa con altre attività introdotte da ulteriori interventi legislativi.

² Lettera aggiunta dall'art. 7-quinquies, D.L. 30 settembre 2005, n. 203, nel testo integrato dalla relativa legge di conversione.

Per quanto attiene alla natura del rapporto professionale che intercorre fra il commercialista ed il cliente, esso rientra nella disciplina del “contratto d’opera intellettuale”, poiché tale attività, anche nella ipotesi in cui sembri risolversi in meccaniche operazioni contabili, sempre implica scelte interpretative e modalità concettuali che rimandano a un tipico sforzo intellettuale.

Si deve evidenziare che al contratto d’opera intellettuale possono accompagnarsi obbligazioni accessorie di mandato “*sia in quanto connaturali al rapporto principale, sia in quanto comunque compatibili con le obbligazioni caratteristiche di tale tipo contrattuale*”³. Ciò può verificarsi, ad esempio, per il commercialista nei ricorsi tributari, in cui si distingue l’assistenza in giudizio, comprensiva della consulenza tecnica e dello studio della causa (prestazione d’opera intellettuale), dall’attività di rappresentanza processuale, fondata sulla procura alla lite (mandato). In generale, il richiamo alle obbligazioni di mandato si può effettuare se il negozio fra il professionista e il cliente prevede anche il conferimento di incarichi specifici a compiere determinati atti giuridici o, in senso lato, ad amministrare. Qualora tali mandati siano conferiti considerando la qualifica professionale del mandatario, potrebbe essere possibile individuare o due differenti contratti (uno di opera intellettuale e uno di mandato) oppure un unico negozio di prestazione d’opera intellettuale, che assorbe i momenti di interposizione gestoria pur presenti, ma non prevalenti sull’attività intellettuale⁴. In questa prospettiva, la Corte di Cassazione ha di recente affermato: “*Tra il commercialista ed il cliente intercorre un rapporto professionale che è equiparabile allo schema del mandato, in virtù del quale il primo è tenuto a fare tutto quanto è nelle sue possibilità per la realizzazione del risultato pratico che il secondo si prefigge, e di esso il codice civile tratta al capo 2[^] titolo 3[^], libro 5[^], dall’art. 2229 e segg., disposizioni codicistiche di cui alle predette norme (artt. 2230 - 2237) che però trattano esclusivamente un modo (quello contrattuale) di attuarsi dell’attività professionale intellettuale, ma non esauriscono tutte le possibili esplicazioni dell’attività professionale intellettuale, nei limiti delle leggi speciali che regolano ciascuna professione. Conseguenza di ciò è che accanto alla responsabilità contrattuale (con prescrizione decennale), per far valere l’inadempimento di obbligazioni tipicamente inerenti alle funzioni professionali conferite, può essere anche chiesto il risarcimento del danno provocato da atti di dissipazione del patrimonio, quali quelli cagionati dall’appropriazione di somme di cui si dispone per ragioni di servizio o comunque riferite ad operazioni inesistenti, che integra una violazione da illecito extracontrattuale (con prescrizione quinquennale)*”⁵.

2. I caratteri peculiari del “contratto d’opera intellettuale”: la disciplina codicistica

La natura e la molteplicità degli incarichi svolti dal commercialista implicano diversi profili di responsabilità.

³ Cass. Civ., Sez. II, 9 novembre 2012, n. 19503, in banca dati *DeJure*, Giuffrè, disponibile su www.iusexplorer.it.

⁴ G. Musolino, *La responsabilità del commercialista*, in *Resp. civ. prev.*, fasc. 4, 2014, p. 1139B; G. Cattaneo, *La responsabilità del professionista*, Giuffrè, Milano, 1958, p. 173.

⁵ Cass. Civ., Sez. II, 7 aprile 2015, n. 6921, in banca dati *DeJure*, disponibile su www.iusexplorer.it.

In primis, si può annoverare la responsabilità connessa all'esercizio di una professione intellettuale a cui il Codice Civile, nell'ambito delle disposizioni normative dettate in materia di lavoro autonomo, dedica una specifica disciplina che riguarda tutte le categorie di prestatori d'opera intellettuale. Si tratta di professioni contraddistinte dallo stretto collegamento tra i due caratteri esclusivi della "tecnicità" e della "intellettualità", che consistono rispettivamente, nell'essere in possesso di una specifica preparazione tecnica e nell'uso preminente delle facoltà intellettive, quale *quid pluris*, ossia quale elemento predominante rispetto all'eventuale opera materiale, che può con esso coesistere nell'esecuzione della prestazione medesima⁶. Tali attività sono caratterizzate dall'ulteriore elemento della professionalità, intesa come stabilità, sistematicità o continuità dell'esercizio della professione⁷. Nella maggior parte dei casi il professionista esercita la propria attività professionale in esecuzione di un contratto d'opera intellettuale, disciplinato dagli artt. 2229 – 2238 c.c., concluso con il cliente al momento in cui quest'ultimo gli conferisce l'incarico e che costituisce un negozio bilaterale, sinallagmatico, essenzialmente oneroso, consensuale ad effetti obbligatori, poiché il professionista si obbliga a compiere la prestazione e il cliente è obbligato a corrispondere il relativo compenso⁸. Il cliente non è necessariamente il soggetto nel cui interesse viene eseguita la prestazione d'opera intellettuale, può darsi che egli conferisca l'incarico con l'accordo che le prestazioni vadano a vantaggio di un terzo, assumendo in proprio l'obbligo di corrispondere il compenso al professionista. Per ciò che concerne la stipulazione del contratto, il legislatore, eccetto in casi specifici, non dispone oneri formali: generalmente tale accordo negoziale non deve essere obbligatoriamente formalizzato per iscritto, ma può anche essere concluso verbalmente (tranne nel caso in cui l'accordo abbia ad oggetto il compenso di cui all'art. 2233, ultimo comma) e presenta alcuni caratteri peculiari che sono di seguito sintetizzati.

- **Autonomia di azione nella prestazione dell'opera professionale:** rappresenta la libertà professionale intesa come assenza di vincoli gerarchici e di subordinazione nei confronti del cliente che conferisce l'incarico e come libertà di accettare o rifiutare l'incarico stesso⁹. Tuttavia tale libertà non va considerata in senso assoluto, in quanto le professioni intellettuali possono essere svolte, non solo nelle forma classica della libera professione, ma anche in base ad un rapporto di lavoro subordinato (in cui il datore di lavoro può essere sia un privato che un ente pubblico). In tal caso si tratta di una subordinazione gerarchica, ma in genere non tecnica, poiché al professionista viene lasciata un'ampia discrezionalità nell'esercizio delle mansioni e dei compiti che gli sono stati attribuiti. Pertanto, l'esercizio dell'attività professionale in forma di lavoro dipendente deve svolgersi secondo specifiche disposizioni normative che assicurino l'autonomia del professionista (art. 2, 3° comma, D.lgs. 2 febbraio

⁶ P. Mariotti, A. Serpetti, R. Caminiti, *Casi di responsabilità civile di avvocati, notai, commercialisti e consulenti del lavoro*, Maggioli, 2012, p. 281.

⁷ A. e S. Baldassarri, *La responsabilità civile del professionista*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 6 e 24; G. Cattaneo, *La responsabilità del professionista*, Giuffrè, Milano, 1958, p. 7.

⁸ G. Musolino, *Contratto d'opera professionale*, artt. 2229 – 2238, in *Comm. c.c. Schlesinger – Busnelli*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 130; M. Zana, *Responsabilità del professionista*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVII, Roma, 1991, p. 4.

⁹ A. e S. Baldassarri, *op. cit.*, p. 9.

2006, n. 30, nell'ambito della ricognizione dei principi fondamentali in materia di professioni e disposizioni contenute nel titolo III, recante "Misure a sostegno dell'occupazione", del D.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito con modifiche dalla L. 14 settembre 2011, n.148)¹⁰.

- **Discrezionalità in relazione alle modalità di esecuzione dell'attività stessa:** tale carattere implica il potere del professionista di deliberare le scelte da compiere e i comportamenti da tenere, determinando in autonomia i mezzi tecnici da apprestare per il raggiungimento del risultato atteso dal cliente¹¹. Siffatta sfera di libertà ha, tuttavia, alcuni limiti posti dalle regole dell'arte e della professione, che configurano il parametro per valutare la condotta esigibile dal professionista, parametro che si declina in ragione della particolare professione esercitata, della specifica prestazione richiesta, dei beni e degli interessi su cui l'attività è destinata ad incidere, delle conoscenze tecnico-scientifiche¹².

- **Carattere personale della prestazione:** si riferisce al rapporto fiduciario che si instaura tra il professionista e il suo cliente e ciò sulla base di quanto dispone l'art. 2232 c.c., il quale, prevedendo l'obbligo del professionista di eseguire personalmente l'incarico assunto, riconosce espressamente rilevanza all'*intuitus personae*¹³, che si sostanzia nell'elemento fiduciario legato alle qualità personali di ordine tecnico del professionista¹⁴. L'importanza di questo elemento riguarda la persona del prestatore d'opera, tanto rispetto alla stessa stipulazione del contratto, quanto nella fase dinamica o esecutiva del rapporto. Il suindicato obbligo di esecuzione personale, tuttavia, non fa venir meno la possibilità per il professionista di avvalersi, come espressamente previsto dall'art. 2232, 2° comma, c.c., di "ausiliari" (ovvero di persone che aiutano il professionista cooperando allo svolgimento della sua attività) e di "sostituti" (intesi come soggetti che agiscono al posto del professionista compiendo un'attività in sua vece). Gli ausiliari ed i sostituti sono considerati come una *longa manus* del prestatore ed agiscono sotto la sua diretta sorveglianza, da ciò consegue che, nel caso di responsabilità per atti posti in essere dal sostituto o dall'ausiliario, a seguito di un'azione giudiziaria esercitata dal cliente, risponderà il professionista, ma ciò non esclude che quest'ultimo, nei rapporti interni e secondo le norme generali sulla responsabilità per fatto illecito, possa chiamare l'ausiliario o il sostituto a rispondere per danni collegabili ad una condotta non diligente o colposa dell'esecuzione dell'incarico¹⁵. Nello stesso senso si è

¹⁰ Ai sensi dell'art. 2233 c.c., l'onorario ove non sia convenuto dalle parti o determinabile attraverso gli usi, è stabilito dal Giudice che dovrà fare riferimento a parametri ministeriali, fissati con decreto per le diverse categorie professionali, tenendo conto che l'art. 9 del D.l. 24 gennaio 2012, n. 1 (convertito con modificazioni dalla L. 24 marzo 2012, n. 27) ha abrogato le tariffe professionali. Comunque venga determinato il compenso, l'art. 2233, 2° comma c.c., precisa che lo esso debba essere rapportato "all'importanza dell'opera ed al decoro della professione"; G. Musolino, *Contratto d'opera professionale*, artt. 2229 – 2238, in *Comm. c.c. Schlesinger – Busnelli*, op. cit., pp. 26 -27.

¹¹ C. Lega, *Le libere professioni nelle leggi e nella giurisprudenza*, Giuffrè, Milano, 1974, p. 537.

¹² A. e S. Baldassarri, op. cit., pp. 11 - 12.

¹³ V. Riva Sanseverino, *Del lavoro autonomo*, in Scialoja e Branca, *Commentario*, II edizione, Zanichelli, Bologna – Roma, 1963, p. 223.

¹⁴ A. Perulli, *Il lavoro autonomo – Contratto d'opera e professioni intellettuali*, XXVII, t.1, in *Tratt. Cicu - Messineo – Mengoni*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 233.

¹⁵ V. D'Orsi, *La responsabilità civile del professionista*, Giuffrè, Milano, 1981, p. 24; A. e S. Baldassarri, op. cit., p. 20.

espressa più volte anche la giurisprudenza di legittimità: la facoltà per il professionista di servirsi della collaborazione di sostituti od ausiliari *“non comporta mai che costoro diventino parte del rapporto di clientela, restando invece la loro attività assorbita da quella del prestatore d’opera che ha concluso il contratto con il cliente”*¹⁶.

- **Divieto dell’esercizio della professione a coloro che non possiedano determinati requisiti di competenza, attestati dall’iscrizione in appositi albi o elenchi:** nell’ambito delle professioni intellettuali, si distinguono le cosiddette “professioni regolamentate” - di cui fa parte anche il commercialista – che sono determinate dalla legge e l’esercizio delle quali è subordinato, in base a quanto disposto dall’art. 2229 c.c., all’iscrizione in appositi albi o elenchi, la cui tenuta è demandata agli ordini e collegi professionali, sotto la vigilanza dello Stato (in genere tramite il Ministero della Giustizia). La subordinazione dell’esercizio delle libere professioni all’accertamento, da parte dei summenzionati organi competenti, dei requisiti e delle competenze che garantiscano tecnicamente e moralmente il regolare e buon esercizio della singola professione, costituisce un elemento di interesse pubblico¹⁷. L’esercizio abusivo della professione comporta una responsabilità verso il cliente, che, secondo quanto stabilito dalla Suprema Corte¹⁸, nell’ambito del diritto civile implica, *in primis*, la nullità assoluta del rapporto tra professionista e cliente, privando il contratto di qualsiasi effetto e, di conseguenza, il professionista perde il diritto di agire al fine di ottenere il compenso per l’opera prestata (*ex art. 2231 c.c.*). Gli ordini professionali, inoltre, hanno il potere di autoregolamentazione dell’attività professionale degli iscritti, attraverso l’emanazione di norme di deontologia, vincolanti per i singoli professionisti, i quali possono essere sottoposti a sanzioni disciplinari qualora violino tali regole e non tengano un

¹⁶ Cass. Civ., Sez. II, 27 agosto 1986, n. 5248; Cass. Civ., Sez. I, 7 luglio 1993, n. 7462; Cass. Civ., Sez. II, 30 gennaio 2006, n. 1847, in *Codice Civile annotato con la giurisprudenza*, a cura di F. Bartolino e P. Dubolino, IV edizione, La Tribuna, pp. 2735 - 2736, quest’ultima sentenza aggiunge che: *“Gli eventuali contratti tra il cliente e questi ultimi (sostituti o ausiliari), in assenza di uno specifico mandato in loro favore, non generano un nuovo rapporto professionale, ma restano assorbiti tra committente e professionista incaricato; ne deriva che quest’ultimo ha un interesse autonomo ad intervenire nella causa intentata dal suo sostituto nei confronti del committente per il pagamento delle relative prestazioni professionali”*.

¹⁷ È necessario puntualizzare che la materia concernente le professioni regolamentate e non regolamentate è oggetto di una significativa evoluzione, per effetto dell’attuazione della normativa comunitaria nell’ambito del processo di integrazione europea. Infatti, in conseguenza dello sviluppo delle attività economiche e della mobilità dei professionisti all’interno del mercato unico, si è posto tra i Paesi aderenti, il problema del reciproco riconoscimento (ed anche della riconoscibilità) delle professioni, sia da un punto di vista terminologico, ossia di definizioni delle stesse, sia in termini di conoscenze e competenze che le caratterizzano. In particolare, l’attuazione delle Direttive Europee 89/48/CEE, 92/51/CEE e 2005/36/CE, quest’ultima relativa al regime di riconoscimento delle qualifiche professionali (che è stata recentemente modificata dalla Direttiva 2013/55/UE, applicabile nei paesi dell’UE dal 18 gennaio 2016) ha provocato numerosi interventi legislativi statali che hanno interessato anche la sfera delle professioni intellettuali, tra cui: D.lgs. 6 novembre 2007, n. 206, che regola la libertà di circolazione nei suoi due aspetti della libera prestazione di servizi e della libertà di stabilimento; D.P.R. 7 agosto 2012, n. 137, riguardante le norme di riforma degli ordinamenti professionali, in attuazione dell’art. 3, 5° comma, D.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito con modifiche dalla L. 14 settembre 2011, n. 148; L. 14 gennaio 2013, n. 4, recante *“Disposizioni in materia di professioni non organizzate”*.

¹⁸ Cass. Civ., Sez. II, 2 dicembre 1993, n. 11947; conforme in relazione ad attività di consulenza e di elaborazione e stampa di dichiarazioni tributarie, con indagini in tema di bilancio, di conti e di ogni documento contabile aziendale, Cass. Civ., Sez. II, 16 gennaio 1996, n. 305, in *Codice Civile annotato con la giurisprudenza*, a cura di F. Bartolino e P. Dubolino, IV edizione, La Tribuna, pp. 2731 – 2732.

comportamento conforme al decoro e alla dignità della professione. Per quanto concerne la professione dei commercialisti, dei ragionieri e dei periti commerciali, è necessario precisare che essa è disciplinata dal Codice Deontologico dei commercialisti ed esperti contabili, approvato dal CNDCEC il 9 aprile 2008, a seguito della creazione di un unico ordine professionale, modificato il 1° settembre 2010 e sottoposto ad ulteriore revisione in corso: allo stato attuale il testo aggiornato, che sostituirà quello del 2008, è in attesa dell'approvazione definitiva. Inoltre, in base all'art. 5 del D.lgs. 139/2005, gli iscritti all'albo hanno l'obbligo del segreto professionale: *“Nei loro confronti si applicano gli articoli 199 e 200 del codice di procedura penale e l'articolo 249 del codice di procedura civile, salvo per quanto concerne le attività di revisione e certificazione obbligatorie di contabilità e di bilanci e quelle relative alle funzioni di sindaco o revisore di società od enti”*.

- **Divieto di ritenzione di cose e documenti ricevuti per lo svolgimento dell'incarico:** l'art. 2235 c.c. impone a coloro che prestano opera intellettuale di non ritenere le cose e i documenti ricevuti dal cliente in relazione alle incombenze dell'incarico, se non per il periodo strettamente necessario alla tutela dei propri diritti e rimanda alle leggi professionali la competenza di descrivere meglio la disciplina. La disposizione in esame prevede che il divieto di ritenzione venga temperato dalla protezione del diritto, riconosciuto al professionista intellettuale, di trattenere cose e documenti, con l'obbligo di preservarli, al solo fine di provare l'entità e la natura dell'attività professionale svolta e con il solo utilizzo necessario per esercitare il diritto al giusto compenso. Tale principio è fondato sull'esigenza di evitare al cliente la possibilità di subire abusi e scorrettezze da parte del prestatore d'opera intellettuale, soprattutto nel periodo successivo alla conclusione della propria prestazione contrattuale. Di conseguenza, appena terminato l'incarico, il professionista ha l'obbligo di restituire i documenti e un ritardo ulteriore della consegna può esporre lo stesso a provvedimenti disciplinari (in riferimento alla correttezza dell'incarico), a responsabilità civile per eventuali danni, o a sanzioni penali (nell'ipotesi di denuncia per appropriazione indebita)¹⁹. Per ciò che concerne il divieto di ritenzione nella professione del commercialista e degli esperti contabili è, altresì, d'obbligo il richiamo all'art. 25, 6° comma del Codice Deontologico, che stabilisce il divieto per tali professionisti *“(…) di ritenere i documenti e gli atti ricevuti dal cliente a causa del mancato pagamento degli onorari o per il mancato rimborso delle spese anticipate”*. Sicché, in questo caso, vi è un'esclusione del diritto di ritenzione e sono esposti a sanzioni disciplinari i professionisti che non restituiscano i documenti ai clienti, anche se questi ultimi sono inottemperanti ai loro obblighi relativi ad oneri e spese.

3. La responsabilità civile del commercialista: profili generali

La responsabilità civile del commercialista nei confronti del cliente scaturisce principalmente dal contratto concluso, dovendo egli rispondere dell'obbligazione assunta con l'accettazione dell'incarico. Pertanto, per definire l'ambito di tale responsabilità nelle sue possibili

¹⁹ Cass. Pen., Sez. II, 30 aprile 2014, n. 18027, in banca dati *DeJure*, Giuffrè, disponibile su www.iusexplorer.it.

esplicazioni, essa deve essere necessariamente osservata sotto un duplice profilo: innanzitutto attraverso un esame della particolare natura dell'obbligazione prevista dalla prestazione d'opera intellettuale in termini generali; successivamente attraverso l'analisi dei caratteri peculiari dell'incarico specifico che ne è oggetto.

3.1. *Le obbligazioni di mezzi*

Per quanto riguarda il primo profilo, secondo l'orientamento tradizionale, un'obbligazione contrattuale di natura professionale si qualifica come obbligazione “di mezzi” o “di diligenza”, la cui caratteristica sostanziale va inquadrata nel fatto che, quando si chiede al professionista di prestare le proprie capacità professionali per la tutela di un interesse, non si può pretendere - a differenza di quanto accade nelle obbligazioni “di risultato” - che questi realizzi la finalità economica che il cliente intende raggiungere e quindi soddisfi le sue attese, ma si potrà solo pretendere che egli adotti quella diligenza che la fattispecie richiede, usando tutto il suo bagaglio di esperienze e cognizioni onde tentare di risolvere al meglio il problema. Sotto il profilo giuridico, pertanto, il professionista rappresenta un “debitore di mezzi”, nel senso che, per essere considerato adempiente, è soltanto tenuto ad un comportamento idoneo a realizzare il risultato economico che il creditore si attende: il rischio del lavoro, infatti, è a carico di quest'ultimo e il compenso è dovuto indipendentemente dal risultato²⁰. Preso atto di ciò, si può osservare che il commercialista, in quanto soggetto dotato di cognizioni specifiche nella materia in cui esercita la propria attività - accertate tramite l'esame di Stato e aggiornate con la formazione professionale continua, secondo le modalità richieste dall'ordinamento, *ex art. 7, D.P.R. 7 agosto 2012, n. 137* - ha il dovere di adoperare i mezzi utili a raggiungere un tale scopo, usufruendo della discrezionalità che normalmente compete a ogni professionista. Di converso una responsabilità professionale del commercialista può ravvisarsi in caso di inesatta esecuzione dell'obbligazione assunta, ossia allorché una prestazione non abbia i requisiti di diligenza, esattezza qualitativa e quantitativa, puntualità di tempo e di luogo ecc. In particolare, l'inadempimento è *assoluto* quando la prestazione è mancata del tutto; è *relativo* quando una prestazione vi è stata, ma risulta difforme da quella dovuta oppure resa con ritardo²¹.

Occorre, tuttavia, menzionare un orientamento dogmatico minoritario che, negli ultimi anni, ha sviluppato una tendenza a considerare superata la suindicata distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato: in base a tale corrente di pensiero, un “risultato” - inteso come “momento finale” o conclusivo della prestazione - è dovuto in tutte le obbligazioni ed è sempre richiesto il doveroso impiego dei mezzi necessari per il conseguimento dello stesso²². In questa prospettiva, all'estremo, nell'ambito dell'attività professionale potrebbero poi ravvisarsi obbligazioni che si caratterizzano principalmente per la prestazione di un'attività diligente ed

²⁰ A. e S. Baldassarri, *op. cit.*, pp. 330 e 1075.

²¹ M. Paradiso, *Corso di istituzioni di diritto privato*, IV edizione, Giappichelli, Torino, 2006, pp. 239 – 244.

²² A. Di Majo, *Delle obbligazioni in generale*, in *Commentario del Codice civile*, Scialoja-Branca a cura di Galgano, Zanichelli editore Bologna/Il Foro Italiano Roma, 1988, pp. 460 ss.

obbligazioni che si caratterizzano principalmente per uno specifico risultato dovuto senza per questo, però, ricorrere alla rigida distinzione tradizionale.

La giurisprudenza, d'altra parte, orientata a garantire un'adeguata tutela al cliente (quale presunta "parte debole" nel rapporto contrattuale con il professionista) ritiene ancora valida tale distinzione, ma come risposta alle discordanti soluzioni dottrinali, mostra una propensione ad ampliare la categoria delle obbligazioni professionali da considerarsi in termini di "risultato", producendo come effetto la riduzione del numero dei casi in cui viene applicato il principio della prestazione di mezzi ed il corrispondente moltiplicarsi di deroghe al suddetto principio, mediante l'applicazione, anche nelle professioni intellettuali, del criterio della prestazione di risultato. Il professionista intellettuale, pertanto, è sempre più spesso chiamato a rispondere, nei confronti del cliente, del risultato atteso in quelle fattispecie in cui si ritiene che l'utilità prefigurata da quest'ultimo sia l'unica ragione e lo scopo determinante del conferimento dell'incarico stesso. Sul tema, la Corte di Cassazione ha affermato: *"Il contratto che ha per oggetto una prestazione d'opera intellettuale - inquadrabile nella categoria del lavoro autonomo - comporta normalmente per il professionista un'obbligazione di mezzi, nell'adempimento della quale egli è tenuto ad usare la diligenza che la natura dell'attività esercitata esige, ai sensi dell'art. 1176 c.c., tranne nel caso in cui al professionista sia stato richiesto dal cliente un opus, perché in tal caso l'obbligazione da lui assunta è di risultato, con la conseguenza che, avendo quest'ultimo incidenza sulla causa stessa del contratto, il professionista dovrà rispondere per le eventuali difformità ed i vizi dell'opera, da valutarsi, ai sensi dell'art. 2226 c.c., in base a criteri oggettivi, considerando la naturale destinazione dell'opera, ed in base a criteri soggettivi, quando la possibilità di un particolare impiego o di una determinata utilizzazione sia stata dedotta in contratto"*²³. Nello stesso senso, in un'altra pronuncia, la Suprema Corte rileva: *"Dalla casistica giurisprudenziale emergono spunti interessanti in ordine alla dicotomia tra obbligazione di mezzi e di risultato, spesso utilizzata al fine di risolvere problemi di ordine pratico, quali la distribuzione dell'onere della prova e l'individuazione del contenuto dell'obbligo, ai fini del giudizio di responsabilità, operandosi non di rado, per ampliare la responsabilità contrattuale del professionista, una sorta di metamorfosi dell'obbligazione di mezzi in quella di risultato, attraverso l'individuazione di doveri di informazione e di avviso (cfr., per quanto riguarda in particolare la responsabilità professionale del medico: Cass. 8.4.1997, n. 3046), definiti accessori ma integrativi rispetto all'obbligo primario della prestazione, ed ancorati a principi di buona fede, quali obblighi di protezione, indispensabili per il corretto adempimento della prestazione professionale in senso proprio"*²⁴.

²³ Cass. Civ., Sez. II, 21 luglio 1989, n. 3476, in *Giust. civ. mass.*, 1989, fasc. 7.

²⁴ Cass. Civ., SS. UU., 28 luglio 2005, n. 15781, in banca dati *DeJure*, Giuffrè, disponibile su www.iusexplorer.it.

3.2. *Il criterio della diligenza professionale: disposizioni di cui agli artt. 1176, 2° comma e 2236 c.c.*

Rimanendo nel solco della tradizione e considerando l'obbligazione del professionista come obbligazione di mezzi, nell'ambito della responsabilità contrattuale, la "diligenza" richiesta per l'espletamento dell'incarico costituisce, dunque, un fondamentale criterio di valutazione per verificare l'esattezza dell'adempimento, poiché rappresenta ed esaurisce l'oggetto stesso dell'obbligazione assunta. La violazione di tale dovere comporta inadempimento contrattuale, del quale il professionista è chiamato a rispondere nei confronti del cliente per i danni arrecatigli, in base al combinato disposto degli artt. 1176 e 1218 c.c., anche per "colpa lieve". Nelle obbligazioni aventi ad oggetto un'attività professionale, però, la diligenza assume una connotazione diversa, più specifica, in quanto indica una prestazione eseguita secondo le regole tecniche che dipendono dalla natura dell'arte esercitata dal professionista, ossia la diligenza del "debitore qualificato", regolata dall'art. 1176, 2° comma, c.c. La valutazione dell'inadempimento va fatta esclusivamente con riferimento alla violazione dei doveri inerenti all'esercizio della professione svolta ed, in particolare, ove possa essere imputata una condotta omissiva del dovere di diligenza che un "*professionista di preparazione ed attenzione media pone nell'esercizio della propria attività*". Ne consegue che l'affermazione di responsabilità professionale presuppone la preliminare individuazione degli specifici obblighi che la legge o il contratto pongono a suo carico²⁵. Pertanto dovrà ritenersi inadempiente il commercialista o l'esperto contabile che abbia tenuto un comportamento non rispettoso delle norme necessarie allo svolgimento della professione che esercita, ovvero che abbia operato senza la perizia del medio commercialista o del medio esperto contabile, senza utilizzare le cognizioni tecniche che si ritiene debbano far parte del patrimonio di un professionista di medio livello²⁶.

Tale diligenza, che potrebbe essere definita del "buon professionista" ricomprende numerosi aspetti peculiari che possono essere così definiti:

- attenzione volta al soddisfacimento dell'interesse creditorio (diligenza);
- osservanza delle misure di cautela idonee ad evitare che sia impedito il soddisfacimento dell'interesse che l'obbligazione è diretta a soddisfare e che siano pregiudicati altri interessi del creditore giuridicamente tutelati (prudenza);
- impiego di adeguate nozioni e di strumenti tecnici, che implicano la conoscenza e l'attuazione delle regole proprie di una determinata arte e professione (perizia);
- osservanza delle norme giuridiche rilevanti al fine del soddisfacimento dell'interesse del creditore e del rispetto della sua sfera giuridica²⁷.

Di converso, la "colpa professionale", in base alle elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali, si potrebbe manifestare nelle ipotesi di:

²⁵ Cass. Civ., Sez. III, 20 agosto 2015, n. 16993; Cass. Civ., Sez. III, 20 ottobre 2014, n. 22222; Cass. Civ., Sez. III, 9 ottobre 2012, n. 17143, in banca dati *DeJure*, Giuffrè, disponibile su www.iusexplorer.it.

²⁶ P. Mariotti, A. Serpetti, R. Caminiti, *op. cit.*, p. 285.

²⁷ C. M. Bianca, *Diritto Civile*, vol. IV: *L'obbligazione*, Giuffrè, Milano, 1995, p. 92.

- “*disattenzione o mancanza di dovuta attenzione o sollecitudine*”, dimenticanza, svogliatezza, pigrizia (negligenza omissiva o commissiva);
- “*superficialità o leggerezza di comportamento*” (imprudenza);
- ignoranza o mancata applicazione in concreto delle regole tecniche che la natura della professione esercitata richiede (imperizia)²⁸;
- “*inosservanza di leggi o altre disposizioni normative, nonché di inottemperanza alle disposizioni impartite dal cliente*” (in quest’ultimo caso il professionista potrebbe essere chiamato a rispondere anche nell’ipotesi in cui non rilevi errori contenuti nelle disposizioni del cliente, in quanto grava su di lui l’onere del controllo, cosiddetta “*culpa in vigilando*”).

A questo punto si può affermare che, di tutti gli elementi summenzionati di cui la diligenza professionale si compone, essa comprende, in misura determinante, la perizia, che presenta un contenuto variabile da accertare in relazione ad ogni singola fattispecie e deve rapportarsi alla condotta effettivamente tenuta dal professionista, alla natura e alla tipologia dell’incarico, nonché alle circostanze concrete in cui la prestazione si svolge. Logico corollario è che il professionista, al fine di eseguire esattamente e diligentemente gli incarichi assunti e di garantire al meglio la tutela degli interessi del cliente, ha l’obbligo di prepararsi scrupolosamente e di tenersi costantemente aggiornato ed informato circa l’evoluzione degli studi dell’arte professata, in un continuo adeguamento delle proprie conoscenze e competenze al progresso delle acquisizioni scientifiche²⁹.

Nel quadro normativo finora delineato, oltre alla disciplina generale prevista dall’art. 1176 c.c., il legislatore ha posto una disposizione specifica per il contratto d’opera intellettuale, contenuta nell’art. 2236 c.c., che, a tutela della libertà del professionista, pone un’attenuazione della responsabilità finora descritta. Esso, infatti, stabilisce che: “*Se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d’opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o di colpa grave*”. Secondo la Relazione del Guardasigilli al Codice Civile del 1942, n. 917, l’articolo in questione ha la funzione di temperare due opposte esigenze: “*quella di non mortificare l’iniziativa del professionista, col timore di ingiuste rappresaglie da parte del cliente in caso di insuccesso e quella inversa di non indulgere verso non ponderate decisioni o riprovevoli inerzie del professionista*”. Da un lato, cioè, la norma dovrebbe proteggere il professionista garantendone la libertà e l’autonomia di iniziativa che è tipica delle professioni intellettuali; dall’altro, però, essa dovrebbe nel contempo fungere da stimolo, onde evitare che il medesimo compia scelte avventate o sia semplicemente inerte.

La relazione che intercorre tra l’art. 1176 e l’art. 2236 c.c. è di integrazione per complementarità, e non già per specialità, in base alla quale: vale come regola generale quella della diligenza del buon professionista (*ex art. 1176, 2° comma c.c.*) con la

²⁸ D. Marinelli – E. Bardelli, *La responsabilità civile del professionista* – Unagraco Bari, Cesi Multi Media, MySolution – LivingBook, pp. 18 – 21, disponibile su <http://unagracobari.it/image/Documenti/Ebook.pdf>.

²⁹ A. Perulli, *op. cit.*, p. 591.

conseguenza che egli risponde, nei casi ordinari, anche per “colpa lieve”; mentre nella sola ipotesi in cui la prestazione dedotta in contratto implichi la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà, opera la successiva norma dell’art. 2236 c.c., in base alla quale il professionista è tenuto al risarcimento del danno unicamente per le azioni a lui imputabili per dolo o colpa grave.

La “*colpa grave*” richiamata dalla norma *de qua* comprende sia gli errori che non sono scusabili per la loro grossolanità e le ignoranze incompatibili con il grado di preparazione e di addestramento che una determinata professione richiede o che la reputazione del professionista dà motivo di ritenere esistenti, sia la superficialità e il disinteresse per i beni primari che il cliente affida alle cure di un prestatore d’opera intellettuale.

Per ciò che riguarda il significato da attribuire alla locuzione “*problemi tecnici di speciale difficoltà*”, di cui all’art. 2236 c.c., la giurisprudenza di legittimità ha specificato, in via generale, che “*essa è riscontrabile in prestazioni coinvolgenti problemi tecnici nuovi, di speciale complessità, per i quali è richiesto un impegno intellettuale superiore a quello professionale medio, con conseguente presupposizione di preparazione e dispendio di attività anch’esse superiori alla media, oppure non ancora adeguatamente studiati dalla scienza*”³⁰. Le fattispecie ricomprese in questa sfera sono quelle per cui il professionista deve impegnarsi in attività che richiedono capacità tecniche superiori rispetto alle ordinarie regole professionali, sicché la diligenza esigibile dal professionista, nell’adempimento delle obbligazioni assunte nell’esercizio delle sua attività, è una “*diligenza speciale e rafforzata*”, di contenuto tanto maggiore quanto più specialistica e professionale sia la prestazione richiesta³¹. Nell’ipotesi di giudizio instaurato a seguito dell’esercizio dell’azione di risarcimento danni, l’onere di dimostrare l’esistenza di tale presupposto, quale *quid pluris* che restringe l’ambito della responsabilità professionale, incombe sul professionista medesimo.

Al contrario, sia la dottrina che la giurisprudenza sono concordi nel ritenere che può manifestarsi un’ipotesi di “errore scusabile”, da intendersi come causa esimente da responsabilità, laddove la condotta del professionista risulti non obiettivamente adatta al caso concreto, benché egli abbia agito diligentemente secondo le circostanze a lui note al momento di agire. In altre parole non può farsi rimprovero al professionista che non era in grado di rendersi conto preventivamente che la condotta eseguita non sarebbe stata idonea ad ottenere il risultato sperato dal cliente, dando vita ad un’ipotesi di errore inevitabile secondo l’uso della diligenza richiesta. Nello stesso senso, può ritenersi scusabile l’errore del professionista nell’applicazione di norme quando sussistono condizioni obiettive, quali le incertezze della giurisprudenza, la novità delle disposizioni, la contraddittorietà o l’equivocità dei provvedimenti di applicazione in precedenza adottati, particolarmente idonee a indurre in erroneo convincimento e tali da escludere superficialità e trascuratezza nel comportamento dell’interprete.

³⁰ Cass. Civ., Sez. III, 31 luglio 2015, n. 16275, Cass. Civ., Sez. III, 1 febbraio 2011, n. 2334, in banca dati *DeJure*, Giuffrè, disponibile su www.iusexplorer.it.

³¹ Cass. Civ., Sez. III, 20 agosto 2015, n. 6990, in banca dati *DeJure*, Giuffrè, disponibile su www.iusexplorer.it.

Secondo parte della dottrina³², l'imperizia può operare anche *ex ante*, ossia in una fase precedente rispetto all'esecuzione vera e propria del contratto e ciò accade nell'ipotesi in cui il professionista si sia volontariamente dedicato ad un'attività per la quale non aveva in alcun modo le doti necessarie ed una preparazione tecnica adeguata. Il prestatore d'opera intellettuale deve, quindi, rifiutare la prestazione se è consapevole della propria insufficiente preparazione tecnica, informando il cliente della sua inettitudine a porre in essere la prestazione stessa secondo le regole dell'arte ed, eventualmente, suggerendo allo stesso il ricorso a (o l'affiancamento di) altro professionista più esperto.

Nel concetto di diligenza professionale, inoltre, vengono ricompresi tutti quegli obblighi cosiddetti "integrativi strumentali", che non sono altro che specificazioni ed estensioni dell'obbligo di prestazione e che cooperano a rendere l'esecuzione dell'attività professionale maggiormente idonea all'attuazione dell'interesse del cliente. In tale prospettiva per il commercialista un'ulteriore esplicitazione del dovere di diligenza, è rappresentato dall'obbligo di informativa: il professionista, nella fase preliminare alla formazione del contratto, ha il dovere di informare il cliente dei rischi connessi all'incarico affidatogli. Il suddetto obbligo di informazione permane anche per gli avvenimenti principali che si verificano durante la fase contrattuale vera e propria, ossia nel corso della prestazione³³. Sicché un'informativa inadeguata e/o incompleta lo espone a responsabilità nei confronti del cliente: nel primo caso si tratterebbe di responsabilità precontrattuale, per la lesione dell'altrui libertà negoziale, derivante da un comportamento doloso o colposo oppure a seguito della violazione del principio di buona fede; nel secondo caso si verificherebbe la responsabilità contrattuale di cui sopra. La buona fede oggettiva o correttezza è, infatti, anche criterio di determinazione della prestazione contrattuale, costituendo fonte di integrazione del comportamento dovuto, laddove impone di compiere quanto necessario o utile a salvaguardare gli interessi della controparte³⁴.

3.3. La responsabilità extracontrattuale e la disciplina dell'onere della prova in ambito professionale

In tema di colpa professionale è possibile che alla responsabilità contrattuale si aggiunga quella extracontrattuale o aquiliana, retta dal principio del *neminem laedere* previsto dall'art. 2043 c.c., che dispone: "*Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno*". La responsabilità extracontrattuale sorge, dunque, non da un negozio precedente, bensì dagli effetti dannosi determinati dalla condotta omissiva o commissiva di un individuo. Il fatto che tale soggetto responsabile sia anche titolare di un rapporto professionale nei confronti del danneggiato e che il danno dipenda proprio dalla procedura di esecuzione del mandato ricevuto, non

³² G. Cian, *Lata culpa dolo equiparatur*, in *Riv. dir. civ.*, 1963, p. 218; nello stesso senso R. Favale, *La responsabilità civile del professionista forense*, Cedam, Padova, 2002, p. 257; G. Musolino, *Contratto d'opera professionale*, artt. 2229 – 2238, in *Comm. c.c. Schlesinger – Busnelli*, op. cit., pp. 478 - 484.

³³ G. Cattaneo, *op. cit.*, 1958, p. 91.

³⁴ Cass. Civ., Sez. III, 20 agosto 2015, n. 16991; nello stesso senso Cass. Civ., Sez. III, 30 ottobre 2007, n. 22860, in banca dati *DeJure*, Giuffrè, disponibile su www.iusexplorer.it.

comporta l'esclusione di una responsabilità extracontrattuale a favore di una privilegiata colpa contrattuale, ma bensì determina la possibile coesistenza tra le due fonti di risarcimento che ben potranno convivere in forza della propria diversa origine ontologica e sostanziale. Al danno per il mancato adempimento potrà, ove ne sussistano i presupposti, aggiungersi anche quello aquiliano, laddove venga ad emergere un danno ingiusto del cliente, al quale l'ordinamento giuridico e le sue leggi riconoscano tutela e qualora sia casualmente connesso all'inadempimento dell'esecuzione del mandato professionale. È principio consolidato nel tempo che *“la responsabilità contrattuale e quella extracontrattuale possono concorrere allorché un unico comportamento risalente al medesimo autore e quindi un evento dannoso unico nella sua genesi soggettiva, appaia di per sé lesivo non solo di specifici diritti derivanti al contraente dalle clausole contrattuali, ma anche dei diritti assoluti che alla persona offesa spettano di non subire pregiudizi all'onore, alla propria incolumità personale ed alla proprietà di cui è titolare”*³⁵.

A questo punto è, però, necessario sottolineare che i due diversi profili di responsabilità suindicati sono sottoposti ad una differente disciplina che potrebbe essere sintetizzata nei seguenti elementi:

- 1) ripartizione dell'onere della prova in riferimento all'ambito della responsabilità professionale:** sulla scorta dei principi di diritto comune, normalmente sussistono significative differenze tra illecito contrattuale ed extracontrattuale sotto il profilo della ripartizione dell'onere della prova, tuttavia secondo la tendenza giurisprudenziale maggiormente consolidata, tali differenze sono notevolmente ridimensionate (in parziale deroga al principio *ex art. 1218 c.c.*) nel caso in cui ci si trovi di fronte ad un'ipotesi di inadempimento di un'obbligazione nascente dal contratto d'opera professionale. In tale circostanza, infatti, si verifica un'assimilazione tra responsabilità *ex contractu* e responsabilità aquiliana e in entrambe i casi il cliente è tenuto a dimostrare:
- l'esistenza del fatto storico da cui è sorta l'obbligazione (ossia di aver dato l'incarico al professionista);
 - l'inadempimento del professionista (che può consistere nel mancato adempimento ovvero nella non corrispondenza della prestazione eseguita rispetto all'oggetto dell'incarico, o ancora nell'inadeguatezza della prestazione eseguita);
 - la sussistenza dell'elemento soggettivo (ovvero che tale prestazione inadempiente è imputabile al professionista per colpa o dolo);
 - l'effettivo danno subito;
 - il nesso di causalità sussistente tra la difettosa e inadeguata prestazione professionale e il danno subito dal cliente.

Di converso, incombe sul professionista che voglia opporsi alla richiesta del cliente, per sottrarsi alla pretesa responsabilità, l'onere di provare:

- l'impossibilità dell'istanza avanzata dal cliente;

³⁵ Cass. Civ., Sez. Lav., 7 agosto 1982, n. 4437, in banca dati *DeJure*, Giuffrè, disponibile su www.iusexplorer.it; F. Martini, A. Mazzucchelli, M. Rodolfi, E. Vivori, *op. cit.*, pp. 31 – 35.

- che il fatto che ha reso impossibile la prestazione non sia a lui imputabile e, quindi, di aver agito secondo il criterio della diligenza professionale *ex art. 1176, 2° comma c.c.*, oppure di aver agito in presenza delle particolari difficoltà tecniche, di cui all'*art. 2236 c.c.*, le quali non gli avrebbero consentito – nonostante un'attenta condotta – di eseguire in maniera adeguata la propria prestazione professionale³⁶;

2) danno risarcibile:

- nell'illecito contrattuale il risarcimento è limitato ai danni prevedibili nel tempo in cui è sorta l'obbligazione se il debitore agisce con colpa, nel caso in cui l'inadempimento o il ritardo dipendono dal dolo, invece, devono essere risarciti anche i danni non prevedibili (*art. 1225 c.c.*);

- nell'illecito extracontrattuale il debitore è tenuto a risarcire tutti i danni, siano essi prevedibili o non prevedibili, sia che agisca con colpa che con dolo. In altre parole l'*art. 2043 c.c.* non fa alcuna distinzione tra gli effetti del diverso grado di responsabilità ai fini della quantificazione del risarcimento. In tale ambito, i fatti dolosi sono equiparati a quelli colposi e nel danno da risarcire sono sempre comprese anche le conseguenze imprevedibili: (l'*art. 1225 c.c.*, dettato per la responsabilità contrattuale, non è esteso dall'*art. 2056 c.c.* a quella extracontrattuale)³⁷;

3) termine di prescrizione per l'esercizio dell'azione di risarcimento del danno:

- per la responsabilità *ex contractu* è previsto un termine di prescrizione più lungo, ossia quello ordinario decennale (*ex art. 2946 c.c.*);

- nella responsabilità aquiliana il diritto al risarcimento del danno è soggetto al più breve termine di prescrizione di cinque anni, previsto dall'*art. 2947 c.c.* per i fatti illeciti;

4) applicabilità della limitazione della responsabilità professionale alla colpa grave *ex art. 2236 c.c.*: nonostante l'*art. 2236 c.c.* sia stato collocato dal legislatore fra le statuizioni che disciplinano il contratto d'opera intellettuale (sembrando, dunque, destinato a regolamentare solo i rapporti che traggono origine da tale contratto) esso è, normalmente, applicato anche in materia extracontrattuale. La giurisprudenza³⁸ e la dottrina maggioritaria, infatti, ritengono che la stessa *ratio* della norma limitatrice della responsabilità sussista sia in rapporto alla responsabilità *ex contractu* che a quella aquiliana. Nella fattispecie di responsabilità extracontrattuale, al cliente spetta l'onere della prova della colpevole inosservanza o della violazione delle regole tecniche della

³⁶ In proposito, tra le altre, Cass. Civ., Sez. III, 31 luglio 2015, n. 16281, in banca dati *DeJure*, Giuffrè, disponibile su www.iusexplorer.it.

³⁷ A. e S. Baldassarri, *op. cit.*, p. 584.

³⁸ Cass. Civ., Sez. II, 17 marzo 1981, n. 1154, in *Giust. civ.*, 1981, III, pp. 1 ss.; Cass. Civ., Sez. III, 18 novembre 1997, n. 11440, in *Riv. giur. circ. trasp.*, 1998, p. 73.

professione da parte del prestatore d'opera intellettuale: la colpa di quest'ultimo non può presumersi³⁹.

3.4. Il danno patrimoniale

La fattispecie di danno tipicamente connessa all'inadempimento professionale è rappresentata dal "danno patrimoniale": precisamente esso costituisce un pregiudizio ad un bene suscettibile di essere convertito in un valore pecuniario, che può derivare sia dal compimento di un atto illecito che dalla violazione di un obbligo assunto tramite contratto o altro fatto o atto idoneo secondo le disposizioni di cui agli artt. 1173 e 1218 c.c. Tale voce di danno si presenta, in base allo schema dell'art. 1223 c.c. (richiamato anche dall'art. 2056 c.c., per quanto concerne l'obbligazione risarcitoria da fatto illecito), tanto come "*perdita subita*" (danno emergente) che come "*mancato guadagno*" (lucro cessante).

- *La perdita subita* o danno emergente consiste in quelle diminuzioni patrimoniali che in pratica si traducono nella perdita di beni posseduti o di situazioni di vantaggio godute dal danneggiato anteriormente al verificarsi dell'inadempimento o dell'illecito extracontrattuale. La prova del danno emergente come anche la sua quantificazione, non presenta particolari problematiche: la dimostrazione del danno emergente potrà essere conseguita attraverso la produzione in giudizio di documenti (ad es. fatture) attestanti la somma spesa dal creditore per ristabilire la situazione compromessa dall'altrui attività illecita (prova diretta e storica, che tenderà a dimostrare esattamente il *quantum* dell'impoverimento).
- *Il mancato guadagno* o lucro cessante consiste nella mancata acquisizione di beni o di vantaggi economici dei quali il danneggiato avrebbe avuto la disponibilità se non fosse intervenuto ad impedirlo il fatto generatore del danno. Si tratta, in sostanza, di un mancato incremento del patrimonio del creditore danneggiato. La prova del lucro cessante può raggiungersi solo attraverso una ricostruzione ideale di quanto il danneggiato avrebbe potuto conseguire per una normale successione di eventi. La stessa giurisprudenza di legittimità afferma che il lucro cessante presuppone almeno la prova, sia pure indiziaria, dell'utilità patrimoniale che secondo un rigoroso giudizio di probabilità (e non di mera possibilità), il creditore avrebbe raggiunto se l'obbligazione fosse stata adempiuta (prova indiretta)⁴⁰.

3.5. Il danno non patrimoniale

Nella sfera del danno risarcibile finora analizzato, un'ultima considerazione degna di nota riguarda il percorso evolutivo dottrinale e la giurisprudenziale intrapreso di recente, dal quale emerge una chiara necessità di tutelare, accanto ai diritti patrimoniali e in maniera più

³⁹ Cass. Civ., Sez. I, 8 novembre 1979, n. 5761, in *Giust. civ.*, 1980, I, p. 340; D. Marinelli – E. Bardelli, *op. cit.*, pp. 31 – 32; G. Cattaneo, *op. cit.*, p. 81; V. D'Orsi, *op. cit.*, p. 17.

⁴⁰ Cass. Civ., Sez. I, 18 aprile 2000, n. 5014; Cass. Civ., Sez. II, 30 gennaio 2003, n. 1443, in banca dati *De Jure*, Giuffrè, disponibile su www.iusexplorer.it.

incisiva, anche i diritti fondamentali della persona costituzionalmente garantiti, che potrebbero subire pregiudizio anche a seguito di inadempimento di una obbligazione contrattuale.

La dottrina, nel corso degli anni, si è progressivamente indirizzata verso una concezione di danno intesa come pregiudizio ad una situazione favorevole avente come punto di riferimento l'individuo e come obiettivo, non solo la tutela dei suoi diritti patrimoniali ma, prima ancora, la tutela della sua persona. È accaduto, dunque, che la responsabilità per danni sia stata gradualmente proiettata verso funzioni e campi di intervento nuovi e differenti rispetto alla finalità tradizionale di compensazione pecuniaria dei danni patrimoniali e il risarcimento del danno si pone l'importante e decisivo problema dei criteri da adottare per giungere ad una sostanziale soddisfazione della persona danneggiata. Tuttavia il concetto di danno non patrimoniale ha costituito oggetto di numerosi interventi giurisprudenziali ed interpretazioni contrastanti, rendendo poco agevole l'esatta individuazione degli elementi che lo caratterizzano.

Sulla problematica della classificazione di tale tipologia di danno è, poi, intervenuta la Suprema Corte di Cassazione che, con le note "sentenze gemelle" del 2008⁴¹, innanzitutto ha stabilito che anche nell'ipotesi di inadempimento di un'obbligazione contrattuale può essere prevista la risarcibilità del "danno non patrimoniale" e, con l'occasione, ha sviluppato un'elaborazione sistematica di tale complesso concetto - che ricomprende il "danno morale", il "danno biologico", ed il "danno esistenziale" - e poi ha fornito criteri più specifici, successivamente confermati da altre pronunce più recenti⁴², per la definizione di tali voci. In

⁴¹ Cass. Civ., SS. UU, 11 novembre 2008, nn. 26972, 26973, 26974 e 26975, in banca dati *DeJure*, Giuffrè, disponibile su www.iusexplorer.it.

⁴² Cass. Civ., Sez. III, 23 settembre 2013, n. 21716; Cass. Civ., Sez. III, 23 gennaio 2014, n. 1361; Cass. Civ., Sez. II, 24 aprile 2014, n. 9283; Cass. Civ., SS.UU., 24 marzo 2006, n. 6572, in banca dati *DeJure*, Giuffrè, disponibile su www.iusexplorer.it. Più specificamente tale tipologia di danno, in base ad una interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c., costituisce una categoria ampia, comprensiva di ogni ipotesi in cui si verifichi un'ingiusta lesione di un valore inerente alla persona, dalla quale consegua un pregiudizio non suscettibile di valutazione economica e, in particolare ricomprende:

- il "danno morale", quale turbamento transitorio dello stato d'animo, dolore morale che non degenera in patologie della sofferenza (ad esempio, nel caso della persona diffamata o lesa nell'identità personale);
- il "danno biologico", cioè la lesione psico-fisica della persona, accertabile da un punto di vista medico-legale e ricorrente ove il turbamento dell'animo, il dolore intimo siano accompagnati da degenerazioni patologiche della sofferenza, che incidono sul suo quotidiano e sulle sue relazioni;
- "danno esistenziale", da intendere come ogni pregiudizio (di natura non meramente emotiva ed interiore, ma oggettivamente accertabile) provocato sul fare areddittuale del soggetto, che alteri le sue abitudini e gli assetti relazionali propri, inducendolo a scelte di vita diverse quanto all'espressione e realizzazione della sua personalità nel mondo esterno, esso va dimostrato in giudizio con tutti i mezzi consentiti dall'ordinamento. In buona sostanza si tratta, per il danneggiato, di fornire la dimostrazione dell'avvenuta modificazione negativa della propria sfera personale ed anche nell'ipotesi di responsabilità civile professionale, potranno essere utilizzati gli ordinari mezzi istruttori, come la prova documentale e la prova testimoniale, assumendo peraltro precipuo rilievo la prova per presunzioni (ex art. 2727 e ss. c.c.). Pertanto, il danno non patrimoniale così strutturato costituisce un modello unitario, dal quale le suindicate singole categorie (o "voci") hanno solo valenza descrittiva e non certamente carattere autonomo. Sicché laddove in una fattispecie concreta esse ricorrono cumulativamente occorre che, in sede di liquidazione del danno, il giudice ne tenga conto in modo unitario, al fine di evitare duplicazioni risarcitorie, fermo restando, l'obbligo di considerare tutte le peculiari modalità di atteggiarsi del danno non patrimoniale nel singolo caso, mediante la personalizzazione della liquidazione, attraverso la

base alla giurisprudenza di legittimità, infine, l'ammissibilità del risarcimento dei danni non patrimoniali così descritti, può verificarsi solo se sussistono le seguenti condizioni:

1) che l'interesse leso sia riconducibile ad una espressa previsione di legge (anche internazionale) che ne legittima espressamente il ristoro non patrimoniale, secondo quanto disposto dall'art. 2059 c.c., oppure abbia rilevanza costituzionale (ingiustizia cosiddetta "costituzionalmente qualificata");

2) che la lesione dell'interesse sia grave: il diritto deve aver subito un pregiudizio serio e non futile e ciò avviene allorquando superi una certa soglia minima di tollerabilità.

L'onere della prova incombe sul danneggiato. La liquidazione del danno è attribuita alla valutazione equitativa del giudice *ex art. 1226 c.c.*

4. Diversi profili di responsabilità connessi all'attività professionale del commercialista

Dopo aver tracciato i contorni della responsabilità civile derivante dall'esercizio di una professione intellettuale, occorre evidenziare che per circoscrivere, in termini più precisi, i diversi profili che tale responsabilità può assumere nella sfera dell'attività tipica esercitata dal professionista, è necessario effettuare un'analisi specifica del tipo di incarico oggetto della prestazione stessa.

Si può affermare, pertanto, che i principi sottesi alla disciplina codicistica, finora descritti in un contesto generale, devono essere declinati sulla base dei caratteri peculiari connessi alle funzioni e agli incarichi del commercialista che, in base a quanto stabilito dalla normativa che disciplina tale professione, si riferiscono principalmente alle seguenti attività:

- amministrazione e liquidazione di aziende, di patrimoni e singoli beni;
- perizie, valutazioni e consulenze tecniche;
- ispezioni e revisioni amministrative;
- contabilità e bilanci (di imprese, enti pubblici e privati);
- regolamento e liquidazioni di avarie (perizie e consulenza tecnica);
- esercizio delle funzioni di sindaco e di revisione nelle società commerciali, enti non commerciali ed enti pubblici;
- consulenza, assistenza e rappresentanza tributaria.

In tale prospettiva si riportano, di seguito, alcune brevi esemplificazioni, poiché nel prosieguo del presente studio sarà oggetto specifico di una più ampia analisi il tema della responsabilità relativa all'esercizio dell'attività di consulenza, assistenza e rappresentanza in materia tributaria (D.lgs. 9 luglio 1997 n. 241; D.lgs. 18 dicembre 1997, nn. 471, 472 e 473 e successive modifiche; D.lgs. 24 settembre 2015, n. 158; D.P.R. 22 luglio 1998, n. 322).

valutazione nella loro effettiva consistenza delle conseguenze patite dal soggetto leso e determinare il ristoro del danno nella sua interezza. In tal senso, Cass. Civ., Sez. III, 18 giugno 2015, n.12594, in banca dati *DeJure*, Giuffrè, disponibile su www.iusexplorer.it.

- Responsabilità relativa all'assunzione di cariche societarie

• In qualità di amministratore di società di capitali

Nell'ambito delle società per azioni, in particolare, gli amministratori sono responsabili per il loro operato:

- nei confronti della società, per l'inadempimento degli obblighi imposti dalla legge o dal contratto sociale che abbia cagionato un pregiudizio patrimoniale (responsabilità contrattuale) (artt. 2392 – 2393-*bis* c.c.):
- nei confronti dei creditori sociali, a causa dell'inosservanza degli obblighi relativi alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale (responsabilità da fatto illecito) (art. 2394 c.c.);
- responsabilità verso i soci e terzi non creditori, per i danni arrecati, per dolo o colpa, nell'esercizio delle loro funzioni (responsabilità extracontrattuale) (art. 2395 c.c.)

L'art. 2392 c.c. stabilisce espressamente: *“Gli amministratori devono adempiere i doveri ad essi imposti dalla legge e dallo statuto con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze. Essi sono solidalmente responsabili verso la società dei danni derivanti dall'inosservanza di tali doveri, a meno che si tratti di attribuzioni proprie del comitato esecutivo o di funzioni in concreto attribuite ad uno o più amministratori.*

In ogni caso gli amministratori, fermo quanto disposto dal comma terzo dell'articolo 2381, sono solidalmente responsabili se, essendo a conoscenza di fatti pregiudizievoli, non hanno fatto quanto potevano per impedirne il compimento o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose.

La responsabilità per gli atti o le omissioni degli amministratori non si estende a quello tra essi che, essendo immune da colpa, abbia fatto annotare senza ritardo il suo dissenso nel libro delle adunanze e delle deliberazioni del consiglio, dandone immediata notizia per iscritto al presidente del collegio sindacale”.

Tale disciplina, dunque, prevede che per definire il grado di diligenza richiesto in base alle caratteristiche del caso concreto, occorre prendere in considerazione particolari criteri, ossia:

- a) la *“natura dell'incarico”*, che implica il richiamo all'art. 1176, 2° comma c.c. e, in questa prospettiva, presuppone che per l'accertamento della responsabilità è necessario considerare sia le caratteristiche oggettive dell'impresa (ad esempio dimensioni, articolazione organizzativa, settore di attività in cui si svolge l'attività economica, ecc.), sia la funzione concretamente espletata da ciascun amministratore nell'ambito dell'organo collegiale (ovvero se questi operi come presidente, o come amministratore con deleghe, ecc.);
- b) le *“specifiche competenze”*, che si riferiscono al livello di professionalità dell'amministratore, ossia in relazione a ciascun evento dannoso, devono essere identificate le competenze necessarie per conseguire un'adeguata valutazione e, solo in

relazione al risultato di tale accertamento, deve poi essere definita la diligenza richiesta⁴³.

- **In qualità di sindaco/revisore di società di capitali**

Anche per quanto attiene alla responsabilità dei sindaci delle società per azioni, l'art. 2407, 1° comma c.c., fa riferimento ai paradigmi della professionalità e della diligenza rapportati alla natura dell'incarico che tali soggetti sono chiamati a svolgere. I sindaci, pertanto, devono rispondere di eventuali danni che siano stati cagionati alla società e ai soci o ai creditori sociali se l'evento dannoso si è verificato a causa dell'omesso controllo o del controllo non diligente in conformità degli obblighi della loro carica. In questo senso, l'applicazione del parametro della diligenza professionale, *ex art.* 1176, 2° comma c.c., deve essere valutato anche in base ai criteri e alle regole di condotta che possono essere differenti a seconda del tipo di controllo al quale il sindaco è preposto (controllo legale e della gestione ovvero anche il controllo contabile).

In particolare, la natura della responsabilità dei sindaci viene considerata “diretta ed esclusiva” nelle ipotesi previste dall'art. 2047, 1° comma c.c., ossia per:

- a) violazioni relative al dovere di verità nelle loro attestazioni;
- b) violazioni relative al dovere di tenere il riserbo sui documenti e sui fatti di cui hanno conoscenza per ragione del loro ufficio;
- c) violazione degli obblighi espressamente previsti dalla legge in capo ai sindaci.

In base all'art. 2407, 2° comma c.c., inoltre, i sindaci possono essere responsabili solidalmente con gli amministratori per i fatti e le omissioni di questi ultimi: si tratta, dunque, di una violazione di tipo “indiretto” dovuta all'inottemperanza del dovere di vigilanza sugli amministratori. Affinché sia configurabile tale violazione devono concorrere i seguenti elementi:

- inadempimento da parte dell'amministratore;
- inadempimento da parte del sindaco;
- il nesso di causalità fra evento dannoso ed omissione del sindaco.

Infine l'art. 2407, 3° comma c.c., stabilisce che “*All'azione di responsabilità contro i sindaci si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni degli articoli 2393, 2393 bis, 2394, 2394 bis e 2395*”⁴⁴.

La responsabilità prevista per la funzione di revisore legale dei conti è disciplinata dall'art. 15 del D.lgs. 27 gennaio 2010, n. 39⁴⁵, in luogo degli abrogati artt. 2409-

⁴³ A. Maffei Alberti, Commentario breve al diritto delle società, in *Breviaria Iuris*, fondati da G. Cian e A. Trabucchi e continuati da G. Cian, II ed., Cedam, Padova, 2011, pp. 660 – 661; M. Sandulli, V. Santoro, *La riforma delle società. Aggiornamento commentato. Diritto sostanziale*, Giappichelli, Torino, 2007, pp. 473 - 476; G. Ferri, *Manuale di diritto commerciale*, Utet, Torino, 2006, p. 355.

⁴⁴ P. Mariotti, A. Serpetti, R. Caminiti, *op. cit.*, pp. 309 – 311.

⁴⁵ In recepimento della Direttiva 2006/43/CE, relativa alle revisioni legali dei conti annuali e dei conti consolidati, il legislatore italiano ha emanato il D.lgs. 27 gennaio 2010, n. 39 (successivamente modificato dal D.l. 30 dicembre 2013, n.150, convertito con modificazioni dalla L. 27 febbraio 2014, n. 15), con il quale si è proceduto all'abrogazione delle precedenti normative ed al coordinamento delle disposizioni attualmente contenute nel Codice Civile, nel Testo Unico sull'Intermediazione Finanziaria, nel Testo Unico Bancario e nel Codice delle Assicurazioni Private. Il processo comunitario di riforma, tuttavia non si è arrestato, ma continua tuttora a seguito dell'emanazione sia della Direttiva 2014/56/UE (da recepire entro il 17 giugno 2016, che

sexies c.c. e 164 T.U.F. (che in passato riguardavano, rispettivamente, la responsabilità dei soggetti incaricati del controllo contabile delle società disciplinate dal Codice Civile e della revisione contabile delle società con azioni quotate). In base a tale normativa i revisori legali e le società di revisione legale rispondono in solido tra loro e anche in solido con gli amministratori nei confronti della società che ha conferito l'incarico, dei suoi soci e dei terzi, per i danni derivanti dall'inadempimento dei loro doveri (art. 15, 1° comma del D.lgs. 27 gennaio 2010, n. 39). Saranno chiamati a rispondere dei danni conseguenti da propri inadempimenti o da fatti illeciti nei confronti della società che ha conferito l'incarico e nei confronti dei terzi danneggiati, anche il responsabile della revisione e i dipendenti che hanno collaborato a tale attività, in solido tra loro e con la stessa società di revisione legale (art. 15, 2° comma del D.lgs. 27 gennaio 2010, n. 39). Nei rapporti interni tra i debitori solidali, sia nella prima che nella seconda ipotesi, essi sono responsabili nei limiti del contributo effettivo al danno cagionato⁴⁶.

Ad agire contro i soggetti incaricati della revisione legale dei conti, quindi, può essere tanto la società che ha conferito l'incarico quanto i soci ed i terzi. L'azione di risarcimento nei confronti dei responsabili si prescrive nel termine di cinque anni (sia in caso di responsabilità contrattuale, sia in caso di responsabilità extracontrattuale)

apporta ulteriori modifiche nella materia in esame), che del Regolamento (UE) n. 537/2014 (sui requisiti specifici della revisione legale dei conti di enti di interesse pubblico), la cui immediata applicabilità coincide con l'implementazione della suindicata Direttiva.

⁴⁶ La natura della responsabilità connessa all'esercizio della funzione del revisore legale è stata oggetto di differenti pareri dottrinali. Nei confronti della società revisionata, è pacifico in dottrina che si tratta di una responsabilità per inadempimento contrattuale. La giurisprudenza, sulla questione in esame, stabilisce che devono essere applicate le norme che regolano la responsabilità professionale in esecuzione di un contratto d'opera professionale e in riferimento alla limitazione della responsabilità alla sola colpa grave e al dolo, in caso di risoluzione di questioni tecniche di speciale difficoltà, ha precisato che, nello svolgimento dei compiti di controllo e di certificazione, il metro della diligenza cui commisurare la legittimità dell'operato della società di revisione, deve considerare la natura dell'attività da svolgere, la qualificazione professionale e l'adeguata sofisticata struttura di cui le società in esame devono essere dotate, con la conseguenza che il disposto dell'art. 2236 c.c. va interpretato con riferimento alla necessaria organizzazione d'impresa nel cui ambito e con il cui supporto deve svolgersi l'attività (art. 2238 c.c.) e al normale oggetto della stessa (Cons. St., Sez. VI, 10 luglio 2002, n. 3845, in banca dati *DeJure*, Giuffrè, disponibile su www.iusexplorer.it; Trib. Milano, 21 Ottobre 1999, in *Giur. It.*, 2000, c. 554). Sulla natura della responsabilità nei confronti dei soci o dei terzi (soggetti estranei al rapporto contrattuale intervenuto tra la società che ha conferito l'incarico e la società incaricata della revisione) sussistono tesi difformi: secondo un orientamento dottrinale e giurisprudenziale maggioritario, si tratta di responsabilità extracontrattuale dovuta a fatto illecito (D. Casadei, *La responsabilità della società di revisione*, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 46 ss.; V. Salafia, *Responsabilità extracontrattuale delle società di revisione per danni a terzi*, in *Società*, 2002, p. 1520; Cass. Civ., Sez. III, 18 luglio 2002, n. 10403, in *Giur. it.*, 2003, p. 672; Trib. Milano, 21 ottobre 1999, in *Giur. it.*, 2000, c. 554; App. Milano, 7 luglio 1998, in *Società*, 1998, p. 1171; Trib. Torino, 18 settembre 1993, in *Giur. it.* 1994, I, 2, p. 655; F. Salerno, *La responsabilità del revisore tra nuove incertezze e vecchi problemi*, in *Riv. soc.*, fasc. 5, 2013, pp. 986 - 994p. 992, nota n. 16) una corrente dottrinale minoritaria l'ha ricondotta allo schema della responsabilità contrattuale, più specificamente, si configurerebbe una responsabilità contrattuale cosiddetta "da contatto sociale", secondo cui la violazione di tali obblighi di protezione può far sorgere una responsabilità contrattuale anche rispetto a soggetti non legati tra loro da un contratto (E. Barcellona, *Responsabilità da informazione al mercato: il caso dei revisori legali dei conti*, Giappichelli, Torino, 2003, pp. 249 ss.; G. M. Buta, *La responsabilità nella revisione obbligatoria delle s.p.a.*, Giappichelli, Torino, 2005, pp. 22 ss; F. Salerno, *La «risoluzione consensuale» dell'incarico di revisione legale*, in *Riv. soc.*, fasc.6, 2014, p. 1401, nota n. 32).

dalla data della relazione di revisione sul bilancio d'esercizio, o consolidato, emessa al termine dell'attività di revisione cui si riferisce l'azione di risarcimento (art. 15, 3° comma del D.lgs. 27 gennaio 2010, n. 39)⁴⁷.

- Responsabilità relativa all'assunzione di incarichi giudiziari:

- nell'ambito di procedure concorsuali;
- in qualità di consulente tecnico del Tribunale (art. 64 c.p.c.; artt. 314, 366, 373 c.p.);
- in tutte le altre ipotesi in cui agisce in ambito giudiziale (commissario giudiziale, commissario liquidatore, commissario governativo, ausiliario giudiziario, liquidatore giudiziale, arbitro, custode giudiziario)⁴⁸.

In riferimento alle procedure concorsuali, un incarico frequentemente assegnato al commercialista è quello di curatore fallimentare, attraverso cui il professionista esercita una funzione pubblica che ha ad oggetto l'amministrazione del patrimonio fallimentare e il compimento di tutte le operazioni della procedura sotto la vigilanza del giudice delegato e del comitato dei creditori, nell'ambito delle funzioni ad esso attribuite (*ex art. 31, 1° comma della Legge Fallimentare, R.D. 16 marzo 1942, n. 267, modificato dal D.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5*). Con tale incarico, dunque, il professionista viene investito dall'Autorità Giudiziaria dell'obbligo di compiere una serie di atti giuridici nell'interesse della giustizia e dei creditori. L'eventuale inadempimento si verifica a seguito dell'inottemperanza a doveri specifici stabiliti dalla legge o dal piano di liquidazione: qualora tali doveri non siano rispettati il professionista risponde in proprio per i danni cagionati dalla sua gestione. Più precisamente, la responsabilità del curatore è disciplinata dall'art. 38 della Legge Fallimentare (modificato dal D.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5) il quale dispone: *“Il curatore adempie ai doveri del proprio ufficio, imposti dalla legge o derivanti dal piano di liquidazione approvato, con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico. Egli deve tenere un registro preventivamente vidimato da almeno un componente del comitato dei creditori, e annotarvi giorno per giorno le operazioni relative alla sua amministrazione.*

Durante il fallimento l'azione di responsabilità contro il curatore revocato è proposta dal nuovo curatore, previa autorizzazione del giudice delegato, ovvero del comitato dei creditori.

Il curatore che cessa dal suo ufficio, anche durante il fallimento, deve rendere il conto della gestione a norma dell'art. 116”.

Il curatore, inoltre, previa autorizzazione da parte del comitato dei creditori, può farsi coadiuvare da tecnici o da altre persone retribuite, compreso il soggetto fallito, sotto la propria responsabilità che, in tal caso, viene imputata a titolo di *culpa in eligendo* o di *culpa in*

⁴⁷ G. Musolino, *Contratto d'opera professionale*, artt. 2229 – 2238, in *Comm. c.c. Schlesinger – Busnelli*, op. cit., p. 667.

⁴⁸ D. Marinelli – E. Bardelli, op. cit., introduzione.

vigilando (ex art. 32, 2° comma della Legge Fallimentare, modificato dal D.lgs. 12 Settembre 2007, n. 169).

In dottrina ipotesi di responsabilità del curatore sono state individuate nei casi di violazione delle direttive del giudice delegato, di commissione di atti svantaggiosi per la procedura, di esperimento di azioni giudiziarie disastrose e di trascuratezza nell'esperire liti necessarie, nonché di difettosa compilazione dell'inventario, di deficienza della relazione al giudice delegato o falsità o inesattezza del suo contenuto, di omissione o manchevolezze nell'esposizione periodica dell'amministrazione, di mancato adempimento alla richiesta di esibizione dei documenti giustificativi, di intempestiva, negligente o irregolare vendita dei beni, di omessa sorveglianza sull'esercizio provvisorio, di incompleto o falso rendiconto della gestione⁴⁹.

5. La responsabilità del commercialista nell'espletamento delle attività di consulenza, assistenza e rappresentanza in materia tributaria

L'attività di consulenza ed assistenza fiscale rappresenta una delle funzioni professionali tipiche svolte dal commercialista e ad essa possono essere connessi diversi profili di responsabilità: innanzitutto una responsabilità, esclusiva o in concorso, derivante dalla violazione di norme tributarie, con la conseguente applicazione di specifiche sanzioni amministrative, allorquando l'attività di assistenza del professionista abbia determinato o favorito la realizzazione della condotta illecita del cliente; accanto a tale responsabilità, poi, può sussistere, sempre a carico del professionista, anche l'obbligo del risarcimento dei danni nei confronti del cliente, laddove si sia verificata l'inottemperanza del dovere di diligenza, come previsto dalla norme civilistiche precedentemente esaminate; infine può determinarsi una responsabilità di natura penale ove la condotta professionale integri gli estremi di specifiche tipologie di reato (che non saranno oggetto di trattazione in questa sede).

In particolare, gli artt. 35 e 36 del D.lgs. 9 luglio 1997, n. 241 (e i successivi provvedimenti di attuazione), prevedono che le funzioni attribuite al professionista consistono nel rilascio, in favore dei contribuenti, del *visto di conformità formale*, dell'*asseverazione degli studi di settore* e della *certificazione tributaria*. Tali certificazioni attestano il regolare adempimento degli obblighi tributari da parte del cliente e la legge stabilisce che, per il rilascio delle stesse, è necessario che i professionisti abbiano i seguenti requisiti:

- siano *abilitati alla trasmissione telematica delle dichiarazioni*;
- abbiano *predisposto la dichiarazione e tenuto la contabilità* a cui il visto e l'asseverazione si riferiscono;
- effettuino *un'apposita comunicazione*, in carta libera, alla Direzione Regionale delle entrate, territorialmente competente, in relazione al domicilio del professionista;

⁴⁹ V. L. Cuneo, *Le procedure concorsuali*, coordinato da M. Fabiani, Tomo I, Giuffrè, Milano, 2002, p. 393; G. Verna, *La responsabilità del curatore fallimentare*, in *Riv. dott. comm.*, fasc.1, 2010, pag. 163.

- stipulino una polizza assicurativa a garanzia dei contribuenti per i danni che potrebbero derivare dal rilascio del visto o dell'asseverazione.

Con il visto leggero si può attestare la conformità (essenzialmente “formale”, ossia senza entrare nel merito) dei dati delle dichiarazioni (predisposte dal professionista) alla relativa documentazione e alle risultanze delle scritture contabili (non necessariamente predisposte dal professionista). Con l'asseverazione si attesta la conformità degli elementi comunicati all'Amministrazione Finanziaria ai fini dell'applicazione degli studi di settore rispetto alle risultanze delle scritture contabili ed alla restante documentazione fornita dal contribuente. Infine, con il visto pesante si certifica l'esatta applicazione delle norme tributarie sostanziali. Da notare che l'attribuzione del visto pesante è consentito solo a condizione che il professionista che lo rilascia abbia predisposto le dichiarazioni fiscali e tenuto le scritture contabili del contribuente, e che nei confronti di quest'ultimo siano già stati rilasciati il visto leggero e, ove ne ricorrano i presupposti, l'asseverazione degli studi di settore.

5.1 Il sistema sanzionatorio amministrativo: il principio di personalizzazione della responsabilità e il principio di colpevolezza

Ai fini di un'attenta analisi della responsabilità del professionista nel settore tributario, è necessario esaminare, preliminarmente, alcuni aspetti della disciplina generale delle sanzioni amministrative, che, negli ultimi anni, è stata oggetto di una profonda ed organica innovazione, il cui quadro normativo di riferimento è rappresentato, *in primis*, da:

- la riforma delle sanzioni amministrative per le violazioni in materia di II.DD., IVA e riscossione dei tributi (D.lgs. 18 dicembre 1997, n. 471);
- i principi generali in materia di sanzioni amministrative per le violazioni di norme tributarie (D.lgs. 18 dicembre 1997, n. 472);
- la riforma delle sanzioni amministrative per le violazioni in materia di tributi sugli affari, sulla produzione e sui consumi e di altri tributi indiretti (D.lgs. 18 dicembre 1997, n. 473).

Tali disposizioni sono state successivamente modificate da nuovi interventi legislativi, tra i quali:

- il D.lgs. 5 giugno 1998, n. 203 recante: “*Disposizioni integrative e correttive dei decreti legislativi 18 dicembre 1997, numeri 471, 472 e 473, in materia di sanzioni amministrative tributarie*”;

- il D.lgs. 26 gennaio 2001, n. 32, rubricato “*Disposizioni correttive di leggi tributarie vigenti, a norma dell'articolo 16 della legge 27 luglio 2000, n. 212, concernente lo statuto dei diritti del contribuente*”;

- il recentissimo D.lgs. 24 settembre 2015, n. 158, emanato per la revisione del sistema sanzionatorio tributario in attuazione della delega fiscale (ossia in attuazione dell'articolo 8, 1° comma della L. 11 marzo 2014, n. 23), il quale prevede, nell'art. 32, 1° comma, che il nuovo regime delle sanzioni amministrative si applicherà dal 1° gennaio 2017.

Per l'inottemperanza agli obblighi tributari, la complessa normativa richiamata prevede l'applicazione di sanzioni amministrative principali (di natura pecuniaria) e di sanzioni accessorie con contenuto interdittivo (ad esempio la cancellazione da albi o elenchi, il divieto di esercitare determinate attività, la destituzione da cariche pubbliche o da determinati uffici ecc.): esse possono essere irrogate dalla Pubblica Amministrazione nei confronti dell'autore dell'illecito tributario che, in base al disposto dell'art. 11, 2° comma del D.lgs. 18 dicembre 1997, n. 472, si presume sia, fino a prova contraria, il sottoscrittore o colui che abbia compiuto l'atto illegittimo.

I principali aspetti di carattere generale di tale sistema sanzionatorio, che vanno sottolineati in questa sede, riguardano soprattutto il principio di "personalizzazione" della sanzione e il principio di "colpevolezza". In base al primo principio, è punita la persona fisica che ha posto in essere la violazione ad una norma tributaria, statuizione che trova il proprio fondamento nell'art. 2, 2° comma del D.lgs. 18 dicembre 1997, n. 472, il quale afferma: *"La sanzione è riferibile alla persona fisica che ha commesso o concorso a commettere la violazione"* (tale principio, però, non vale per gli illeciti delle società e degli enti con personalità giuridica, per i quali è prevista una diversa disciplina dettata dall'art. 7 del D.l. 30 settembre 2003, n. 269, in virtù del quale le sanzioni amministrative relative al rapporto fiscale di tali enti sono esclusivamente a carico della persona giuridica). In base al principio di colpevolezza, affinché possa determinarsi un illecito amministrativo, oltre alla sussistenza di un comportamento che violi la norma (elemento oggettivo), deve sussistere anche un elemento soggettivo, rappresentato dalla "imputabilità" e dalla "colpevolezza" del soggetto agente: per imputabilità si intende la capacità di intendere e di volere; per colpevolezza si intende l'aver agito con dolo o colpa. Tali disposizioni sono enunciate nell'art. 4 del D.lgs. 18 dicembre 1997, n. 472, il quale stabilisce che: *"Non può essere assoggettato a sanzione chi, al momento della commissione del fatto, era, in base ai criteri indicati nel codice penale, incapace di intendere e di volere"* e nell'art. 5, 1° comma della stessa normativa: *"Nelle violazioni punite con sanzioni amministrative ciascuno risponde della propria azione od omissione, cosciente e volontaria, sia essa dolosa o colposa"*.

Infine il nuovo sistema sanzionatorio, previsto dal D.lgs. 24 settembre 2015, n. 158, consente di graduare le sanzioni amministrative in base alla gravità delle condotte illecite poste in essere in riferimento alle imposte dirette, all'IVA e alla riscossione dei tributi, ad esempio:

- nell'ipotesi di omessa presentazione della dichiarazione ai fini delle imposte sui redditi e dell'imposta regionale sulle attività produttive, la sanzione è proporzionale al ritardo nell'adempimento (art. 15, 1° comma, lett. a) del D.lgs. 158/2015, che dispone la modifica dell'art. 1, 1° comma del D.lgs. 471/97 e stabilisce che: *"Se la dichiarazione omessa è presentata dal contribuente entro il termine di presentazione della dichiarazione relativa al periodo di imposta successivo e, comunque, prima dell'inizio di qualunque attività amministrativa di accertamento di cui abbia avuto formale conoscenza, si applica la sanzione amministrativa dal sessanta al centoventi per cento dell'ammontare delle imposte dovute, con un minimo di euro 200"*);

- se la dichiarazione è stata poi presentata entro il termine per la dichiarazione relativa al periodo d'imposta successivo, la sanzione base è ridotta del 50% (art.15, 1° comma, lett. b) del D.lgs. 158/2015, che dispone la modifica all'art. 2, 3° comma del D.lgs. 471/97);
- nell'ipotesi in cui la violazione relativa alla dichiarazione viene realizzata mediante l'utilizzo di documentazione falsa o per operazioni inesistenti, mediante artifici o raggiri, condotte simulatorie o fraudolente, la sanzione viene aumentata del 50% (art. 15, 1° comma, lett. a) del D.lgs. 158/2015, che dispone la modifica dell'art. 1, 3° comma del D.lgs. 471/97);
- è prevista una riduzione di un terzo della sanzione base nel caso in cui la maggiore imposta o il minore credito accertati siano complessivamente inferiori al 3% rispetto all'imposta o al credito dichiarati e, comunque, complessivamente inferiori ad euro 30.000,00 (art. 15, 1° comma, lett. a) del D.lgs. 158/2015, che dispone la modifica dell'art. 1, 4° comma del D.lgs. 471/97).

Ciò premesso, è possibile rilevare un dato di notevole importanza: mentre nel sistema sanzionatorio precedente il centro d'imputazione delle sanzioni era ricercato nel soggetto passivo d'imposta, nel sistema attuale è sottoposta a sanzione la persona fisica che si accerti sia effettivamente responsabile del comportamento trasgressivo. Di conseguenza a carico del professionista/consulente sorge la possibilità di dover rispondere personalmente e patrimonialmente per gli illeciti tributari commessi in attività svolte per conto del cliente (persona fisica, società o altro ente): e ciò sia nei casi di errori ed omissioni ignoti al cliente, sia in caso di vera e propria compartecipazione nell'ideazione e realizzazione di condotte fiscali fraudolente⁵⁰. Ne consegue l'inapplicabilità delle sanzioni al contribuente nel caso in cui l'inosservanza di adempimenti fiscali – sia di natura formale che sostanziale - sia dipesa (in base all'accertamento di fatto del giudice di merito, insindacabile in sede di legittimità se immune da vizi logico-giuridici) unicamente dal comportamento fraudolento del commercialista contribuente⁵¹.

Si può affermare, dunque, che per il professionista possono verificarsi diversi profili di responsabilità:

- in concorso con il cliente (responsabilità concorsuale dovuta alla circostanza che entrambi hanno contribuito all'attuazione dell'illecito amministrativo);
- a titolo di “*autore mediato*” (responsabilità esclusiva del consulente in luogo del cliente/esecutore materiale della violazione che abbia commesso l'infrazione perché indotto in errore dal professionista);

⁵⁰ D. Marinelli – E. Bardelli, *op. cit.*, p. 33.

⁵¹ Cass. Civ., Sez. Trib., 20 novembre 2003, n. 17579, in banca dati *De Jure*, Giuffrè, disponibile su www.iusexplorer.it; nel caso di specie, il giudice di merito, con accertamento di fatto immune da vizi logico-giuridici, aveva affermato che nessun addebito era da rivolgere al contribuente, che aveva sottoscritto le dichiarazioni IVA, consegnandole al commercialista insieme alle somme necessarie per i versamenti consequenziali ed era stato vittima della condotta delittuosa del commercialista stesso che si era appropriato delle somme e non aveva provveduto all'inoltro delle dichiarazioni fiscali.

- in prima persona, per l'infrazione delle norme tributarie mediante condotte fraudolente (responsabilità diretta ed esclusiva).

5.2 La colpa professionale

La nozione di colpevolezza professionale si concretizza, dunque, con la presenza:

- a) del dolo o della colpa (anche lieve), in caso di violazioni commesse nell'esercizio dell'attività professionale avente per oggetto l'assolvimento degli obblighi tributari;
- b) del dolo o della colpa grave, in caso di violazioni commesse esclusivamente nell'esercizio delle attività di consulenza fiscale che, analogamente a quanto previsto dall'art. 2236 c.c., implichi la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà.

In particolare, sussiste colpa grave quando l'imperizia e la negligenza del comportamento del consulente siano indiscutibili e non sia possibile dubitare ragionevolmente del significato e della portata della norma violata e, di conseguenza risulta evidente la macroscopica inosservanza di elementari oneri tributari (*ex art. 5, 3° comma del D.lgs. 18 dicembre 1997, n. 472*).

5.3 Il concorso di persone

L'ipotesi di concorso di persone nell'illecito amministrativo si verifica quando più soggetti contribuiscono alla commissione della violazione sia sotto il profilo materiale (ad esempio con l'emissione di documentazione irregolare per consentire la predisposizione di una dichiarazione fiscale infedele), sia sotto il profilo morale (ad esempio mediante suggerimenti o consigli tecnici che favoriscano l'inottemperanza alla norma tributaria). L'esame del contributo morale del consulente assume rilievo nel caso in cui il contribuente sostiene di aver agito secondo le indicazioni fornitegli da esperto del settore. Peraltro, se al consulente tributario è richiesta la soluzione di problemi di speciale difficoltà (da valutarsi caso per caso), egli è punibile solo in casi di dolo (ad esempio quando abbia istigato il contribuente stesso o sia stato con lui d'accordo per violare la norma tributaria) o colpa grave (analogamente a quanto previsto dall'art. 2236 c.c.)⁵².

Se si verifica un'ipotesi di responsabilità del professionista in concorso con il contribuente – dato il principio di personalità – entrambi sono obbligati, ma non in solido: ciascuno, cioè, è responsabile della sanzione ad esso singolarmente irrogata. Pertanto, il concorso di più soggetti in una violazione comporta, per ciascuno, la punibilità con la sanzione disposta per quella fattispecie: la *ratio* di tale disposizione è rappresentata dal fatto che la responsabilità in capo a più autori delle violazioni può comportare che la sanzione venga applicata in misura diversa per ciascuno di essi, in relazione alla partecipazione soggettiva e oggettiva di

⁵² F. Martini, A. Mazzucchelli, M. Rodolfi, E. Vivori, *op. cit.*, pp. 254 – 257.

ciascuno⁵³. Infine, il principio per cui, in caso di concorso, si applicano tante pene quanti sono i trasgressori, non opera “quando la violazione consiste nell’omissione di un comportamento cui sono obbligati in solido più soggetti”, in tale ipotesi “è irrogata una sola sanzione e il pagamento eseguito da uno solo dei responsabili libera tutti gli altri, salvo il diritto di regresso” (art. 9 del D.lgs. 18 dicembre 1997, n. 472) (ad esempio nel caso di omessa registrazione di un atto).

5.4 L’autore mediato

Un’ulteriore ipotesi di responsabilità del professionista si verifica quando ricorre la figura del cosiddetto “autore mediato” della violazione, il quale è punito in luogo dell’autore materiale dell’illecito. Tale circostanza è descritta dall’art. 10 del D.lgs. 18 dicembre 1997, n. 472, che espressamente afferma: “chi, con violenza o minaccia o inducendo altri in errore incolpevole ovvero avvalendosi di persona incapace, anche in via transitoria, di intendere e di volere, determina la commissione di una violazione ne risponde in luogo del suo autore materiale” (il professionista che induce il cliente incolpevole alla violazione di una norma tributaria, sarà responsabile in via esclusiva)⁵⁴. Il significato di tale disposizione è evidente: si intende evitare che il criterio della personalizzazione consenta ad alcuno di servirsi della condotta, posta in essere da altri e da lui indotta, per avvantaggiarsi dell’esito dell’illecito e, al contempo, sottrarsi alla relativa sanzione. Delle specifiche ipotesi previste in materia di sanzioni tributarie, quella che può trovare una più probabile concretizzazione, sembra essere quella della induzione in errore. Ad esempio l’ipotesi in cui il professionista dolosamente induce in errore il contribuente facendogli presentare una dichiarazione infedele. Altra ipotesi è quella della responsabilità del professionista che induca in errore il contribuente per colpa. In questo caso è necessario richiamare anche i dispositivi di cui agli artt. 5, 1° comma e 6, 2° comma del D.lgs. 18 dicembre 1997, n. 472, che circoscrivono tale responsabilità. Il primo prevede che le violazioni commesse nell’esercizio dell’attività di consulenza tributaria e comportanti la soluzione di problemi di speciale difficoltà sono punibili solo in caso di dolo o colpa grave. In queste ipotesi l’ufficio dovrà provare la sussistenza di tale specifico elemento soggettivo, poiché la sola colpa lieve non sarebbe sufficiente a chiamarlo in responsabilità. Un ulteriore limite è, altresì, previsto dall’art. 6, 2° comma della normativa summenzionata, in base al quale non è punibile l’autore della violazione (e quindi neppure l’autore mediato), quando la violazione è determinata da obiettive condizioni di incertezza sulla portata e sull’ambito di applicazione delle disposizioni alle quali si riferisce oppure da indeterminatezza delle richieste di informazioni o dei modelli per la dichiarazione e per il pagamento⁵⁵.

In sintesi la responsabilità dell’autore mediato, in via generale, può configurarsi quando si verificano le seguenti condizioni:

⁵³ B. Santamaria, *Diritto tributario. Parte generale – Fiscalità internazionale*, VII edizione, Giuffrè, Milano, 2011, p. 300.

⁵⁴ F. Tesaro, *Compendio di diritto tributario*, III edizione, Utet Giuridica, Torino, 2007, pp. 173 – 174.

⁵⁵ B. Santamaria, *op. cit.*, pp. 298 – 299.

- se il professionista agisce con colpa lieve, quando è chiamato alla risoluzione di questioni tecniche che richiedono l'ordinaria diligenza del buon professionista; oppure con colpa grave o dolo, laddove la sua prestazione venga eseguita per la risoluzione di *“problemi tecnici di speciale difficoltà”*;
- se il cliente ritiene assolutamente lecita l'attività del professionista, non essendo consapevole delle eventuali conseguenze illegittime che da essa potrebbero scaturire;
- se non sia ascrivibile al contribuente una *culpa in eligendo*, per il fatto di non aver curato con la dovuta accortezza la scelta del professionista, o una *culpa in vigilando*.

5.5 La responsabilità del professionista/certificatore

Una responsabilità del professionista, nell'ambito dell'assistenza fiscale, può derivare dalla violazione delle norme, precedentemente citate, che riguardano le funzioni svolte dagli intermediari abilitati alla trasmissione telematica delle dichiarazioni. L'art. 39 del D.lgs. 9 luglio 1997, n. 241, come modificato dal D.lgs. 24 settembre 2015, n. 158, stabilisce la seguente disciplina sanzionatoria:

- per il rilascio di un *“visto leggero”*, o di una asseverazione, infedele si applica la sanzione amministrativa da euro 258 ad euro 2.582; *“(…) In caso di ripetute violazioni commesse successivamente al periodo di sospensione, è disposta l'inibizione dalla facoltà di rilasciare il visto di conformità e l'asseverazione. Si considera violazione particolarmente grave il mancato pagamento della suddetta sanzione”*;
- per il rilascio di un *“visto pesante”* infedele si applica la sanzione amministrativa da euro 516 ad euro 5.165; *“(…) In caso di accertamento di tre distinte violazioni commesse nel corso di un biennio, è disposta la sospensione dalla facoltà di rilasciare la certificazione tributaria per un periodo da uno a tre anni. La medesima facoltà è inibita in caso di accertamento di ulteriori violazioni ovvero di violazioni di particolare gravità; si considera violazione particolarmente grave il mancato pagamento della suddetta sanzione”*.

L'art. 7-bis del D.lgs. n. 9 luglio 1997, n. 241 prevede una specifica sanzione per le violazioni delle norme relative alla trasmissione telematica delle dichiarazioni fiscali: il professionista che abbia ricevuto da un contribuente l'incarico di procedere alla trasmissione telematica di una dichiarazione e che non vi provveda entro i termini previsti dalla legge (rendendosi così responsabile della violazione di omessa o tardiva trasmissione) è soggetto a sanzione amministrativa, inoltre, in caso di gravi e ripetute violazioni, l'Amministrazione Finanziaria può disporre la revoca dell'abilitazione al servizio telematico (art. 3, 4° comma, D.P.R. 22 luglio 1998, n. 322)⁵⁶.

⁵⁶ D. Marinelli – E. Bardelli, *op. cit.*, p. 33.

5.6 Le cause di non punibilità

Nel richiamato processo di “personalizzazione” del sistema sanzionatorio si inserisce la necessità di prevedere, così come nel sistema penale, specifiche cause di “non punibilità”, ossia di ipotesi specifiche che escludono la responsabilità per mancanza dell’elemento soggettivo. Tali fattispecie sono indicate nell’art. 6 del D.lgs. 18 dicembre 1997, n. 472 e si tratta in particolare di:

- 1) errore non determinato da colpa;
- 2) obiettiva condizione di incertezza della portata della norma nonché dell’indeterminatezza delle richieste di informazione o dei modelli per la dichiarazione e per il pagamento;
- 3) mancato pagamento per fatto denunciato all’Autorità Giudiziaria e addebitabile esclusivamente a terzi;
- 4) ignoranza inevitabile della legge tributaria;
- 5) forza maggiore;
- 6) violazioni meramente formali quando sussistono determinate condizioni.

In tali circostanze si esclude la presenza della colpa, che costituisce l’elemento minimo affinché la violazione possa essere addebitabile al soggetto che l’ha commessa.

1) Nel primo caso si pone in essere una condotta ritenuta corretta in relazione alla situazione fattuale conosciuta e conoscibile (naturalmente laddove vi sia conoscibilità secondo i criteri dell’ordinaria diligenza, il mancato attivarsi del soggetto supera la scriminante *de quo* e rende quest’ultimo responsabile dell’esito della sua azione)⁵⁷.

2) Tale ipotesi si verifica quando sussiste una carenza di prassi e di giurisprudenza oppure in presenza di giurisprudenza discordante, che determina un’inevitabile incertezza su contenuto, oggetto e destinatari della norma.

3) La terza causa di non punibilità si ha quando il contribuente, il sostituto o il responsabile “*dimostrino che il pagamento del tributo non è stato eseguito per fatto denunciato all’autorità giudiziaria e addebitabile esclusivamente a terzi*”. Questo potrebbe essere il caso in cui il contribuente dia incarico al professionista del pagamento di un’imposta e l’incaricato ometta di farlo⁵⁸. Pare però che anche in questo caso la causa di non punibilità possa trovare applicazione solo laddove il contribuente si sia comportato secondo criteri di ordinaria diligenza nello scegliere la persona alla quale affidare gli incarichi; ove invece vi fosse stata una *culpa in eligendo* o una *culpa in vigilando*, si ritiene che sia inapplicabile. Al fine di garantire che non vi siano accordi tra il contribuente e il terzo, in frode al fisco, il legislatore ha comunque previsto che il mancato pagamento del tributo affidato al terzo non è punibile quando sia ad esso esclusivamente addebitabile, ma nel solo caso di fatto denunciato

⁵⁷ B. Santamaria, *op. cit.*, pp. 291 - 292.

⁵⁸ F. Tesauro, *op. cit.*, p. 176.

all’Autorità Giudiziaria. Tale denuncia è perciò presupposto necessario dell’applicazione della disposizione in oggetto, senza tuttavia che si chieda a tal fine che il terzo abbia subito per tale fatto una condanna. La scelta ha evidenti esigenze di anticipare temporalmente la tutela del contribuente che non potrebbe certo attendere l’esito di un giudizio penale a carico del terzo.

4) L’ignoranza inevitabile della legge tributaria corrisponde al principio fissato in materia dall’art. 5 c.p. (“*ignorantia legis non excusat*”), così come interpretato dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 364 del 24 marzo 1988. Si tratterebbe, perciò, di casi limite in cui il contribuente deve dimostrare di aver fatto tutto il possibile per conoscere ed uniformarsi alla norma di legge e, nonostante ciò, non vi è riuscito. Anche in questo caso la causa di non punibilità illustrata non è applicabile, per l’incompatibilità, alle persone fisiche che hanno agito per società o enti con personalità giudica, in quanto ne risponde direttamente l’ente (art. 7 del D.l. 30 settembre 2003, n. 269).

5) Un’ulteriore causa di non punibilità riguarda il fatto commesso per forza maggiore. Come è noto, derivando il principio dalla disciplina penalistica (art. 45 c.p.), deve trattarsi di fatto commesso in quanto proveniente da una forza esterna che induce in modo necessario ed inevitabile il soggetto a quel comportamento. La casistica in merito non è molto ampia, ma si può prendere ad esempio il caso, nell’ultimo giorno utile per effettuare il versamento, dello sciopero dell’ufficio presso cui è possibile pagare l’imposta⁵⁹.

6) Al citato art. 6 del D.lgs. 18 dicembre 1997, n. 472 è stato aggiunto, successivamente, il comma 5-bis (introdotto dall’art. 7, 1° comma, lett. a), D.lgs. 26 gennaio 2001, n. 53) il quale dispone la non punibilità delle violazioni che “*non arrecano pregiudizio all’esercizio delle azioni di controllo e non incidono sulla determinazione della base imponibile, dell’imposta e del versamento del tributo*”.

Infine, sussistono altre due esimenti che sono espressione del principio della *tutela dell’affidamento e della buona fede* del contribuente, previsto dall’art. 10 dello “*Statuto del contribuente*” (L. 27 luglio 2000, n. 212), il quale stabilisce che non è soggetto a punizione colui che:

- si sia conformato ad indicazioni contenute in atti dell’Amministrazione Finanziaria, anche se successivamente modificati; oppure abbia commesso la violazione a causa di ritardi, omissioni o errori attribuiti all’Amministrazione stessa;
- che abbia compiuto una violazione in quanto la portata e l’ambito di applicazione della norma tributaria sono incerte; oppure nel caso di “*una mera violazione formale senza alcun debito di imposta*”.

⁵⁹ B. Santamaria, *op. cit.*, p. 294.

5.7 La diligenza e la responsabilità connessa alla verifica dei dati forniti dal cliente ai fini fiscali

Secondo un recente orientamento giurisprudenziale l'adempimento delle prestazioni del commercialista in tale ambito sono qualificabili come obbligazioni di "risultato". Al prestatore d'opera è richiesta, oltre all'esecuzione della prestazione in modo diligente, anche la realizzazione di un *opus*, ossia che venga soddisfatto l'interesse che ha indotto il cliente a rivolgersi al professionista. L'attività di consulenza, infatti, consiste nel rendere al cliente dei pareri volti a stabilire quale sia il trattamento economico più conveniente dal punto di vista fiscale, oppure ad individuare le norme adatte ad una determinata fattispecie e le modalità di osservazione delle stesse. In questo caso è dovere del professionista guidare il cliente nella scelta della condotta da tenere nel caso concreto, fornendogli le informazioni necessarie e rappresentando la situazione in termini fedeli: il "risultato" perseguito è quello di far conseguire al cliente il trattamento più favorevole⁶⁰. Così, la qualifica di obbligazione di mezzi è parsa inadeguata alla prestazione di attività di consulenza fiscale/tributaria, nonché alla compilazione della dichiarazione dei redditi che, oltre ad essere svolta con diligenza, deve poi risultare corretta, ossia conforme alla normativa fiscale vigente⁶¹.

A tale proposito, risulta degna di nota una fattispecie, oggetto di pronuncia della Corte di Cassazione, nella quale si rileva la responsabilità professionale del commercialista laddove quest'ultimo non provveda a verificare l'esattezza delle informazioni rese dal cliente a fini fiscali, in quanto costituisce una violazione del dovere di diligenza richiesta dalla normativa civile. Nel caso di specie, il contribuente aveva dichiarato costi non documentati, costi non inerenti all'anno al quale si riferiva la dichiarazione dei redditi e, infine, aveva detratto l'Ilor nell'ammontare massimo dell'anno, benché avesse operato in qualità di imprenditore individuale, solo per alcuni mesi dell'anno in questione. A seguito di tali irregolarità fiscali, il commercialista era stato condannato, sia dai giudici di primo grado che in sede di appello, al risarcimento dei danni da responsabilità professionale nei confronti del cliente, per la metà delle sanzioni inflitte dall'Amministrazione Finanziaria competente⁶².

La Suprema Corte, dunque, nel recepire *in toto* l'impianto interpretativo della Corte di appello, con sentenza n. 9916 del 26 aprile 2010, conferma la condanna del professionista *de quo*, per colpa concorrente nella commissione dell'irregolarità e fonda la *ratio decidendi* sulla considerazione che rientra nella sfera della diligenza professionale il suo obbligo di constatare la correttezza delle informazioni rese dal cliente: il commercialista, pertanto, al fine di sottrarsi alla pretesa responsabilità, deve verificare la presenza della documentazione relativa alle diverse voci della dichiarazione dei redditi e, conseguentemente, ha l'obbligo di escludere dalla dichiarazione medesima eventuali costi e oneri sprovvisti di giustificativi oppure non inerenti all'anno al quale si riferisce la dichiarazione stessa.

⁶⁰ P. Mariotti, A. Serpetti, R. Caminiti, *op. cit.*, pp. 283- 287.

⁶¹ C. Cavajoni, *La responsabilità del professionista intellettuale tra contratto e fatto illecito*, in *Resp. civ. prev.*, fasc.1, 2013, pag. 0304B.

⁶² Cass. Civ., Sez. III, 26 aprile 2010, n. 9916, M. Denaro, in *FiscoOggi*, rivista telematica 2010, disponibile su www.fiscooggi.it.

Le conseguenze negative dell'errore del professionista potrebbero trovare parziale rimedio nell'art. 1227, 2° comma, c.c., secondo cui il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando la diligenza ordinaria (ad esempio, la somma da risarcire al cliente può non essere individuata nell'intero importo delle sanzioni fiscali di cui all'accertamento, nel momento in cui il cliente medesimo avrebbe potuto presentare domanda di condono, limitando così il danno)⁶³.

È opportuno puntualizzare che, sulla questione in esame, anche in altre occasioni successive i giudici di legittimità si sono espressi in senso favorevole al contribuente, ponendo in evidenza come la condotta del professionista debba rispettare gli obblighi di correttezza e di lealtà professionale previsti dalla legge: *“Il commercialista incaricato della compilazione della dichiarazione dei redditi è tenuto a redigere le dichiarazioni in base alle regole che presiedono alla corretta denuncia dei redditi del singolo dichiarante”*⁶⁴. Nel caso di specie, la Corte ha confermato la condanna al risarcimento dei danni per il professionista che aveva sbagliato nell'imputare a reddito d'impresa familiare i proventi di una società di fatto, in quanto i giudici di merito avevano accertato che il commercialista non aveva adempiuto all'assolvimento dell'incarico di predisporre le dichiarazioni dei redditi dei clienti con la diligenza espressamente prevista dall'art. 1176 c.c. e la perizia che si richiedono al professionista nell'espletamento dell'incarico ricevuto⁶⁵.

5.8 La responsabilità derivante dall'assistenza davanti alle Commissioni Tributarie e il danno da perdita di “chance”

Nella sfera dell'attività professionale del commercialista connessa all'assistenza tecnica nei giudizi dinanzi alle Commissioni Tributarie, esaminando la casistica giurisprudenziale, si osserva che le condotte negligenti riguardano prevalentemente omissioni di attività che costituiscono oggetto di incarico da parte del cliente:

- 1) redazione di ricorso dinanzi alla Commissione Tributaria priva della formulazione dei motivi di impugnazione e proposizione dello stesso oltre il termine di legge⁶⁶;
- 2) inaccurata analisi della documentazione ricevuta dal cliente con conseguente colpevole decadenza dei termini per proporre opposizione avverso gli atti dell'Amministrazione Finanziaria⁶⁷;
- 3) omessa proposizione nei termini di opposizione avverso un avviso di irrogazione di una sanzione pecuniaria⁶⁸;

⁶³ G. Musolino, *La Responsabilità del commercialista*, cit., p. 1139B.

⁶⁴ Cass. Civ., Sez. III, 18 aprile 2011, n. 8860, in *Diritto e Giustizia online* 2011, 27 aprile (nota di: Di Giacomo).

⁶⁵ P. Mariotti, A. Serpetti, R. Caminiti, *op. cit.*, pp. 290 – 291.

⁶⁶ Cass. Civ., Sez. II, 22 novembre 2004, n. 22026, in banca dati *DeJure*, Giuffrè, disponibile su www.iusexplorer.it.

⁶⁷ Cass. Civ., Sez. III, 9 giugno 2004, n. 10966, in banca dati *DeJure*, Giuffrè, disponibile su www.iusexplorer.it.

⁶⁸ Cass. Civ., Sez. III, 5 giugno 1996, n. 5264, in banca dati *DeJure*, Giuffrè, disponibile su www.iusexplorer.it.

- 4) omessa tempestiva comunicazione della notificazione di due avvisi di maggior valore finale rispetto alla relativa dichiarazione fiscale, con conseguente impossibilità di proporre impugnazione⁶⁹.

In particolare quest'ultima sentenza richiamata riguarda il caso di un commercialista che si era reso responsabile, nei confronti di due società/clienti, di tardiva comunicazione dell'avvenuta notificazione di avvisi di accertamento (del maggior valore finale di un fondo, di cui le società erano proprietarie, rispetto all'effettuata dichiarazione fiscale) e della conseguente impossibilità di proporre avverso gli stessi rituale impugnazione (della quale era certo il buon esito stante i vizi di forma e di merito deducibili). In questa circostanza la Suprema Corte, rilevando gli estremi di una colpa del professionista per procurata perdita di "chance", ha stabilito che: *"In tema di responsabilità professionale (nella specie di un dottore commercialista), la negligenza del professionista che abbia causato al cliente la perdita della chance di intraprendere o di proseguire una lite in sede giudiziaria, determina un danno per il quale non può, di regola, porsi alcun problema di accertamento sotto il profilo dell'an – una volta accertato l'inadempimento contrattuale sotto il profilo della ragionevole probabilità che la situazione lamentata avrebbe subito, per il cliente, una diversa e più favorevole evoluzione con l'uso dell'ordinaria diligenza professionale – ma solo, eventualmente, sotto quello del quantum, dovendo tale danno liquidarsi in ragione di un criterio prognostico basato sulle concrete e ragionevoli possibilità di risultati utili, ed assumendo, come parametro di valutazione, il vantaggio economico complessivamente realizzabile dal danneggiato diminuito di un coefficiente di riduzione proporzionato al grado di possibilità della situazione giuridica dedotta, ovvero ricorrendo a criteri equitativi ex art. 1226 c.c."*⁷⁰.

Sul tema è possibile affermare che, negli ultimi anni, si è verificata un'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale che ha delineato il "danno da perdita di chance" come un'ulteriore fattispecie di danno che ha acquisito una propria autonomia rispetto al danno emergente, in quanto costituisce, per il soggetto danneggiato, la perdita di un'occasione favorevole di conseguire un risultato vantaggioso. La chance è, dunque, un'entità patrimoniale a sé stante, giuridicamente ed economicamente suscettibile di autonoma valutazione e la perdita della stessa è fonte di tutela risarcitoria. Tale tipologia di danno è risarcibile a condizione che il danneggiato dimostri - anche in via presuntiva, ma pur sempre sulla base di circostanze di fatto certe e puntualmente allegate - la sussistenza di un valido elemento causale tra il fatto e la ragionevole probabilità della verifica futura del danno.

La stessa Corte di Cassazione sul tema ha specificato che: *"Posto che la chance è un'entità patrimoniale, giuridicamente ed economicamente suscettibile di autonoma valutazione, la sua perdita configura un danno attuale e risarcibile (consistente non in un lucro cessante, bensì nel danno emergente da perdita di possibilità attuale)* ed ha aggiunto successivamente che "ai

⁶⁹ Cass. Civ., Sez. II, 13 dicembre 2001, n. 15759, in banca dati *DeJure*, Giuffrè, disponibile su www.iusexplorer.it.

⁷⁰ F. Martini, A. Mazzucchelli, M. Rodolfi, E. Vivori, *op. cit.*, pp. 246 – 249; Cass. Civ., Sez. II, 13 dicembre 2001, n. 15759, in banca dati *De Jure*, Giuffrè, disponibile su www.iusexplorer.it.

fini del risarcimento dei danni derivanti dalla perdita di chance, (...) è necessario fornire la prova, sebbene in modo presuntivo o secondo un calcolo di probabilità, della realizzazione in concreto di alcuni dei presupposti per il raggiungimento del risultato sperato e precluso dalla condotta illecita di cui il danno risarcibile deve essere immediata e diretta conseguenza”⁷¹.

Il danno da “*perdita di chance*” può assumere le caratteristiche sia di danno patrimoniale che di danno non patrimoniale e a ciò consegue che si applicano differenti discipline circa la relativa prova e i criteri per la valutazione e la liquidazione del danno risarcibile:

- se è riconducibile all’alveo del danno patrimoniale, in base dell’art. 1226 c.c. esso va accertato “nel suo preciso ammontare” e il giudice, ai fini della liquidazione, dovrà analizzare tutte le allegazioni proposte dalle parti, sia pure facendo ricorso alla sua prudente discrezionalità. La liquidazione equitativa del danno patrimoniale, ai sensi degli artt. 2056 e 1226 c.c., richiede comunque la prova, anche presuntiva, circa la certezza della sua reale esistenza, prova in difetto della quale non vi è spazio per alcuna forma di attribuzione patrimoniale;
- se invece presenta i caratteri del danno non patrimoniale, esso è liquidabile nei soli casi previsti dalla legge ordinaria o nei casi di lesione di valori della persona umana costituzionalmente protetti e la liquidazione del danno sarà risarcibile con valutazione equitativa in base al combinato disposto di cui agli artt. 2043 e 2059 c.c.

Infine nell’ipotesi di azione risarcitoria a seguito di responsabilità professionale del commercialista per la non corretta tenuta della contabilità e per la mancata impugnazione di un accertamento fiscale, la giurisprudenza di legittimità ha affermato che: “*la responsabilità del commercialista nei confronti del proprio cliente per negligente svolgimento dell’attività professionale presuppone la prova del danno e del nesso causale fra la condotta del professionista e il pregiudizio del cliente e, in particolare, nel caso di mancata presentazione di un ricorso fiscale, implica una valutazione prognostica positiva circa il probabile esito favorevole del ricorso, che avrebbe dovuto essere proposto e diligentemente seguito*”⁷². Nella medesima sentenza i giudici di legittimità hanno stabilito che, in relazione al primo punto, la mera domiciliazione della documentazione contabile non dimostra da sola l’esistenza di un rapporto d’opera professionale; in relazione al secondo punto, il cliente deve necessariamente dimostrare i vizi dell’accertamento fiscale e le connesse probabilità di successo del ricorso, ossia che molto probabilmente avrebbe ottenuto il risultato desiderato, nel caso in cui non vi fosse stato l’inadempimento del professionista⁷³.

⁷¹ Cass. Civ., Sez. III, 20 agosto 2015, n. 17016; Cass. Civ., Sez. III, 21 luglio 2003, n. 11322; Cass. Civ. Sez. I, 8 novembre 2011, n. 23240, in banca dati *De Jure*, Giuffrè, disponibile su www.iusexplorer.it.

⁷² Cass. Civ., Sez. III 26 aprile 2010, n. 9917, in banca dati *DeJure*, disponibile su www.iusexplorer.it; G. Musolino, *op. cit.*, p. 662.

⁷³ G. Musolino, *La Responsabilità del commercialista, cit.*, p. 1139B.

6. L'assicurazione della responsabilità civile professionale

L'obbligo di stipulare un'adeguata polizza di assicurazione per i danni derivanti dall'esercizio dell'attività professionale è previsto per coloro che esercitano una professione regolamentata, in base a quanto stabilito dall'art. 5, D.P.R. 7 agosto 2012, n. 137 (recante "*Della Riforma delle Professioni*") che ha attuato l'art. 3, 5° comma, lett. e), D.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito con modificazioni dalla L. 14 settembre 2011, n. 148, che stabilisce: "*a tutela del cliente, il professionista è tenuto a stipulare idonea assicurazione per i rischi derivanti dall'esercizio dell'attività professionale*". Il contratto di assicurazione, quindi, copre le responsabilità in caso di inadempienza, negligenza, imprudenza o imperizia ascrivibile al professionista, mentre non copre, di per sé, anche l'attività, prestata dall'assicurato, che non rientri nell'ambito delle funzioni tipiche della categoria libero-professionale di cui l'assicurato stesso fa parte.

A tale proposito è necessario precisarsi che:

- nelle attività coperte da assicurazione devono rientrare anche la custodia di documenti e di valori ricevuti dal cliente;
- il professionista deve rendere noto al cliente medesimo gli estremi della polizza e il massimale dell'assicurazione già al momento dell'assunzione dell'incarico, aggiornandolo sulle eventuali variazioni che vengano apportate successivamente (tale principio è contenuto anche nell'art. 13 del nuovo Codice Deontologico dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili);
- le condizioni generali delle polizze assicurative possono essere negoziate, in convenzione con i propri iscritti, dai Consigli Nazionali e dagli enti previdenziali dei professionisti;
- la violazione delle disposizioni sulla copertura assicurativa e dell'obbligo dell'informazione al cliente circa l'assicurazione professionale costituiscono illecito disciplinare che sarà valutato dall'Ordine professionale di competenza⁷⁴.

Il contratto di assicurazione della responsabilità civile del professionista può, poi, contenere le cosiddette clausole *claims made*, che garantiscono la copertura assicurativa in tutti i casi in cui la domanda di risarcimento dei danni sia proposta contro l'assicurato nel periodo di validità/efficacia della polizza, pur se il comportamento illecito da cui deriva la responsabilità si sia verificato prima della stipulazione del contratto. Ciò significa che ai fini della copertura assicurativa la condotta o l'evento di danno non devono necessariamente avvenire durante il periodo di efficacia del contratto, rilevando unicamente, ai fini dell'operatività, il momento in cui perviene all'assicurato la richiesta di risarcimento, che deve verificarsi durante il tempo dell'assicurazione⁷⁵. La giurisprudenza di legittimità ha ritenuto valide tali clausole, enunciando il principio per cui i contratti di assicurazione che le contengono non rientrano nella fattispecie tipica di cui all'art. 1917 c.c., ma configurano contratti atipici, meritevoli di

⁷⁴ G. Musolino, *Contratto d'opera professionale*, artt. 2229 – 2238, in *Comm. c.c. Schlesinger – Busnelli*, op. cit., pp. 486 – 487.

⁷⁵ Nota di L. Locatelli a Cass. Civ., Sez. III, 17 febbraio 2014, n. 3622, *Clausole claims made, rischio e successione di polizze*, in *Resp. civ. prev.*, fasc. 3, 2014, p. 830.

tutela ai sensi dell'art. 1322 c.c. A tale riguardo, si pronuncia la Suprema Corte che con sentenza n. 3622 del 17 febbraio 2014, ha cassato la decisione dei giudici di appello, con la quale avevano negato l'efficacia della clausola contrattuale nell'ambito di un'azione risarcitoria proposta nei confronti di un commercialista per errori ed inadempimenti nella compilazione delle dichiarazioni IVA, che avevano causato la perdita del credito di imposta all'impresa sua cliente e sulla questione ha precisato che: *“In tema di assicurazione per responsabilità professionale, la clausola claim made prevede il possibile sfasamento fra prestazione dell'assicuratore (obbligo di indennizzo in relazione all'alea del verificarsi di determinati eventi) e controprestazione dell'assicurato (pagamento del premio), nel senso che possono risultare coperti da assicurazione anche comportamenti dell'assicurato anteriori alla data della conclusione del contratto, qualora la domanda di risarcimento del danno sia per la prima volta proposta dopo tale data. L'estensione della copertura ai comportamenti anteriori alla stipulazione della polizza, infatti, è frutto di una precisa scelta dell'assicuratore, che di sua iniziativa inserisce la clausola fra le condizioni generali di contratto (presumibilmente a fini promozionali), sulla base di una consapevole valutazione dei rischi, che peraltro vengono sapientemente circoscritti tramite altre disposizioni. Quanto all'alea, essa concerne non la possibilità che l'assicurato tenga comportamenti colposi, ma che li abbia commessi in passato, pur non essendo ancora a conoscenza della loro illiceità o idoneità a produrre danno”*⁷⁶.

In riferimento alla copertura dell'assicurazione professionale, ipotesi particolari che possono generare profili di incertezza, sempre rimanendo nell'ambito dell'attività svolta dal commercialista, riguardano le funzioni da quest'ultimo esercitate per incarico ricevuto dall'Autorità Giudiziaria, aventi carattere pubblico e che la giurisprudenza di merito ha spesso escluso dalla garanzia assicurativa, riferita in generale alla sua attività libero-professionale. Ciò è accaduto, recentemente, ad un commercialista che, in veste di curatore fallimentare, aveva citato in giudizio la propria assicurazione della responsabilità civile professionale, per ottenere dalla stessa la corresponsione delle somme versate a titolo di risarcimento del danno cagionato alla procedura concorsuale nell'espletamento della sua attività di ausiliario di giustizia. I giudici di merito investiti della causa, sia in primo che in secondo grado, avevano rigettato la richiesta avanzata dal professionista per aver ritenuto non compresa nella summenzionata assicurazione l'attività di curatore fallimentare, per il suo carattere pubblico e di natura giudiziale. Sulla questione, poi, è intervenuta la Corte di Cassazione che, con sentenza n. 12872 del 22 giugno 2015, ha enunciato il seguente principio di diritto: *“Qualora il curatore fallimentare, commercialista, sia responsabile, ai sensi del combinato disposto della L. Fall., art. 38, comma 1, ed art. 2043 c.c., del risarcimento di un danno ingiusto cagionato nell'espletamento della sua attività di ausiliario di giustizia, l'assicuratore della responsabilità civile per la sua attività professionale deve tenerlo indenne (salvo che il rischio sia espressamente escluso dal contratto), atteso che l'attività di curatore fallimentare rientra tra le possibili attività professionali specificamente previste per i commercialisti dalla*

⁷⁶ Cass. Civ., Sez. III, 17 febbraio 2014, n. 3622; nello stesso senso Cass. Civ., Sez. III, 25 marzo 2005, n. 5624, in banca dati *DeJure*, disponibile su www.iusexplorer.it.

legge, in quanto il professionista intellettuale non esaurisce la sua attività professionale nell'ambito tratteggiato dalle disposizioni codicistiche (artt. 2227 e 2230 c.c.) relative al contratto di prestazione d'opera intellettuale, ma continua a restare un professionista privato anche quando nell'ambito di tale attività espleta un incarico giudiziario (curatore fallimentare, notaio delegato allo scioglimento delle divisioni, consulente tecnico d'ufficio), in relazione al quale svolge pubblici poteri⁷⁷.

⁷⁷ Cass. Civ., Sez. III, 22 giugno 2015, n. 12872; nello stesso senso, Cass. Civ., Sez. III, 15 luglio 2005, n. 15030, successivamente confermata da Cass. Civ., Sez. III, 30 gennaio 2009, n. 2460, in banca dati *DeJure*, disponibile su www.iusexplorer.it.