

ROCCO FAVALE*

La responsabilità professionale del dottore commercialista

Sommario: 1. La professione di dottore commercialista e il contratto professionale. – 2. La prestazione del commercialista. – 3. Inadempimento e responsabilità professionale del commercialista. – 4. La responsabilità professionale per i ricorsi tributari. – 5. L'assicurazione della responsabilità civile del commercialista.

1. La professione di dottore commercialista e il contratto professionale

Le attività svolte dai dottori commercialisti e dagli esperti contabili (i vecchi ragionieri)¹ sono disciplinate dal d.lgs. 28 giugno 2005, n. 139, emanato in attuazione della l. delega 24 febbraio 2005, n. 34², per l'istituzione dell'Ordine dei dottori commercialisti e degli esperti contabili³.

Dal 1° gennaio 2008 gli Ordini dei dottori commercialisti ed i collegi dei ragionieri e periti commerciali istituiti in un circondario di tribunale sono soppressi. Nello stesso circondario di tribunale viene istituito l'Ordine territoriale dei dottori commercialisti e degli esperti contabili nonché l'albo unico (artt. 58 e 61 d.lgs. n. 139 del 2005). La normativa ha

* Professore Ordinario di Diritto privato comparato presso la Scuola di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Camerino.

¹ G. CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, Milano, 1958, p. 389, discorre di professione «piuttosto recente» rispetto alle altre professioni. Soltanto col D.P.R. 27 ottobre 1953, n. 1067, v'è stato il riconoscimento legale del titolo di dottore commercialista.

² Per un primo commento, v. A. MARI, *L'istituzione dell'ordine dei dottori commercialisti e degli esperti contabili (commento alla l. 24 febbraio 2005, n. 34)*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, p. 813 ss.

³ Sulla figura del commercialista in generale: V. BELLINI, *Dottore commercialista*, in *Noviss. dig. it., Appendice*, III, Torino, 1982, p. 189 ss.; S. PIRAINO, *Dottore commercialista*, in *Dig. disc. pubbl.*, V, Torino, 1990, p. 335 ss.; G. PIGNATARO, *Le responsabilità del dottore commercialista*, in *Professioni e responsabilità civile* diretto da P. Stanzone e S. Sica, Bologna, 2007, p. 343 ss.

lasciato inalterati i requisiti di accesso alle due categorie di professionisti⁴, tanto che la S. Corte ha deciso che «l'istituzione del nuovo ordine territoriale dei dottori commercialisti e degli esperti contabili e la costituzione dell'albo unico, sulla base degli art. 58 e 61 del d.lg. 28 giugno 2005 n. 139, non hanno eliminato le differenze dei requisiti di accesso all'una ed all'altra categoria con la conseguenza, tra l'altro, che colui il quale alla data del 31 dicembre 2007, risultasse iscritto nel soppresso albo dei ragionieri e periti commerciali, pur venendo collocato, ai sensi del comma 4 dell'art. 61 del d.lg. n. 139 del 2005, nella Sezione "A Commercialisti" del nuovo albo unico, non può per ciò solo avvalersi del titolo di dottore commercialista in ragione del possesso di una laurea specialistica astrattamente idonea, senza aver superato il relativo esame di Stato per l'abilitazione all'esercizio della professione»⁵.

Per quanto riguarda la figura del revisore contabile, questa non rappresenta più un profilo professionale del commercialista, ma, a seguito del d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 39, costituisce una figura autonoma con albo autonomo nonché tirocinio e accesso separati⁶.

⁴ TAR Umbria, 10 novembre 2006, n. 556, in *Giur. merito*, 2007, p. 1458, precisa che «ai sensi degli artt. 58 e 59, d.lg. 28 giugno 2005, n. 139, l'unificazione dell'ordine dei dottori commercialisti e del collegio dei ragionieri, con i rispettivi organi locali e nazionali, nonché i rispettivi albi professionali, avrà effetto solo a partire dall'1 gennaio 2008 ma fino al 31 dicembre 2016 dottori commercialisti e ragionieri commercialisti, pur essendo iscritti all'unico albo e pur avendo eguale competenze professionali, continueranno a costituire le due distinte categorie, ciascuna delle quali procederà separatamente all'elezione degli organi istituzionali».

⁵ Così, Cass., 26 febbraio 2013, n. 4796, in *Iusexplorer online*. Sulle ripercussioni del nuovo riassetto in seno al problema della composizione del collegio dei revisori previsto dall'art. 234 Testo unico degli enti locali, v. TAR Umbria, 10 novembre 2006, n. 556, in *Giur. merito*, 2007, p. 1458, con nota di D. LAMANNA DI SALVO e G. RAIMONDO, *Dottori commercialisti e ragionieri tra differenze ed omogeneità*, secondo cui «è legittima la delibera del Consiglio comunale con la quale, in via di autotutela, viene annullata la precedente deliberazione afferente l'elezione dei membri del collegio di revisione economico-finanziaria in occasione della quale risultavano eletti un professionista iscritto al registro dei revisori contabili e due dottori commercialisti, mentre l'art. 234 t.u. prescrive che i tre componenti siano rispettivamente: il primo iscritto al registro dei revisori contabili, il secondo iscritto all'albo dei commercialisti e il terzo iscritto all'albo dei ragionieri. Tale disposizione non può ritenersi tacitamente modificata dal sopravvenuto d.lg. n. 139/2005 che ha riformato l'ordinamento professionale dei dottori commercialisti e degli esperti contabili ed unificato le figure professionali del dottore commercialista e del ragioniere. L'art. 234 TUEL, nella parte in cui riserva a ciascuna delle due categorie professionali un posto nel collegio di revisione dell'ente locale, non si può dire che sia divenuto privo di senso o comunque insuscettibile di avere applicazione pratica. Al contrario, si direbbe che la stessa *ratio* che porta a riservare ai ragionieri una certa aliquota di posti nei consigli territoriali dell'ordine unificato può essere invocata per giustificare un'analoga riserva di posti nel collegio di revisione dell'ente locale. Sino a che, naturalmente, il legislatore non ritenga di intervenire per modificare l'art. 234». Tuttavia, Cons. Stato, 26 maggio 2014, n. 2676, in *Iusexplorer online*, precisa che «ai sensi degli artt. 16 comma 25, d.l. 13 agosto 2011 n. 138, convertito dalla l. 14 settembre 2011, n. 148, e 234 e ss. t.u. 18 agosto 2000 n. 267, è legittimo il decreto del Ministero dell'interno 15 febbraio 2012 n. 23 nella parte in cui consente l'inserimento nell'elenco dei revisori dei conti degli enti locali anche dei soggetti iscritti all'Albo dei dottori commercialisti ed esperti contabili, che non siano contemporaneamente iscritti nel registro dei revisori contabili».

⁶ Precisamente, Cons. Stato, Atti norm., 28 marzo 2012, n. 285, in *Foro amm.*, *CdS*, 2012, p. 741 s., declama che «in ordine alla questione del rapporto tra la professione di dottore commercialista e quella di revisore con-

L'oggetto della professione di commercialista è fissato dal d.lgs. n. 139/2005 (art. 1), che richiama diverse tipologie di attività, fra le quali: l'amministrazione, la custodia e la liquidazione delle aziende, le valutazioni, le perizie e i pareri, la tenuta della contabilità, la formazione del bilancio, le revisioni contabili, le operazioni societarie, la consulenza contrattuale ed economico-finanziaria, l'assistenza nelle procedure concorsuali, l'assistenza, la rappresentanza e la consulenza tributaria, l'attività di sindaco di società⁷.

Nell'ipotesi di esercizio abusivo della professione la norma contenuta nell'art. 2231 c.c. prevede che il professionista abusivo non ha alcuna azione per il pagamento del compenso⁸.

La norma appena citata nel comminare la *denegatio actionis* rifletterebbe sul piano civilistico il reato di esercizio abusivo della professione, così come stabilito dall'art. 348 c.p. La prestazione professionale eseguita da un soggetto non iscritto all'albo sarebbe soggetta sia alla sanzione penale di cui all'art. 348 c.p., sia alla sanzione civile sancita dall'art. 2231, comma 1, c.c.⁹.

Secondo una prima lettura del disposto civilistico, al dovere negativo di non esercitare abusivamente la professione si giustappone «un altro dovere, non escluso da esso, e quindi con esso coesistente, che è quello, incumbente a tutti coloro a cui favore si è svolta

tabile va osservato che prima della riforma, operata con decreto legislativo 27 gennaio 2010, n. 39 la funzione di revisore non era un titolo professionale a se stante, ma un profilo interno alla funzione-professione di dottore commercialista, mentre ora, sulla base dell'art. 2, comma 6, della legge delegata rappresenta un titolo professionale vero e proprio; pertanto, alla luce della su richiamata normativa, si configurano due distinte professioni, dottore commercialista e revisore contabile, con effetti precisi ai fini della gestione degli Albi (separati) e del tirocinio, degli esami di accesso e delle strade delle due professioni».

⁷ Sulle attività dei commercialisti, cfr. S. PIRAINO, *Dottore commercialista*, cit., p. 335; G. PIGNATARO, *Le responsabilità del dottore commercialista*, cit., p. 346;

⁸ Secondo A. PERULLI, *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera e professioni intellettuali*, in *Tratt. dir. civ. e comm.* Cicu e Messineo, continuato da L. Mengoni, Milano, 1996, p. 700, la norma civilistica costituisce «un esempio di collegamento tra nullità e rilevanza pubblica del destinatario del divieto».

⁹ secondo una dottrina isolata, le due norme vengono in applicazione in presenza di presupposti diversi: la norma civile colpisce la condotta del soggetto che pur avendo conseguito l'abilitazione eserciti la professione senza aver regolarizzato la propria iscrizione; la norma penale, invece, pulisce il soggetto che eserciti l'attività professionale in assenza di abilitazione. Così «commette un reato, [...] il laureato che, senza aver conseguito la prescritta abilitazione, utilizza abusivamente il titolo. Non lo compie, invece, il laureato abilitato, ma non iscritto, al quale si applica esclusivamente, sempre che si tratti di prestazioni esclusive, la regola dell'art. 2231 c.c.». Di conseguenza, «solo le prestazioni compiute senza la prescritta abilitazione ricadono nell'ambito penale, mentre la nullità che affetta le prestazioni compiute da soggetto abilitato ma non iscritto all'albo è soggetta soltanto alla sanzione civilistica della *denegatio actionis*» (A. ALBANESE, *I contratti conclusi con professionisti non iscritti all'albo*, in *Contr. e impr.*, 2006, p. 239).

l'altrui opera, di corrispondere il pattuito compenso della medesima»¹⁰. Da una parte si nega l'azione per il pagamento del compenso al professionista abusivo, dall'altra si qualifica l'obbligo del cliente quale dovere morale e sociale che giustifica il divieto di ripetizione ai sensi dell'art. 2034 c.c.¹¹.

In diversa prospettiva, si pone l'accento sull'«antitesi fra l'apprezzamento negativo che attribuisce la nota dell'antigiuridicità all'opera del professionista non iscritto e quell'ipotetico dovere etico che imporrebbe la retribuzione dell'opera stessa»¹². In siffatto bilanciamento parte della dottrina sostiene l'illiceità della prestazione professionale che porta alla nullità del contratto per illiceità dell'oggetto¹³, oppure nel medesimo solco argomentativo la dottrina sostiene la nullità del contratto per illiceità della causa¹⁴.

Non meno persuasivo è l'orientamento che lega la nullità del contratto stipulato dal professionista abusivo a un difetto di capacità giuridica dello stesso¹⁵. La prestazione in sé sarebbe lecita, soltanto che il fatto della mancata iscrizione del professionista abusivo la rende illecita coinvolgendo il rapporto contrattuale instaurato con il cliente.

Un problema sollevato fin nella *Relazione al codice civile* è quello riguardante il rapporto fra le disposizioni degli artt. 2231 e 2126 c.c.¹⁶. Ritenuta applicabile l'ultima norma anche al lavoro autonomo, in concreto sarebbe risolta negativamente se la prestazione del profes-

¹⁰ Così, A. DE CUPIS, *Sull'obbligazione naturale di retribuire la prestazione del professionista non iscritto all'albo*, in *Giust. civ.*, 1953, p. 180; A. ORENGO, *In tema di prestazione d'opera del professionista non iscritto all'albo*, in *Foro pad.*, 1957, III, c. 13.

¹¹ In questo senso, G. OPPO, *Adempimento e liberalità*, Milano, 1947, p. 235, nota 3, secondo cui «il nuovo codice, negando l'azione per il compenso al professionista non iscritto nell'albo o elenco professionale, nel caso di iscrizione obbligatoria (art. 2231 c.c.), ha creato questa nuova e non dubbia ipotesi di obbligazione naturale».

¹² G. MELFI, *Sulla nullità del contratto d'opera per difetto di titolo professionale*, in *Riv. dir. lav.*, 1952, I, p. 262; su questa scia, A. PERULLI, *Il lavoro autonomo*, cit., p. 710, che esclude l'applicabilità alla fattispecie dell'art. 2035 c.c., «poiché soltanto la prestazione del professionista è illecita, mentre non può dirsi che il cliente versi in una situazione di immoralità; diversamente si potrebbe forse dire qualora il committente, in malafede, si sia rivolto intenzionalmente al professionista non iscritto o radiato ben sapendo di non essere tenuto a pagarlo per l'opera prestata, e poi abbia corrisposto ugualmente il compenso». Già G. CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, cit., p. 33.

¹³ G. CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, cit., p. 31; A. PALAZZO, *Prestazione di opera di professionisti non iscritti all'albo o sospesi o cancellati*, in *Temì*, 1949, p. 301 ss.

¹⁴ F. CARNELUTTI, *Nullità del contratto di patrocinio per difetto del titolo professionale*, in *Riv. dir. proc.*, 1953, I, p. 313 ss.

¹⁵ L. RIVA SANSEVERINO, *Delle professioni intellettuali*, in *Comm. cod. civ.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1943, p. 804 ss.; F. SANTORO PASSARELLI, *Professioni intellettuali*, in *Noviss. dig. it.*, XIV, Torino, 1968, p. 24; G. GIACOBBE, *Professioni intellettuali*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, 1987, p. 1071.

¹⁶ Relazione al codice civile, n. 916: «in caso di difetto di iscrizione, il codice dichiara illecita la prestazione effettuata (art. 2231), in omaggio al principio che già trova corrispondente applicazione nell'art. 2126 in tema di rapporto di lavoro».

sionista abusivo comporti la nullità del relativo contratto per illiceità dell'oggetto o della causa. La tesi del difetto di capacità giuridica si presterebbe a giustificare una soluzione modulare limitata a colpire esclusivamente il singolo atto esecutivo del rapporto¹⁷.

La soluzione più restrittiva ha dalla sua parte l'idea di offrire una più adeguata e opportuna tutela del lavoro¹⁸. In questo senso, la regola dell'art. 2231 c.c. non pare trovare applicazione anche a tutte quelle attività o atti che non presuppongono l'iscrizione all'albo da parte del professionista¹⁹.

Nella diversa ipotesi di contratto concluso da un professionista che nel corso del rapporto subisce la cancellazione della sua iscrizione all'albo, il secondo comma dell'art. 2231 c.c. sancisce la risoluzione del contratto²⁰, salvo il diritto al rimborso delle spese sostenute e al compenso proporzionato alla utilità del lavoro compiuto verso il cliente²¹.

Per quanto concerne il rapporto professionale fra commercialista o esperto contabile e cliente, esso è sottoposto alla disciplina del contratto d'opera intellettuale (art. 2229 ss. c.c.)²². L'oggetto del contratto professionale può riguardare anche prestazioni meccaniche

¹⁷ G. GIACOBBE, *Professioni intellettuali*, cit., p. 1071.

¹⁸ Di recente, F. CAROCCIA, in F. MARINELLI e F. CAROCCIA, *Contratto d'opera e prestazione d'opera intellettuale*, in *Tratt. dir. civ.* CNN diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2013, p. 188 s.

¹⁹ G. SANTORO PASSARELLI, *Lavoro autonomo. I) Diritto del lavoro*, in *Enc. giur.* Treccani, XVIII, Roma, 1990, p. 15. La giurisprudenza distingue ai fini applicativi dell'art. 2231 c.c. le attività professionali che implicano l'iscrizione dalle altre liberamente esercitabili: cfr. Cass., 13 maggio 1968, n. 1474, in *Giust. civ.*, 1968, I, p. 1858; Cass., 8 agosto 1997, n. 7359, in *Rass. forense*, 1998, p. 145; Cass., 19 febbraio 2007, n. 3740, in *Corr. giur.*, 2007, p. 627 ss., con nota di Mariconda. La stessa Corte cost., 27 novembre 1996, n. 418, in *Foro amm.*, 1997, p. 1342, ha ribadito che «al di fuori delle attività comportanti prestazioni che possono essere fornite solo da soggetti iscritti ad albi o provvisti di specifica abilitazione (iscrizione o abilitazione prevista per legge come condizione di esercizio), per tutte le altre attività di professione intellettuale o per tutte le altre prestazioni di assistenza o consulenza (che non si risolvono in una attività di professione protetta ed attribuita in via esclusiva, quale l'assistenza in giudizio), vige il principio generale di libertà di lavoro autonomo o di libertà di impresa di servizi a seconda del contenuto delle prestazioni e della relativa organizzazione».

²⁰ A. PERULLI, *Il lavoro autonomo*, cit., p. 713. Critico, invece, F. CARNELUTTI, *Nullità del contratto di patrocinio per difetto del titolo professionale*, cit., p. 314, secondo cui nel caso v'è nullità successiva del contratto, e qui secondo l'Autore «l'errore è così manifesto da rasentare lo svarione»; nella stessa scia G. CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, cit., p. 33 s. La S. Corte riconosce efficacia retroattiva all'annullamento del provvedimento di cancellazione (Cass., 16 giugno 1956, n. 2125, in *Giust. civ.*, 1957, p. 113).

²¹ L. RIVA SANSEVERINO, *Delle professioni intellettuali*, cit., p. 806.

²² Sulle caratteristiche del contratto, v. F. CAROCCIA, in F. MARINELLI e F. CAROCCIA, *Contratto d'opera e prestazione d'opera intellettuale*, cit., p. 171 ss.; G. MUSOLINO, *Contratto d'opera professionale*, in *Il Cosice Civile. Commentario* diretto da P. Schlesinger continuato da F.D. Busnelli, Milano, 2009, p. 87 ss.

(ad es. operazioni di calcolo), perché ciò non preclude una certa discrezionalità nell'esercizio dell'attività²³.

Il contratto d'opera intellettuale può essere arricchito da obbligazioni accessorie di mandato «sia in quanto connaturali al rapporto principale, sia in quanto comunque compatibili con le obbligazioni caratteristiche di tale tipo contrattuale»²⁴.

Contratto di mandato e contratto d'opera professionale hanno sì ad oggetto una prestazione di *facere*, tuttavia il primo si caratterizza per un'attività diretta al compimento di atti giuridici per conto e nell'interesse del mandante, il secondo per un'attività di cooperazione diretta al compimento di un'opera a favore del committente attraverso la quale trova espressione una competenza specifica²⁵.

La giurisprudenza di legittimità è dell'opinione che «il contratto di mandato e di locazione d'opera si distinguono in relazione al rispettivo oggetto, che nel secondo caso è rappresentato da un'attività di cooperazione (estranea alla sfera negoziale), che si traduce nel compimento di un'opera o di un servizio, materiale od intellettuale, mentre nel primo caso consiste in un'attività qualificata di conclusione di negozi giuridici per conto e nell'interesse del mandante, la quale, tuttavia, può concretarsi anche nel compimento di atti volontari non negoziali aventi rilevanza esterna, diretti alla conclusione ed al regolare adempimento di contratti tra le parti»²⁶. Di conseguenza qualifica mandato l'attività dell'incaricato diretta a

²³ Per Cass., 14 gennaio 2013, n. 730, in *Iusexplorer online*, l'attività svolta dal consulente di parte nell'ambito del processo ha natura squisitamente difensiva, anche se di carattere tecnico, ed è riconducibile al contratto d'opera professionale.

²⁴ Così, Cass., 9 novembre 2012, n. 19503, in *Iusexplorer online*, che nella specie l'obbligazione accessoria di mandato concerneva la restituzione delle somme versate al commercialista, in conseguenza dell'abbandono dell'iniziativa imprenditoriale che ne aveva giustificato la consegna.

²⁵ G. CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, cit., p. 38; da ultimo, P. PERLINGIERI e E. CAPOBIANCO, *Manuale di diritto civile*, 7. ed., Napoli 2014, p. 723, orientano la distinzione sulla cooperazione giuridica del mandato rispetto al compimento di un'attività intellettuale del contratto d'opera intellettuale.

²⁶ Così, Cass., 26 luglio 2005, n. 15607, in *Iusexplorer online*. Secondo Cass., 26 ottobre 2004, n. 20739, in *Giust. civ.*, 2005, I, p. 2075, «il contratto di mandato e di locazione d'opera, pur avendo in comune entrambi un *facere*, si distinguono in relazione al rispettivo oggetto, che nel primo caso è rappresentato da un'attività qualificata di conclusione di negozi giuridici per conto e nell'interesse del mandante, e nel secondo da un'attività di cooperazione (estranea alla sfera negoziale) consistente nel compimento di un'opera o di un servizio, materiale od intellettuale»; in scia a Cass., 30 marzo 1995, n. 3803, in *Mass. Giust. civ.*, 1995, p. 741; Cass., 17 maggio 1993, n. 5582, in *Mass. Giust. civ.*, 1993, p. 879; Cass., 27 marzo 1987, n. 2965, in *Mass. Giust. civ.*, 1987, p. 846 s. I problemi distintivi sono richiamati altresì nel periodo di vigenza del codice di commercio, dove va citata una decisione emessa da Trib. Milano, 16 luglio 1913, in *Dir. comm.*, 1913, p. 673 ss., che esamina e risolve la disputa alla luce anche delle tesi della dottrina citate esplicitamente (da Chironi a Laurent, da Vidari a Baudry e Lacantinerie, da Vivante a Sraffa); ciò in violazione dell'art. 265, comma 2, reg. gen. giudiz. (r.d. 14 dicembre

favorire una transazione su una controversia giudiziale insorta con un terzo a seguito di una compravendita immobiliare.

Ciò non esclude che nel contratto professionale possano inserirsi obbligazioni di mandato, come accade nell'incarico al commercialista di compiere un ricorso tributario. Qui all'attività di assistenza, consulenza e studio della causa si affianca l'attività di rappresentanza processuale sulla base della procura *ad litem*²⁷. Salvo caso concreto, si ha un unico contratto di prestazione d'opera intellettuale che contiene e regola profili di cooperazione gestoria nonché ulteriori prestazioni anche a titolo gratuito (custodia di somme di denaro)²⁸.

2. La prestazione del commercialista

La prestazione professionale del commercialista richiama – allo stesso modo della prestazione d'opera intellettuale in generale – le figure delle obbligazioni di risultato e delle obbligazioni di mezzi²⁹.

Mentre con le prime il debitore deve garantire un risultato oggettivamente determinato, con le altre è tenuto solamente ad un'attività diligente, indipendentemente dalla circostanza se l'attività compiuta realizzi il risultato perseguito dal creditore³⁰.

1865, n. 2641) che vieta al giudice nella compilazione dei motivi della sentenza di «invocare l'autorità degli scrittori legali».

²⁷ Sull'incompatibilità dell'obbligo di rendiconto con il mandato *ad litem* v. Cass., 19 aprile 2010, n. 9264, in *Mass. Giust. civ.*, 2010, p. 562, secondo cui «l'istituto del rendiconto di cui agli art. 1713, comma 1, c.c. e 263 c.p.c. non è compatibile con le peculiarità del mandato *ad litem*. Il mandato, infatti, abilita il difensore a compiere e ricevere nell'interesse della parte stessa - che ha rilasciato il mandato - tutti gli atti del processo, ma l'adempimento dell'obbligazione, da parte del debitore del mandante del procuratore *ad litem*, anche se - per ipotesi - a seguito di giudizio esecutivo, non costituisce "atto del processo". Pertanto, non è compatibile con il rapporto che lega il difensore al proprio cliente l'obbligo del "rendiconto" di cui all'art. 1173, comma 1, c.c., salvo apposita pattuizione con cui sia stato espressamente conferito al difensore anche un mandato *ad negotia* o sussista una autorizzazione, in favore di costui, a riscuotere somme dovute al proprio cliente ed a liberare il debitore».

²⁸ Cass., 9 settembre 2008, n. 22658, in *Guida dir.*, 2008, N. 39, p. 44, secondo cui «la detenzione del denaro da parte del legale per la consegna alla controparte è da ritenere assolutamente funzionale all'incarico professionale di assistenza stragiudiziale, eseguendo l'avvocato tale ulteriore compito per compiacere e appagare i suoi clienti e quindi in vista di una sua convenienza e utilità, sempre dunque nell'ambito degli incarichi ricevuti; e perciò il legale deve rispondere a titolo di deposito oneroso nel caso di furto del denaro».

²⁹ La distinzione di origine tedesca ha suscitato forti entusiasmi fra gli interpreti francesi. Fra tutti, il riferimento è al *Traité des obligations* di René Demogue, nel quale riposa la distinzione fra *obligation de moyens* e *obligation de résultat*: «au lieu de promettre un résultat, on peut être obligé légalement ou conventionnellement de prendre certaines mesures qui normalement sont de nature à amener un résultat» (R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, I, *Sources des obligations*, V, Paris, 1925, p. 539).

³⁰ La *regula* consolidata in giurisprudenza, assume di solito questo tenore: «a differenza dell'obbligazione di mezzi, la quale richiede al debitore soltanto la diligente osservanza del comportamento pattuito, indipenden-

Giusto sessantanni fa, Luigi Mengoni, nello studio fondamentale pubblicato nella *Commerciale*, avvertiva che «in qualunque obbligazione il bene dovuto è qualche cosa oltre l'atto del debitore. Senonché, nelle obbligazioni c.d. di mezzi (o di diligenza), l'oggetto del diritto di credito non è senz'altro una certa modificazione o la conservazione della situazione-presupposto del rapporto, e quindi l'effettivo soddisfacimento dell'interesse primario del creditore, ma soltanto la produzione di una serie più o meno ampia di mutamenti intermedi ai quali è condizionata la possibilità di tale soddisfacimento. Ciò che si attende dal debitore, affinché l'obbligazione possa dirsi adempiuta, è un comportamento idoneo a dare principio ad un processo di mutamento (o di conservazione), l'esito del quale dipende peraltro da condizioni ulteriori, estranee alla sfera del vincolo»³¹.

Secondo questa autorevole dottrina la massima «*imperitia culpa adnumerandum*», che ingloba l'imperizia nella nozione di colpa, costituisce la base argomentativa per la costruzione di un concetto più ampio di diligenza³². Quest'ultima non integra «un comportamento ma piuttosto un modo di comportarsi, e quindi una misura del contenuto di un concreto dovere di prestazione»³³.

In ordine alla distinzione fra obbligazione di mezzi e obbligazione di risultato la figura della diligenza si doppia in diligenza in senso proprio e diligenza in senso improprio.

La prima costituisce «una qualità soggettiva di una attività, significa cura, sollecitudine, sforzo, studio, attenzione al fine» e la sua funzione non avvolge tanto l'adempimento quanto «la conservazione della possibilità di adempiere». Per questo la diligenza rappresenta

temente dalla sua fruttuosità rispetto allo scopo perseguito dal creditore, nell'obbligazione di risultato, nella quale il soddisfacimento effettivo dell'interesse di una parte è assunto come contenuto essenziale ed irriducibile della prestazione, l'adempimento coincide con la piena realizzazione dello scopo perseguito dal creditore, indipendentemente dall'attività e dalla diligenza spiegate dall'altra parte per conseguirlo. Pertanto, l'obbligazione di risultato può considerarsi adempiuta solo quando si sia realizzato l'evento previsto, come conseguenza dell'attività esplicata dal debitore, nell'identità di previsione negoziale e nella completezza quantitativa e qualitativa degli effetti previsti e, per converso, non può ritenersi adempiuta se l'attività dell'obbligato, quantunque diligente, non sia valsa a far raggiungere il risultato previsto» (Cass., 10 dicembre 1979, n. 6416, in *Mass. Giust. civ.*, 1979, p. 2837).

³¹ L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi» (Studio critico)*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, p. 189. Sulla distinzione v., altresì, V. DE LORENZI, *Obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato*, in *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione civile*, XII, Torino, 1995, p. 397 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, *L'obbligazione*, Milano, 1991, p. 71; U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Tratt. dir. priv. Iudica e Zatti*, Milano, 1991, p. 137; A. DI MAJO, *Obbligazioni in generale*, Bologna, 1985, p. 456 ss.; P. RESCIGNO, *Obbligazioni (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, p. 190; M. GIORGIANNI, *Obbligazione*, in *Noviss. dig. it.*, XI, Torino, 1965, p. 598.

³² L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, cit., p. 194 ss.

³³ L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, cit., p. 187.

«un presupposto dell'(esatto) adempimento», ma mai «l'oggetto di una obbligazione di comportamento si riduce nei termini di un mero dovere di sforzo per riuscire a far bene»³⁴.

L'altra versione – regolata nella disposizione contenuta nell'art. 1176, comma 2, c.c. – riguarda direttamente tutte quelle obbligazioni aventi ad oggetto un'attività tecnica ed assume un significato diverso in quanto indica «l'esecuzione esperta della prestazione», una prestazione eseguita secondo le regole dell'arte esercitata dal debitore. In siffatto contesto la diligenza non integra un criterio generale di imputabilità della impossibilità della prestazione, ma invece viene a coincidere con l'adempimento. Ossia «la negligenza (colpa) finisce con identificarsi con la nozione oggettiva di inadempimento, e perciò non trova altro limite che nel caso fortuito». Se il debitore professionista è stato diligente nell'eseguire la prestazione, ha posto in essere la massima cura, attenzione, sollecitudine, la sua imperizia si risolve in una semplice *difficultas praestationis* che lo rende inadempiente e quindi responsabile.

Per questa strada risultato dovuto e «*culpa-diligentia*» non si legano reciprocamente come l'illustre Maestro conferma: «dall'esattezza del risultato si argomenta che il lavoratore si è comportato diligentemente. Ma questo giudizio mediato non è affatto sicuro. Può darsi che l'attività di prestazione abbia un esito precisamente conforme al risultato dovuto, benché il debitore non si sia condotto con la diligenza dedotta in obbligazione. E viceversa può darsi che la prestazione risulti inferiore all'aspettativa (tutelata) del creditore, nonostante il debitore si sia sforzato di adempiere con la massima diligenza. Attività diligente e attività obiettivamente adeguata allo scopo del rapporto obbligatorio non sono concetti reciprocamente impliciti»³⁵.

L'apparente antinomia fra le disposizioni degli artt. 1176 e 1218 c.c. viene così risolta senza corrompere il sistema generale delle obbligazioni in un rapporto di integrazione: la norma dell'art. 1218 spinge la responsabilità del debitore fino all'impossibilità a lui non imputabile della prestazione, mentre quella contenuta nell'art. 1176 statuisce la liberazione del debitore dal vincolo obbligatorio quando la diligenza del buon padre di famiglia non è stata sufficiente a bloccare la causa dell'impossibilità della prestazione³⁶.

³⁴ L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, cit., p. 193 s.

³⁵ L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, cit., p. 195.

³⁶ L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, cit., p. 200 s.

La teoria binaria della diligenza non si pone in netta contrapposizione con la prospettiva tradizionale che inserisce la norma dell'art. 1176 c.c. esclusivamente nell'area dell'adempimento. La correzione sostenuta dall'illustre Maestro, dopo aver rilevato l'errore di costruire due ambiti autonomi di operatività delle regole degli artt. 1176 (obbligazioni di mezzi) e 1218 (obbligazioni di risultato), ammette «che codesta interpretazione [nelle obbligazioni di mezzi la condotta diligente del debitore costituisce esatto adempimento] contiene un fondo di verità, ma, così come si trova formulata, essa appare fundamentalmente viziata dalla confusione tra il concetto di diligenza in senso tecnico e il concetto improprio dianzi accennato. Certamente il legislatore intende la diligenza non solo come misura del caso fortuito, ma anche come misura dell'adempimento di alcune obbligazioni (di fare). Ma è certo altresì che, in questa funzione ulteriore, la diligenza assume il più delle volte un contenuto maggiore di quello originario, e comunque perde in ogni caso il significato tecnico che la designa come concetto essenzialmente correlativo alla colpa (imputabilità)»³⁷.

La dottrina dominante segue, per converso, la concezione unitaria della diligenza – confermata altresì dalla lettera della disposizione dell'art. 43 c.p. – nel cui seno rientra anche la perizia, o meglio la diligenza è governata da diversi criteri di natura sociale o tecnica. La diligenza ricomprende gli aspetti che riguardano «l'attenzione volta al soddisfacimento dell'interesse creditorio» (cura), «l'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» (cautela), «l'impiego di adeguate nozioni e strumenti tecnici» (perizia) e, infine, «l'osservanza delle norme giuridiche rilevanti al fine del soddisfacimento dell'interesse del creditore e al rispetto della sua sfera giuridica» (legalità)³⁸.

La giurisprudenza non ha alcuna esitazione a seguire la teoria unitaria, per cui «nella diligenza è quindi compresa anche la perizia, da intendersi come conoscenza ed attuazione delle regole tecniche proprie di una determinata arte o professione»³⁹. Il professionista nell'adempimento della sua obbligazione è tenuto ad agire diligentemente, dove la diligenza

³⁷ L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, cit., p. 201.

³⁸ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, cit., p. 92 ss.

³⁹ Cass., 19 maggio 1999, n. 4852, in *Foro it.*, 1999, I, c. 2874; già prima, Cass., 3 marzo 1995, n. 2466, in *Mass. Giust. civ.*, 1995, p. 514.

«non è solo quella del buon padre di famiglia, come richiesto dall'art. 1176, comma 1, ma è quella specifica del debitore qualificato, come indicato dall'art. 1176, comma 2, la quale comporta il rispetto di tutte le regole e gli accorgimenti che nel loro insieme costituiscono la conoscenza della professione»⁴⁰.

La diligenza che il professionista deve adoperare nello svolgimento dell'attività professionale è quella ordinaria che coincide con la diligenza del professionista di preparazione e di attenzione medie posta in essere nell'esercizio dell'attività⁴¹.

La dottrina dominante individua nella norma contenuta nel secondo comma dell'art. 1176 c.c. una specificazione del principio generale statuito nel primo comma del medesimo articolo che impone al debitore di usare nell'adempimento la *diligentia* ordinaria⁴². La formula generale contenuta nel primo comma dell'art. 1176 c.c. costituisce modello esclusivo anche nel caso di *imperitia*, per cui il *bonus paterfamilias*, fondato su valori medi, «verrà conservato in ogni altra applicazione: quella del 2° comma, e quant'altre se ne possano avere nel concreto lavoro di determinazione dei doveri sussidiari che danno, di volta in volta, capo alla nozione di colpa»⁴³.

Una parte della dottrina critica la scelta legislativa che richiama la nozione astratta e generale del buon padre di famiglia con riferimento alla diligenza del debitore nell'esecuzione della prestazione. Al contrario, il criterio della diligenza si specifica «a seconda del contenuto della prestazione e della natura del risultato, che ne rappresenta l'oggetto. [...] Si tratta infatti di un criterio essenzialmente elastico, che si adatta in concreto alle singole situazioni e non di una misura fissa ed astratta, pronta ad entrare in azione in tutti i casi con intensità costante. La particolare precisazione, che, con riferimento alle “ob-

⁴⁰ Cass., 19 maggio 1999, n. 4852, cit., c. 2874; Cass., 11 marzo 2002, n. 3492, in *Giur. it.*, 2003, p. 240 s.

⁴¹ «La diligenza che il libero professionista deve porre nello svolgimento dell'attività professionale in favore del cliente è quella media: la diligenza, cioè, del professionista di preparazione media e di attenzione media nell'esercizio della propria attività; in definitiva, la diligenza che, a norma dell'art. 1176, 2° comma, c.c., deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata» (Cass., 29 novembre 1973, n. 3298, in *Foro it.*, 1974, I, c. 678).

⁴² F. SANTORO PASSARELLI, *Professioni intellettuali*, in *Noviss. dig. it.*, XIV, Torino, 1967, p. 25.

⁴³ C.A. CANNATA, *Le obbligazioni in generale*, in *Tratt. dir. priv.* Rescigno, 9, Torino 1984, p. 58; M. GIORGIANNI, *Obbligazione*, cit., p. 598; G. VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore*, in *Il codice civile. Commentario* diretto da P. Schlesinger, 2ª ed., Giuffrè, Milano p. 181 s.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, cit., p. 95; A. PERULLI, *Il lavoro autonomo*, cit., p. 581; v., altresì, G. D'AMICO, *Negligenza*, in *Disc. dig. priv., Sez. civ.*, XII, Torino, p. 43 ss.

bligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale", è contenuta nel comma 2 dell'art. 1176 appare, in questo senso, indubbiamente assai significativa»⁴⁴.

In questa prospettiva gli stessi studiosi sottolineano il carattere relativo del criterio della diligenza, dove risulta «l'esigenza di una valutazione, che in concreto tenga conto del tipo del rapporto e dell'attività nella quale si esprime la prestazione e delle circostanze in cui essa è o deve essere eseguita, e che non sia, perciò, ancorata ad una misura astratta e determinata una volta per tutte, anche se tendente ad un livello generale di sufficienza, quale è quello, che, di volta in volta, può essere svelato dalla "comune esperienza". Tale livello può anche dirsi normale, ma si tratta di una normalità, che non è uniformità, variando essa, piuttosto, col variare del genere e della specie delle singole situazioni»⁴⁵.

Sul problema la giurisprudenza conferma che il prestatore d'opera intellettuale deve osservare «nell'adempimento delle obbligazioni inerenti alla sua attività professionale, la diligenza del buon padre di famiglia»⁴⁶.

La giurisprudenza di merito collega intimamente la norma del 2° comma dell'art. 1176 c.c. al principio generale del 1° comma, allorché sostiene che la prima regola «disciplina un'applicazione particolare del principio generale contenuto nel 1° co. della stessa norma e cioè è rilevante l'inosservanza della normale diligenza, valutata con riguardo alla natura dell'attività esercitata»⁴⁷.

I giudici della responsabilità si orientano a qualificare maggiormente la diligenza professionale allorché volgono l'attenzione al bagaglio delle cognizioni tecniche; in questo caso discorrono di diligenza «scrupolosa e superiore alla media»⁴⁸.

⁴⁴ U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, II, *Il comportamento del debitore*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, Milano, 1984, p. 80.

⁴⁵ U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, II, cit., p. 98.

⁴⁶ Cass., 11 agosto 1990, n. 8218, in *Rep. Foro it.*, 1990, *Professioni intellettuali*, n. 114; Cass., 7 maggio 1988, n. 3389, *Dir. prat. ass.*, 1989, p. 497; Cass., 3 dicembre 1974, n. 3957, in *Rep. Foro it.*, 1974, *Professioni intellettuali*, n. 23.

⁴⁷ Pret. Bologna, 12 maggio 1970, in *Giur. it.*, 1972, I, 2, c. 54, con nota di C. LEGA. Secondo App. Milano, 27 marzo 1981, in *Resp. civ. prev.*, 1981, p. 433, «l'inadempimento consiste cioè nella inosservanza della diligenza prescritta dall'art. 1176 comma 2° c.c. che è la normale diligenza con riguardo alla natura dell'attività esercitata, inosservanza che si risolve nella colpa anche lieve, eccetto che si tratti di prestazioni di speciale difficoltà, nel qual caso la diligenza deve essere valutata con minor rigore per modo che il professionista risponde solo della colpa grave oltre che del dolo, ai sensi dell'art. 2236 c.c.»; v., altresì, Trib. Benevento, 18 gennaio 1982, in *Giur. merito*, 1983, p. 620.

⁴⁸ Cass., 15 dicembre 1972, n. 3616, in *Foro it.*, 1973, I, c. 1474.

Siffatto modello rigoroso rimane all'unisono con la formula generale del buon padre di famiglia, il cui contenuto non richiama l'idea della «media» ma piuttosto quella più elevata di «notevole», meglio orientata a salvaguardare gli interessi del creditore. Secondo un autorevole studioso l'aggettivo *bonus* o *diligens* non richiama la media o la normalità, ma indica «un valore assoluto [...] che molto probabilmente l'uomo normale non riesce a raggiungere»⁴⁹.

Alcuni studiosi sottolineano come l'attività professionale modifichi in modo rilevante lo *standard* di diligenza del comune debitore in quanto esige un criterio valutativo più rigido, meglio compatibile con gli interessi perseguiti dal creditore nonché con il suo affidamento nell'attività discrezionale del professionista⁵⁰.

Nella visuale soggettiva la colpa, come imperizia, viene riconosciuta «in colui che volontariamente si è dedicato a un'attività per la quale non aveva in nessun modo le doti necessarie»⁵¹. L'imperizia, per questa via, configura una mancanza di diligenza *ex ante* al momento dell'assunzione dell'obbligazione: «al pari dell'ignoranza, è solo remota e perciò ben sottolinea il naturale dovere del soggetto di non avventurarsi, per così dire, in imprese più grandi di lui»⁵². Ciò incontra l'obiezione della dottrina avversa, giusta la quale la responsabilità per inadempimento sarebbe sorretta dalla colpa precontrattuale con risarcimento limitato all'interesse negativo⁵³. La replica della dottrina soggettiva basata sulla figura dell'impossibilità originaria soggettiva pare risolvere le perplessità avverse, in quanto la piena validità del contratto conferisce al creditore la pretesa all'adempimento o al risarcimento con riguardo all'interesse contrattuale positivo.

⁴⁹ M. GIORGIANNI, *Obbligazione*, cit., p. 597; da ultimo, per una esauriente ricognizione, v. G. SANTORO, *L'inadempimento*, in *La responsabilità civile. Responsabilità contrattuale. Il diritto privato nella giurisprudenza* a cura di P. Cendon, Torino, 1998, p. 91 s.

⁵⁰ In questa direzione si sostiene che «il riferimento all'uomo di media diligenza si risolve in una pura astrazione; e il criterio di valutazione della colpa che se ne vorrebbe trarre rischia di togliere alla colpa stessa ogni connotato di concretezza e di elasticità. Il pericolo è, allora, che non si pretenda da certi soggetti (per esempio, dotati di particolari competenze professionali) o in relazione a certe attività (per esempio, altamente specializzate) tutto lo sforzo di diligenza che sarebbe concretamente (anche se non astrattamente) esigibile; e che, viceversa, si pretenda da certi soggetti, o in relazione a certe altre attività, uno sforzo di diligenza concretamente non esigibile» (F.D. BUSNELLI, *Illecito civile*, in *Enc. giur. Treccani*, XV, Roma, 1991, p. 9).

⁵¹ G. CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza*, Padova, 1966, p. 218.

⁵² P. FORCHIELLI, *Colpa (diritto civile)*, in *Enc. giur. Treccani*, VI, Roma, 1988, p. 2.

⁵³ L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, cit., p. 197 ss.; U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, II, cit., p. 86 s.

Tuttavia la soluzione non sembra persuasiva perché il persistere della situazione originaria di impossibilità diventa oggetto di autonoma valutazione distaccata dal momento dell'assunzione dell'obbligazione. In proposito si precisa che «anche se a tale assunzione il debitore sia addivenuto per una troppo facile valutazione della propria capacità di far fronte all'impegno o, addirittura, con la piena consapevolezza di non essere in grado di adempiere, cioè in mala fede, tale fatto non inciderebbe sulla valida esistenza del rapporto e sulla necessità della relativa attuazione. In nessun caso, quindi, potrebbe escludersi la responsabilità per l'inadempimento, risalendo, piuttosto, ad una pretesa *culpa in contrahendo* ai sensi dei citt. artt. 1337 e 1338. D'altra parte, il protrarsi della situazione soggettiva di impossibilità (*recitius*: di incapacità tecnica o patrimoniale), anche successivamente all'assunzione dell'obbligazione, non potrebbe che essere oggetto di autonoma valutazione, con riferimento al comportamento tenuto dal debitore ai fini dell'adempimento e per giungere all'affermazione o alla esclusione di una sua colpa in questa fase; senza bisogno, per identificare l'eventuale momento determinante dell'inadempimento e della conseguente responsabilità, di risalire al tempo dell'assunzione dell'obbligazione»⁵⁴.

Inoltre, nell'ipotesi di professioni intellettuali protette, ove si presume un certo grado di perizia nell'esercente, l'assunzione dell'obbligazione impone al debitore professionista di «colmare le lacune ed adeguarsi, al contatto con i problemi concreti, alle difficoltà da superare»⁵⁵.

«L'originaria mancanza di perizia, non costituendo causa di invalidità del contratto, rappresenta sempre una responsabilità *in adimplendo*, vuoi che l'incarico professionale sia stato assunto con “coscienza e volontà” (*id est* con il requisito “soggettivo” della colpevolezza *ex art. 42 c.p.*, comune anche all'illecito civile colposo), vuoi che la condotta manchevole prescindendo dall'imprudente o negligente assunzione del lavoro (*id est* dall'elemento intellettuale-psicologico della colpa); e ciò per la semplice ragione che l'*imperitia* è colpa essa stessa, che determina un'imputazione causale indipendentemente da ogni atteggiamento psichico-volitivo del singolo. Il professionista dovrà dunque rifiutare la prestazione quando sia consapevole della propria insufficiente preparazione tecnica, informando il cliente della

⁵⁴ U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, II, cit., p. 87.

⁵⁵ G. COTTINO, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore*, Milano, 1955, p. 62.

conseguente inettitudine a porre in essere la prestazione a regola d'arte ed eventualmente suggerendo al cliente medesimo il ricorso a (o l'affiancamento di) altro professionista più esperto; ma una volta assunto l'incarico, risponderà della negligenza o dell'imperizia quali rischi legati al proprio *status*, come “prezzo” – altri osserva – della propria autonomia professionale»⁵⁶.

In questo senso la giurisprudenza ha deciso che il professionista che assuma una prestazione «esorbitante le sue possibilità, deve rispondere, in virtù delle norme comuni della responsabilità, per responsabilità aggravata del mancato uso dei criteri di diligenza e di prudenza determinativi dell'assunzione dell'obbligazione»⁵⁷.

Pur se sul versante medico, la S. Corte precisa che il professionista «deve valutare con grande prudenza e scrupolo i limiti della propria adeguatezza professionale, ricorrendo anche all'ausilio di un consulto se la situazione non è così urgente da sconsigliarlo»⁵⁸.

In realtà l'imperizia, come ogni forma di colpa, va configurata oggettivamente come uno scarto fra l'attività effettivamente prestata e l'attività dovuta dal professionista, senza «esaminare se l'esecuzione imperita della prestazione sia dovuta a colpa, perché l'imperizia è colpa essa stessa»⁵⁹.

Secondo una lettura autorevole, il legislatore perviene «ad un massimo grado di oggettivazione dell'agire diligente, avendo in sostanza identificato tali agire con il rispetto e/o l'osservanza di quel complesso di norme e/o regole tecniche che caratterizzano l'esecuzione di una prestazione, ove quest'ultima sia svolta nell'esercizio di attività professionale, ossia di attività organizzata in professione e quindi riassuntiva di un patrimonio di esperienze tecniche e competenze, il che potrà anche dare vita a particolari *status* che individuano la posizione dei soggetti che quell'attività esercitano non episodicamente ma con carattere di continuità»⁶⁰.

La S. Corte avverte che «la diligenza che il libero professionista deve porre nello svolgimento dell'attività professionale in favore del cliente è quella media: la diligenza, cioè,

⁵⁶ A. PERULLI, *Il lavoro autonomo*, cit., pp. 588-589.

⁵⁷ App. Trieste, 16 aprile 1964, in *Arch. resp. civ.*, 1964, p. 317; v. anche Cass., 21 aprile 1977, n. 1476, in *Arch. civ.*, 1977, p. 734; Cass., 6 marzo 1971, n. 606, in *Giust. civ.*, 1971, I, p. 850.

⁵⁸ Cass., 5 luglio 2004, n. 12273, in *Giur. it.*, 2005, p. 1410.

⁵⁹ G. CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, cit., p. 57.

⁶⁰ A. DI MAJO, *Obbligazioni in generale*, cit., p. 431.

del professionista di preparazione professionale media e di attenzione media nell'esercizio della propria attività; in definitiva, la diligenza che, a norma dell'art. 1176, comma 2, c.c. «deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata»⁶¹.

Siffatta risposta, invero, avvolge tutti i professionisti, dove l'inadeguatezza della preparazione va rilevata in seno alla concreta fattispecie e alle sue circostanze.

Con riferimento al professionista forense, i giudici superiori, alla luce dei parametri normativi degli artt. 1176, comma 2, e 2236 c.c., declamano la *regula* secondo la quale «l'avvocato debba considerarsi responsabile verso il cliente per il caso di incuria o di ignoranza di disposizioni di legge ed in genere nei casi in cui per negligenza od imperizia comprometta il buon esito del giudizio, mentre nei casi di interpretazione di leggi o di risoluzioni di questioni opinabili deve ritenersi esclusa la responsabilità dell'avvocato medesimo nei confronti del suo cliente, a meno di dolo o colpa grave»⁶².

3. *Inadempimento e responsabilità professionale del commercialista*

Con riferimento al regime di responsabilità, una recente decisione della S. Corte si distingue in un caso riguardante la redazione della dichiarazione dei redditi, attività importante e frequentemente esercitata dal professionista commercialista. Quest'ultimo ha l'obbligo di verificare la correttezza delle informazioni comunicate dal cliente nonché di escludere i costi sui quali non esiste sufficiente documentazione⁶³.

Le obbligazioni del professionista, quindi anche del commercialista, costituiscono obbligazioni di mezzi, ma in alcune decisioni la giurisprudenza di legittimità ridimensiona la distanza con le obbligazioni di risultato in un intento diretto a salvaguardare la primazia della disposizione dell'art. 1218 c.c.⁶⁴.

⁶¹ Cass., 29 novembre 1973, n. 3298, in *Giust. civ.*, 1974, I, cc. 408-409.

⁶² Cass., 4 dicembre 1990, n. 11612, in *Iusexplorer online*.

⁶³ Così, Cass., 26 aprile 2010, n. 9916, in *Dir. prat. trib.*, 2010, II, p. 997 ss., con nota di G. VISINTINI, *Le responsabilità professionali del dottore commercialista nell'esercizio dell'attività di consulenza per il cliente*, secondo cui il commercialista ha il dovere di chiedere al cliente la documentazione che giustifica i costi ai fini della veridicità.

⁶⁴ Cass., Sez. Un., 28 luglio 2005, n. 15781, in *Obbl. e contr.*, 2006, p. 716 s.; G. FACCI, *La responsabilità civile del professionista*, Padova, 2006, p. 1012 ss.; M. GARRONE, *La responsabilità del commercialista*, in *Trattato della responsabilità contrattuale* diretto da G. Visintini, II, Padova, 2009, p. 625 ss. Successivamente, sviluppano tale tendenza Cass., 13 aprile 2007, n. 8826, in *Iusexplorer online*; Cass., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Iusexplorer online*.

Questo recente orientamento giurisprudenziale tende ad assottigliare sempre più la distinzione fra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato entro i limiti di quel «fondo di verità»⁶⁵ o della natura delle cose che sono alla base della distinzione.

Il commercialista nell'attività professionale di compilazione della dichiarazione dei redditi va oltre la mera prestazione di mezzi, in quanto deve garantire la conformità della dichiarazione alla normativa vigente. Solamente nelle ipotesi di particolari problemi tecnici, il professionista non risponde per colpa lieve – come dettato dall'art. 2236 c.c. – ma l'onere della prova sia in ordine all'esistenza dei presupposti per l'applicazione della norma da ultimo citata, sia in ordine alla mancanza di dolo o colpa grave è in capo al professionista⁶⁶.

Quando oggetto della prestazione professionale è un'attività di consulenza, nella specie fiscale, il commercialista deve informare correttamente il cliente rendendolo edotto della situazione sotto tutti gli aspetti, favorevoli e non, al fine di agevolarlo nella scelta della strategia da seguire. Lo scopo della consulenza fiscale è quello di rendere chiaro al committente la situazione tributaria più favorevole per i suoi interessi. In presenza di problemi tecnici complessi il professionista può giovare del trattamento più favorevole previsto dall'art. 2236 c.c.

Molto delicata è, infine, la situazione del commercialista nei casi in cui è incaricato di stimare il valore di aziende, patrimoni ecc. La peculiarità della fattispecie sussiste nel fatto che la responsabilità del professionista può estendersi anche verso i terzi che subiscono un pregiudizio dalla prestazione difettosa, oltre che ovviamente la controparte. Si pensi ad una sovrastima di un bene acquistato da terzi che poi concedono in ipoteca per un valore nettamente inferiore. La dottrina domestica richiama il problema della lesione della libertà contrattuale, la quale ricorre allorché un terzo interferisca nell'attività negoziale di una parte con fatti che alterano la formazione della volontà. Il rimedio extracontrattuale, attraverso la clausola di ingiustizia del danno, pare per alcuni studiosi la soluzione più acconcia⁶⁷.

⁶⁵ Così, L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, cit., p. 204.

⁶⁶ Per ulteriori considerazioni, cfr. G. FACCI, *La responsabilità civile del professionista*, cit., p. 1028 ss., secondo cui «d'aspetto, in ogni caso, più problematico con riferimento alla responsabilità del commercialista per errore nella compilazione della dichiarazione dei redditi o nella tenuta delle scritture contabili, consiste nell'accertare dove inizia l'errore del professionista e dove la colpa del contribuente» (p. 1044).

⁶⁷ In generale, cfr. F.D. BUSNELLI, *Itinerari europei nella terra di nessuno tra contratto e fatto illecito: la responsabilità da informazioni inesatte*, in *Contr. e impr.*, 1991, p. 561 ss.

La giurisprudenza ha affrontato un'ipotesi di violazione della libertà contrattuale, condannando la società di revisione nei confronti di terzi estranei al rapporto negoziale di revisione pregiudicati dalla prestazione difettosa della parte professionale. Nel caso concreto, i terzi acquirenti di quote societarie non avrebbero concluso il contratto definitivo, ma esercitato il diritto di recesso in sede di preliminare, se avessero conosciuto il reale valore della società⁶⁸.

Altra parte della dottrina richiama il rimedio contrattuale per risolvere siffatto problema⁶⁹. Il modello ispiratore è quello tedesco che oggi ha dedicato, con la *Schuldrechtsreform* del 2001, una disposizione puntuale nel § 311, comma 3, BGB⁷⁰. Questa norma va poi collegata con l'altra contenuta nel secondo comma del § 241 BGB che riconosce gli obblighi di protezione, i quali, se di regola vivono accanto agli obblighi di prestazione, in taluni casi possono sussistere autonomamente, come nelle ipotesi di *culpa in contrahendo*, di effetti protettivi di un contratto nullo, di contratti con effetti protettivi per i terzi.

Ritornando alla disposizione del § 311 BGB, la sua conformazione è disegnata secondo la tesi di Claus-Wilhelm Canaris, presidente della Commissione di riforma del BGB, sostenitore della responsabilità da affidamento entro l'area della responsabilità professionale⁷¹. Infatti la norma dispone che un rapporto obbligatorio può nascere anche con soli obblighi di protezione verso soggetti che non diventano parti contrattuali. La norma continua specificando che ciò può accadere quando il terzo suscita un affidamento particolarmente significativo tanto da influenzare in modo rilevante le trattative contrattuali o la conclusione del contratto.

L'architettura della disposizione appena descritta consente l'inquadramento della responsabilità professionale per false informazioni quale applicazione specifica della *Ver-*

⁶⁸ Cass., 18 luglio 2002, n. 10403, in *Danno e resp.*, 2003, p. 537, con nota di A. ADDANTE, *Responsabilità civile delle società di revisione e solidarietà*.

⁶⁹ La tesi contrattuale poggia non tanto su una ricostruzione della *culpa in contrahendo* come vincolo sorto fra le parti in sede di trattative, quanto sull'esistenza di obblighi di protezione in capo al soggetto professionista in relazione all'affidamento suscitato dalla sua professionalità. Il percorso ricostruttivo è chiaramente delineato da C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, 3. ed., Milano, 2006, p. 517 ss.

⁷⁰ Una chiara ed esauriente sintesi del panorama degli orientamenti in ordine al delicato e complesso problema della *Berufshaftung* è offerta da G. VARANESE, *Il contratto con effetti protettivi per i terzi*, Napoli, 2004, spec. p. 102 ss.

⁷¹ C.-W. CANARIS, *Die Haftung des Sachverständigen zwischen Schutzwirkungen für Dritte und Dritthaftung aus culpa in contrahendo*, in *JZ*, 1998, p. 603 ss.; ID., *Die Vertrauenshaftung im Lichte der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs*, in *50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft* a cura di C.-W. Canaris, I, München, 2000, p. 129 ss.

*trauenshaftung*⁷². Come detto in maniera efficace, «si è passati dalla *Drittschutz* alla *Dritthaftung*»⁷³, che attraverso il medio contrattuale consente il risarcimento del danno meramente patrimoniale.

4. *La responsabilità professionale per i ricorsi tributari*

Con riferimento agli accertamenti fiscali dell'amministrazione pubblica, il commercialista a volte risponde della mancata presentazione del ricorso avverso l'accertamento subito dal cliente⁷⁴.

La S. Corte ha riconosciuto la responsabilità professionale del commercialista, il quale, a seguito di un esame superficiale degli atti rimessigli dal cliente, aveva fatto decorrere i termini per proporre l'opposizione davanti al giudice tributario, ove in presenza anche del fatto che, all'epoca, il rito tributario non prevedeva la condanna del contribuente al pagamento delle spese processuali nonché la prevedibilità di un imminente condono⁷⁵.

La sussistenza della responsabilità del professionista, e quindi anche del commercialista, nelle ipotesi di ricorsi tributari, postula un espresso mandato del cliente ad eseguire la prestazione. La mera domiciliazione della contabilità del cliente presso lo studio del commercialista non è sufficiente per dimostrare l'esistenza di un contratto d'opera intellettuale⁷⁶.

La responsabilità professionale del commercialista per mancata impugnazione dell'accertamento fiscale presuppone che il cliente debba provare accanto ai vizi dell'accertamento fiscale anche il fatto che la negligenza del professionista ha impedito la

⁷² La questione è chiarita efficacemente da J. KOCH, § 311 Abs. 3 BGB als Grundlage einer vertrauensrechtlichen Auskunftschaftung, in *AcP*, 204, 2004, p. 69 ss.

⁷³ G. VARANESE, *Il contratto con effetti protettivi per i terzi*, cit., p. 136.

⁷⁴ Su questo versante valgono le regole coniate dalla giurisprudenza per l'errore professionale dell'avvocato in seno all'attività di rappresentanza in giudizio della parte difesa: per tutti, R. FAVALE, *La responsabilità civile del professionista forense*, 2^a ed., Padova, 2011, spec. p. 196 ss.; A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO e M. FEOLA, *La responsabilità civile. Contratto e torto*, Torino, 2014, p. 339 ss.

⁷⁵ Cass., 9 giugno 2004, n. 10966, in *Dir. prat. trib.*, 2005, II, p. 5, con nota di G. VISINTINI, *In tema di responsabilità professionale del commercialista per perdita di chances*.

⁷⁶ Cass., 26 aprile 2010, n. 9917, in *Resp. civ. prev.*, 2010, p. 2505, con nota di G. MUSOLINO, *Prova del vincolo contrattuale e responsabilità del commercialista per omissione*.

realizzazione del risultato perseguito. Il cliente ha quindi l'onere di dimostrare il danno e il nesso causale fra inadeguata attività del professionista e pregiudizio subito⁷⁷.

La mancata presentazione del ricorso fiscale quale attività del commercialista cagiona la sua responsabilità secondo le regole della responsabilità per condotta omissiva, ossia a seguito di valutazione prognostica di carattere affermativo in ordine al sicuro e chiaro fondamento del ricorso e, quindi, sul probabile esito favorevole dell'azione giudiziale che avrebbe dovuto essere proposta e diligentemente seguita⁷⁸.

D'altra parte, la responsabilità del commercialista per mancata presentazione di un ricorso fiscale non segue alla semplice considerazione che periodicamente il legislatore concede sanatorie in favore degli evasori fiscali⁷⁹.

Agli esordi del nuovo secolo la S. Corte, in un caso di inesatto adempimento di un contratto di domiciliazione da parte di un dottore commercialista con conseguente impossibilità di proporre impugnazione degli avvisi di accertamento per tardiva comunicazione degli avvisi fiscali da parte del professionista, distingue fra «danno da mancata impugnazione» e «danno da perdita della possibilità d'impugnazione»⁸⁰.

La giurisprudenza aveva sempre ribadito che «solo l'accoglimento dell'impugnazione [...] determina il danno costituito dal contenuto della sentenza che si sarebbe impugnata, mentre nessun danno può ricollegarsi alla mancata proposizione dell'impugnazione, di per sé sola considerata»⁸¹.

La seconda Sezione della S. Corte, per la prima volta, nell'ambito delle professioni legali riconosce la risarcibilità del danno da perdita di *chance*, configurato come «entità patrimoniale a sé stante, giuridicamente ed economicamente suscettibile d'autonoma valutazio-

⁷⁷ Indicativa, Trib. Genova, 20 gennaio 2012, in *Giur. merito*, 2012, p. 1303, con nota di V. AMENDOLAGINE, *La responsabilità del commercialista nei confronti del cliente esige la prova del rapporto e del danno*.

⁷⁸ Cass., 9 giugno 2004, n. 10966, cit. p. 5. Per una ricostruzione delle tappe giurisprudenziali, cfr. R. FAVALE, *La responsabilità civile del professionista forense*, cit., p. 203 ss.

⁷⁹ Così, Cass., 5 giugno 1996, n. 5264, in *Danno e resp.*, 1996, p. 581, con nota di E. BRUNETTI, *Responsabilità del commercialista per mancata presentazione del ricorso alla commissione tributaria*.

⁸⁰ Cass., 13 dicembre 2001, n. 15759, in *Danno e resp.*, 2002, p. 393 ss.

⁸¹ Cass. 27 gennaio 1999, n. 722, in *Danno e resp.*, 1999, p. 1123, con nota di A. LAZZARI, *Perdita di chances in giudizio: la responsabilità del sindacato per omesso appello da parte del lavoratore*, ove precisa che per la prova della responsabilità del professionista forense per mancata impugnazione, il cliente «non può limitarsi a dedurre la astratta possibilità della riforma in appello in senso a lui favorevole [...], ma deve dimostrare l'erroneità di questa, oppure produrre nuovi documenti o altri mezzi di prova idonei a fornire la ragionevole certezza che il gravame, se proposto, sarebbe stato accolto».

ne». La risarcibilità di un danno per la perdita della possibilità di conseguire un risultato utile ed economicamente vantaggioso è riconosciuta senza esitazioni allorché si verte in tema di responsabilità contrattuale. La questione dell'*an* non sorge minimamente in presenza di inadempimento contrattuale e nesso causale fra questo e perdita della possibilità di conseguire un risultato utile, a differenza del profilo del *quantum*, risolto sulla base di un criterio prognostico fondato sulle concrete ragionevoli possibilità di risultati utili⁸².

Tre anni più tardi, la medesima Sezione e il medesimo giudice estensore confermano il riconoscimento del danno da perdita di *chance* del professionista legale⁸³. Di nuovo si tratta della negligenza di un dottore commercialista incaricato di impugnare degli avvisi di accertamento fiscale ritenuti dal cliente infondati e illegittimi. Pur essendo risultata la responsabilità professionale del commercialista per negligente svolgimento dell'incarico, sotto i due rilevanti profili di difetto dei motivi per i ricorsi alla commissione di secondo grado e di tardiva proposizione per i ricorsi alla commissione centrale, il giudice di secondo grado riteneva che non fosse stato dimostrato che, ove il professionista avesse svolto diligentemente l'attività richiestagli, gli effetti di essa sarebbero stati, con ragionevole probabilità, vantaggiosi per i clienti. Non erano stati provati nel caso altresì né il nesso causale tra inadempimento e danno né la sussistenza stessa del danno e la sua riferibilità all'inadempiente.

La Cassazione ribadisce che nel caso concreto trova applicazione la figura del danno da perdita di *chance* (come perdita della possibilità di impugnare), ove quest'ultima integra un'entità patrimoniale autonoma la cui lesione attenta all'integrità del patrimonio. In ambito contrattuale l'inadempimento dell'una delle parti, cui consegua la perdita, per l'altra, della *chance* d'intraprendere o gestire una lite in sede giudiziaria, cagiona un danno per il quale non può porsi alcun problema d'accertamento sotto il profilo dell'*an*, ma solo, eventualmente, sotto quello del *quantum*. Siffatto pregiudizio va liquidato in ragione d'un criterio prognostico basato sulle concrete ragionevoli possibilità di risultati utili, assumendo come

⁸² Cass., 13 dicembre 2001, n. 15759, cit., p. 393 ss. A differenza della giurisprudenza nostrana, la giurisprudenza francese ammette in seno alla responsabilità del professionista legale il risarcimento per perdita di *chance* (il *leading case* rimonta addirittura a fine Ottocento: Req., 17 luglio 1889, in *Sirey*, 1891, I, p. 399) in ipotesi di notifica di un atto di appello nullo, di mancata notifica del ricorso, di esercizio di azione prescritta, di deposito tardivo di memorie ecc. Le Corti ammettono la responsabilità del professionista legale, in quanto la sua condotta inadeguata ha fatto perdere al cliente le *chances* di poter ottenere la vittoria in giudizio. Per una esaustiva panoramica del modello francese di responsabilità del professionista legale, cfr. A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO e M. FEOLA, *La responsabilità civile. Contratto e torto*, cit., p. 345 ss.

⁸³ Cass. 22 novembre 2004, n. 22026, in *Dir. prat. trib.*, 2005, II, p. 10 ss.

parametro di valutazione il vantaggio economico complessivamente realizzabile dal danneggiato diminuito d'un coefficiente di riduzione proporzionato al grado di possibilità di conseguirlo e deducibile, caso per caso, dagli elementi costitutivi della situazione giuridica dedotta o, ove tale criterio risulti di difficile applicazione, con ricorso al criterio equitativo *ex art. 1226 c.c.*⁸⁴.

Sulla base di questo orientamento giurisprudenziale potrebbe essere superata la delicata questione dell'accertamento da parte del giudice del danno da perdita del processo in tutte quelle ipotesi in cui non è certo il nesso causale fra inadempimento professionale e danno.

La dottrina più sensibile non manca di sottolineare i vantaggi in proposito della teoria della *chance*, secondo la quale «proprio l'opportuna distinzione tra il danno consistente nella perdita del processo e quello che ha ad oggetto la perdita delle *chances* di vincere in giudizio rende inutile, ed eccessivamente gravosa per il professionista, la parallela adozione di un blando criterio probabilistico (analogo a quello elaborato dalla giurisprudenza del “trenta per cento” nel settore della responsabilità medica) in tema di accertamento del nesso eziologico tra la condotta colposa e la perdita della “posta finale” consistente nella soccombenza in giudizio. Allorché la causalità è “incerta”, il risarcimento della perdita di *chances* appare come la soluzione che maggiormente è in grado di distribuire proporzionalmente il peso del danno tra il professionista negligente e il suo cliente, rivelandosi come la soluzione più equa ed efficiente»⁸⁵.

5. *L'assicurazione della responsabilità civile del commercialista*

Il codice deontologico della professione di dottore commercialista ed esperto contabile, approvato dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili il 9 aprile 2008, stabilisce che «il professionista deve porsi in condizione di poter risarcire gli eventuali danni causati nell'esercizio della professione, anche mediante adeguata copertura assicurativa» (art. 14)⁸⁶.

⁸⁴ Cass. 22 novembre 2004, n. 22026, cit., p. 10 ss.

⁸⁵ A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO e M. FEOLA, *La responsabilità civile. Contratto e torto*, cit., p. 372.

⁸⁶ Questa regola perpetua la vecchia disposizione dell'art. 9 del codice deontologico dei dottori commercialisti varato nel 1987.

L'obbligo assicurativo è ora esteso per legge ad ogni professionista, in seguito al disposto contenuto nell'art. 5 D.P.R. 7 agosto 2012, n. 137, quale attuazione dell'art. 3, comma 5, lett. e) d.l. 13 agosto 2011, n. 138, conv. in l. 14 settembre 2011, n. 148.

La violazione della norma sulla copertura assicurativa del professionista costituisce illecito disciplinare.

La copertura assicurativa comprende anche l'attività di custodia di documenti e valori del cliente⁸⁷. Al momento dell'assunzione dell'incarico, il professionista deve rendere noti alla controparte, gli estremi della polizza professionale, il relativo massimale e ogni variazione successiva.

L'assicurazione professionale può coprire attività non tipiche del commercialista se esplicitamente esistono clausole *ad hoc*. Così significativo è l'arresto della S. Corte – anche se nel caso riguarda la figura del consulente del lavoro ma le cui competenze in parte si sovrappongono a quelle del commercialista – che non estende la copertura assicurativa all'attività di redazione contrattuale (nella specie di locazione)⁸⁸.

Si è discusso se la polizza di responsabilità civile professionale stipulata da un commercialista o da un avvocato potesse comprendere anche i rischi derivanti dallo svolgimento dell'attività, da parte loro, di curatore fallimentare.

La S. Corte, in proposito, ha affermato che qualora un commercialista stipuli una polizza per la copertura dei rischi derivanti dalla propria attività professionale, rientri nella garanzia anche il rischio inerente allo svolgimento dell'attività di curatore fallimentare, visto

⁸⁷ Sono escluse le attività non tipiche del professionista esercitate a favore del cliente.

⁸⁸ Così, Cass., 31 agosto 2009, n. 18912, in *Resp. civ. prev.*, 2010, p. 191, secondo cui «da predisposizione di un contratto di locazione, pur non essendo vietata in linea di principio al consulente del lavoro, in quanto si tratta di attività per la quale non è prevista alcuna riserva a favore di specifiche categorie professionali, non rientra tuttavia nelle attività “tipiche” previste per il consulente del lavoro dall'art. 2 l. 11 gennaio 1979 n. 12 (a norma del quale “il consulente del lavoro svolge per conto del datore di lavoro tutti gli adempimenti previsti da norme vigenti per l'amministrazione del personale dipendente”, nonché ogni altra funzione a ciò affine, connessa e conseguente). Tale attività di predisposizione non rientra pertanto nella copertura assicurativa di una polizza avente ad oggetto “la responsabilità civile derivante all'assicurato nella sua qualità di esercente la libera professione di consulente del lavoro”, quand'anche la garanzia sia estesa “alla consulenza fiscale e tributaria, quali compilazioni della dichiarazione dei redditi e allegati, denuncia annuale i.v.a., compresi i relativi allegati, registrazione e quant'altro previsto dalla normativa fiscale e tributaria in generale”».

che tale ultima attività è ricompresa tra quelle riservate al commercialista per legge, a meno di esplicita esclusione nella polizza⁸⁹.

Tale impostazione ha trovato conferma successivamente in quanto l'attività di curatore fallimentare è esercitata di regola dai professionisti contabili⁹⁰.

La linea interpretativa adottata dalla giurisprudenza superiore appare pienamente condivisibile, in quanto l'oggetto del contratto assicurativo (e quindi l'estensione del rischio garantito) non può che coincidere con l'area di tutte le attività consentite al commercialista⁹¹.

Infine, il contratto di assicurazione per la responsabilità civile del commercialista può contenere clausole *claims made*, in base alle quali l'assicuratore può coprire condotte del professionista assicurato commesse prima della conclusione del contratto, ma la cui domanda di risarcimento del danno sia proposta in periodo successivo alla conclusione del contratto.

La S. Corte recentemente si è pronunciata favorevolmente, affermando che «nei contratti di assicurazione della responsabilità civile l'estensione della copertura alle responsabilità dell'assicurato scaturenti da fatti commessi prima della stipula del contratto (cosiddetta

⁸⁹ Così, Cass., 15 luglio 2005, n. 15030, in *Resp. civ. prev.*, 2006, p. 165: «Qualora il curatore fallimentare, commercialista, sia responsabile, ai sensi del combinato disposto degli art. 38, comma 1, l. fall. ed art. 2043 c.c., del risarcimento di un danno ingiusto cagionato nell'espletamento della sua attività di ausiliare 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 legge, in quanto il professionista intellettuale non esaurisce la sua attività professionale nell'ambito tratteggiato dalle disposizioni codicistiche (art. 2227-2230 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 poteri».

⁹⁰ Cass., 24 gennaio 2009, n. 2460, in *Danno e resp.*, 2009, p. 459, ove espresso rinvio alla decisione del 2005 citata nella nota precedente. Ad un risultato analogo è pervenuto il Supremo Collegio (Cass., 15 febbraio 2007, n. 3468, in *Obbl. e contr.*, 2007, p. 390), in fattispecie in cui, in assenza di esclusioni convenzionali, era stata offerta una copertura dei rischi derivanti dalla responsabilità civile professionale ad un avvocato che tale garanzia invocava anche per l'attività svolta quale curatore fallimentare. La Cassazione, come nelle ipotesi di attività di curatore svolta da commercialista, ha riconosciuto che il rischio assicurato dovesse comprendere anche l'attività di curatore, in quanto questa viene svolta, in via del tutto normale, dagli avvocati e che pertanto, come tale, costituisce un'attività professionale dell'avvocato.

⁹¹ Interessante, Cass., 13 dicembre 2011, n. 26783, in *Mass. Giust. civ.*, 2011, p. 1768, giusta la quale «nei contratti di assicurazione contro i danni che prevedano la determinazione del premio in base ad elementi variabili (cosiddetta assicurazione con la clausola di regolazione del premio), l'obbligo dell'assicurato di comunicare periodicamente all'assicuratore gli elementi variabili costituisce oggetto di un'obbligazione civile diversa da quelle indicate nell'art. 1901 c.c., il cui inadempimento non comporta l'automatica sospensione della garanzia, ma può giustificare un tale effetto, così come la risoluzione del contratto, solo in base ai principi generali in tema di importanza dell'inadempimento e di buona fede nell'esecuzione del contratto».

clausola “claims made”) non fa venire meno l’alea e, con essa, la validità del contratto, se al momento della stipula le parti (e, in specie, l’assicurato) ignoravano l’esistenza di questi fatti, potendosi, in caso contrario, opporre la responsabilità del contraente *ex artt. 1892 e 1893 c.c. per le dichiarazioni inesatte o reticenti*»⁹².

Abstract

The essay traces the routes of doctrine and case law about the liability of chartered accountants, in order to highlight relevant aspects of the topic within the discipline of liability of legal professionals. In terms of performance, the efforts of judges emerge. They intended to force some aspects of the subject, such as those relating to the burden of proof, causation and loss of chances, especially in the context of tax litigation. Finally, the paper deals with the sensitive issue of insurance for civil liability of professional, especially with regards to the profile of the insurance coverage of the various activities carried out by a chartered accountant as well as the difficult issue of claims made clauses contained in the insurance contract.

Camerino, novembre 2014.

⁹² Cass., 17 febbraio 2014, n. 3622, in *Resp. civ. prev.*, 2014, p. 826 ss., con nota di L. LOCATELLI, *Clausole claims made, rischio e successione di polizze*.