

**ISSN 1127-8579**

**Pubblicato dal 30/09/2015**

**All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/37397-la-responsabilit-del-professionista-nei-confronti-del-cliente>**

**Autore: Iannone Paolo**

## **La responsabilità del professionista nei confronti del cliente**

**“LA RESPONSABILITÀ DEL PROFESSIONISTA  
NEI CONFRONTI DEL CLIENTE”**  
di PAOLO IANNONE

**INDICE**

<b>INTRODUZIONE.....</b>	<b>1</b>
<b>CAPITOLO I .....</b>	<b>7</b>
<b>IL PROFESSIONISTA INTELLETTUALE.....</b>	<b>7</b>
1. <i>Nozioni e caratteri del professionista intellettuale.....</i>	<i>7</i>
2. <i>Professionisti intellettuali e Costituzione.....</i>	<i>12</i>
3. <i>L'accordo tra le parti e il consenso, tra compenso e corrispettivo.....</i>	<i>20</i>
4. <i>Le tariffe professionali tra reciproche influenze della giurisprudenza comunitaria e del giudice delle leggi.....</i>	<i>21</i>
5. <i>L'obbligazione del professionista: il superamento della dicotomia tra obbligazioni di mezzi e di risultato.....</i>	<i>24</i>
<b>CAPITOLO II.....</b>	<b>29</b>
<b>LA RESPONSABILITÀ CIVILE DEL MEDICO.....</b>	<b>29</b>
1. <i>La natura della responsabilità del medico nell'evoluzione giurisprudenziale -dottrinale della responsabilità civile e del nesso di causa.....</i>	<i>29</i>
2. <i>L'omessa o tardiva diagnosi del medico.....</i>	<i>35</i>
3. <i>L'errore durante l'intervento chirurgico e il trattamento in equipe.....</i>	<i>42</i>
4. <i>La violazione della regola del consenso informato nel trattamento terapeutico.....</i>	<i>44</i>
5. <i>Il decreto Balduzzi e la Legge n. 189/2012.....</i>	<i>52</i>
<b>CAPITOLO III .....</b>	<b>63</b>
<b>LA RESPONSABILITÀ CIVILE DEL NOTAIO .....</b>	<b>63</b>
1. <i>La professione del notaio e i suoi caratteri peculiari.....</i>	<i>63</i>
2. <i>La responsabilità del notaio per inesatta identificazione delle parti.....</i>	<i>70</i>
3. <i>La responsabilità per omesso accertamento nei registri catastali e immobiliari.....</i>	<i>73</i>
4. <i>La responsabilità per mancato conseguimento del trattamento fiscale più favorevole.....</i>	<i>78</i>
5. <i>La mancata esplicita richiesta di trascrizione da parte dei clienti.....</i>	<i>80</i>
<b>CAPITOLO IV.....</b>	<b>85</b>
<b>LA RESPONSABILITÀ CIVILE DELL'AVVOCATO .....</b>	<b>85</b>
1. <i>I caratteri della professione legale.....</i>	<i>85</i>
2. <i>La responsabilità per decadenza della costituzione di parte civile.....</i>	<i>92</i>
3. <i>L'assunzione di difesa per una causa infondata.....</i>	<i>94</i>
4. <i>L'allungamento dei tempi processuali e abuso strumentale del processo.....</i>	<i>96</i>
5. <i>Mancata informazione del cliente sullo stato della pratica.....</i>	<i>99</i>
6. <i>Tardiva proposizione dell'impugnazione.....</i>	<i>104</i>
<b>CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE .....</b>	<b>107</b>
<b>BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>114</b>

# INTRODUZIONE

La finalità del presente lavoro è volta non solo ad operare una ricognizione sullo stato dell'arte vigente concernente la controversa quanto attuale tematica relativa alla responsabilità del professionista nei rapporti con il cliente, ma al contempo mira ad analizzare criticamente gli istituti sottesi.

Nell'ambito della disciplina dettata dal codice civile in materia di lavoro autonomo viene riservata una precisa collocazione alle professioni intellettuali.

Nel rapporto contrattuale tra professionista e cliente, il contenuto tipico della prestazione del primo consiste nello svolgimento di una determinata attività qualificata da un quid pluris: il significativo ruolo svolto dall'intelligenza e cultura del professionista. L'equilibrio di tale rapporto giuridico è segnato sul versante del soggetto che si rivolge al professionista dall'affidamento e dall'aspettativa riposta sul ruolo, nonché sulle capacità del medico, notaio e avvocato chiamato in causa. L'evoluzione della responsabilità professionale viaggia di pari passo con i nuovi costumi che caratterizzano la società e contraddistinguono il rapporto con il cliente. Il tema delle professioni intellettuali e dei profili della loro responsabilità si pone in una singolare ed interessante situazione di crocevia tra diritto privato, diritto pubblico e codici di autodisciplina professionale collocando, in questo modo, la “Scienza del diritto” come lo studio del tutto e non

solamente del diritto pubblico e del diritto privato, ma del diritto in generale.

I tempi, le modalità e le tecniche con cui il libero professionista si interfaccia, ovvero tende a proporsi nell'ambito del mercato sono mutati nel corso del tempo. L'invasione dei social networks o, addirittura, siti web registrati sotto un dominio a pagamento rende visibile e, in parte, trasparente l'offerta sul mercato di prestazioni professionali potenzialmente "qualificate" che ingenerano affidamento nella collettività e nei potenziali nuovi "clienti".

Qualsiasi notizia voglia il soggetto cercare per avere informazioni su avvocati, notai o medici passa attraverso la rete web, ma il progresso tecnologico ha sempre i suoi risvolti negativi come l'aumento delle truffe in internet da parte di persone che, dietro falsa identità si spacciano per liberi professionisti. La nuova tendenza di studi legali o medici che inseriscono servizi on-line per i loro clienti permettono a quest'ultimi di conoscere lo stato di avanzamento della loro pratica sul website, ma dall'altra parte rende palese la necessità di approntare meccanismi di tutela dei dati sensibili trattati attraverso adeguati sistemi di controllo e gestione dei dati. Ciò posto, una società in continua evoluzione che vede la sua massima espressione nell'assicurazione obbligatoria del professionista non solo per l'attività svolta, ma anche per i luoghi in cui esercita attraverso sistemi di vigilanza e controllo che nell'ambito delle professioni intellettuali, specie in quella notarile, impongono cautela e rigore nella circolazione dei beni.

A ben vedere, nell'ambito della responsabilità medica l'espansione dell'area dell'illecito trova, in parte, una sua giustificazione nella

pluralità di prestazioni variegate per modalità e temporalità (visita medica, intervento chirurgico, consulenza, prescrizione di farmaci etc.) che, talvolta, non si esauriscono in un'attività meramente individuale, bensì di equipe. D'altra parte, alle problematicità legate alla violazione delle regole giuridiche e tecniche, proprie dell'ars medica, si accompagnano le note questioni di carattere etico. Il tema del fine vita amplificato dal "Caso Eluana Englaro", la cui vicenda processuale durata ben diciassette anni ha coinvolto l'opinione pubblica sul trattamento medico e il suo consenso informato, ancora oggi non perviene a soluzioni condivise. Detto ciò, non meno rilevante appare il fenomeno concernente la responsabilità del notaio garante della circolazione dei beni e dell'avvocato nell'esercizio della propria attività, in cui l'ampiezza dei doveri informativi nei confronti del cliente delinea scenari interessanti.

La figura del notaio, da anni oggetto di varie pronunce delle Corti, destà interesse in quanto riassume le qualifiche di pubblico ufficiale e di libero professionista. Così accade che la condotta richiesta non sarà conforme solo alle disposizioni sull'ordinamento del notariato, ma anche a quelle che disciplinano in generale il rapporto di cui all'articolo 2236 del codice civile.

Gli obblighi e i doveri che investono l'area di intervento del professionista sarà oggetto di attenta, nonché rigorosa verifica del presente contributo, il quale si propone di analizzare l'osservanza delle norme e dei rimedi posti dall'ordinamento. In tale prospettiva, l'affermazione per cui la norma giuridica è obbligatoria *erga omnes*, in virtù del suo carattere positivo e coattivo, rende scontata la previsione di sanzioni quando ci si trova di fronte ad un

comportamento illecito dell'agente che ha violato il dovere giuridico. Il sistema della responsabilità civile del professionista è un sistema in evoluzione nell'ordinamento giuridico italiano (e non solo). Certo esistono una varietà di professioni, ma il sistema della responsabilità civile professionale si presenta come un insieme unitario, rispetto alla quale le peculiarità delle diverse attività professionali costituiscono mere variabili.

La presenza di una struttura unitaria permette di analizzare, sotto il profilo diacronico, l'evolversi degli elementi strutturali che qualificano l'insieme partendo dall'osservazione delle differenze e delle differenti allocazioni nelle classificazioni più evolute, al fine di preconizzare nelle tipologie, non ancora evolute o in un momento intermedio di evoluzione, i futuri sviluppi che tengano conto delle deformazioni topologiche di settore<sup>1</sup> e che porteranno nel momento conclusivo ad un assestamento normativo dell'attività professionale.

I mutamenti giurisprudenziali intervenuti nel settore delle professioni intellettuali indicano chiaramente, soprattutto nell'ambito della responsabilità medica, la circostanza che è stato perseguito solo uno dei due obiettivi, o funzioni, della responsabilità civile: riparare il danno causato. Di conseguenza viene sostanzialmente trascurato, o realizzato in misura sicuramente inferiore la funzione di deterrenza, quale secondo obiettivo della responsabilità in materia civile.

La misura coercitiva o sanzione prevista dal legislatore nel nostro ordinamento è connotato dal carattere riparatore, ovvero il risarcimento del danno con lo scopo di riparare le conseguenze provocate dall'inosservanza del dovere giuridico. Il carattere punitivo

---

<sup>1</sup> Peculiarità di variabili strettamente legate al contenuto dell'attività professionale.

della sanzione, quando i romani usavano l'espressione latina malum propter malum, ovvero un male in cambio del male, risulta maggiormente presente nei Paesi di tradizione giuridica anglosassone di common law. Tuttavia, il carattere punitivo della sanzione è presente, seppur in bonam partem, anche nella nostra tradizione giuridica occidentale di civil law. Pertanto, le vicende umane di fronte alla responsabilità del professionista risaltano le istanze punitive coltivate dalla parte contrattuale, ovvero il cliente, parte debole del rapporto che gode di un regime di informazioni impensabili rispetto al passato.

Tuttavia le suddette argomentazioni non possono trovare cittadinanza in un ordinamento ben lontano dai concetti di deterrence.

Personalmente ho usato l'espressione bonam partem riferendomi alla sanzione dei Paesi di civil law, perché nei Paesi anglosassoni di common law il danno è punitivo, nonché doppiamente circoscritto, in quanto, oltre a punire il trasgressore evita la recidività dello stesso attraverso la totale privazione della libertà nell'illecito penale, oppure, in un risarcimento del danno che ripristini lo status quo ante e mini dal punto di vista sostanzialmente economico le risorse del danneggiante nell'illecito civile.

In ogni caso la sanzione svolge una funzione preventiva, perché la minaccia della sua applicazione serve a dissuadere l'individuo dal violare il dovere giuridico e ad assicurarne il suo rispetto.

In relazione all'interesse che viene protetto dalla norma violata e al tipo di conseguenza prevista dalla sanzione, a seconda del fatto illecito commesso dall'agente (civile, amministrativa o penale) si conviene

alla mia opinione giuridica iniziale, ovvero la “Scienza del Diritto” rappresenta lo studio del tutto.

Dunque, il diritto secondo dovere, ma diritto, potere e dovere anche come situazioni giuridiche soggettive costituiscono il fondamento del presente contributo.

# CAPITOLO I

## Il professionista intellettuale

**SOMMARIO:** **1.** Nozioni e caratteri del professionista intellettuale - **2.** Professionisti intellettuali e Costituzione - **3.** L'accordo tra le parti e il consenso, tra compenso e corrispettivo - **4.** Le tariffe professionali tra reciproche influenze della giurisprudenza comunitaria e del giudice delle leggi - **5.** L'obbligazione del professionista: il superamento della dicotomia tra obbligazioni di mezzi e di risultato.

**1.1 Nozioni e caratteri del professionista intellettuale** – Qualsiasi studio sulla responsabilità civile del professionista<sup>2</sup> impone una scelta di metodo che prende avvio dalla sua nozione (ex articolo 2229 del codice civile). A riguardo giova rilevare che le professioni intellettuali sono connotate da una particolare diligenza impiegata dal soggetto, il quale svolge l'attività nel rispetto della piena autonomia con ampi poteri discrezionali basati sull'importanza assunta dalla cultura e dall'intelligenza del professionista stesso. Tanto chiarito occorre inquadrare tale professione sulla base di quanto previsto nella nostra Carta Costituzionale, infatti, all'articolo 33, comma 5, è previsto il superamento dell'esame di Stato al fine di ottenere l'abilitazione professionale. La nozione di professione in generale è collegata all'esercizio di un'attività svolta in modo continuativo e a scopo di lucro, ma le c.d. professioni intellettuali concernono l'esercizio di un'attività di natura specialistica che non sempre è intellettuale (ad esempio l'avvocato o il notaio), perché la prestazione d'opera richiede

---

<sup>2</sup> FACCI, *La responsabilità civile del professionista*, Padova, 2006, p. 1; A.-S. BALDASSARRI, *La responsabilità civile del professionista*, Milano, 2006; MUSOLINO, *Il contratto d'opera professionale*, Milano, 2001; Id., *L'opera intellettuale. Obbligazioni e responsabilità professionali*, Padova, 1995, p. 1; D'ORSI, *La responsabilità del professionista*, Milano, 1981, p. 10.

un comportamento ed un intervento materiale che si contrappone alla cultura e alla scienza (a titolo meramente esemplificativo si pensi al medico e all'atto pratico di adoperare il bisturi durante un intervento chirurgico).

Il legislatore nell'articolo 2229 del codice civile racchiude nella categoria delle professioni intellettuali, in maniera convenzionale, tutte le attività che necessitano per il loro espletamento la loro iscrizione in appositi albi o elenchi demandati alle associazioni professionali come per il notaio, l'avvocato e il medico.

Dal punto di vista giuridico esistono in Italia le professioni regolamentate o protette e le professioni non regolamentate ovvero non protette.

Le professioni non regolamentate (c.d. professioni intellettuali non protette) concernono l'esercizio di tutte quelle attività che non sono legate al possesso di un requisito ovvero titolo specifico, salvo quanto stabilito dal codice civile (ad esempio l'imprenditore, ex articolo 2082 del codice civile, ovvero chi esercita professionalmente un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi).

Le professioni regolamentate (c.d. professioni intellettuali protette) sono, invece, tutte quelle attività esercitate dai professionisti intellettuali, il cui accesso è regolamentato dalla legge in base al possesso dei seguenti requisiti e capacità: titolo di studio (necessario per l'esercizio della professione intellettuale), compimento del prescritto periodo di tirocinio ovvero praticantato professionale e superamento dell'esame di Stato (articolo 2229 del codice civile). Successivamente, a seguito del superamento del suesposto esame di

abilitazione, si renderà necessario effettuare la relativa iscrizione presso l'Ordine o Collegio professionale di appartenenza allo scopo di esercitare l'attività e ricevere la qualifica (ad esempio medico, avvocato o notaio).

L'esercizio della professione intellettuale, ovvero professione regolamentata, con una totale o parziale assenza dei suddetti requisiti determina: il reato di esercizio abusivo della professione, ai sensi e per gli effetti dell'articolo 348 del codice penale.

Ragion per cui, la differenza fondamentale tra professioni regolamentate e non risiede nel suo esercizio, ovvero quando è richiesta l'iscrizione ad un albo professionale (c.d. professioni intellettuali protette) e quando, al contrario, la professione intellettuale non richiede per il suo espletamento l'obbligatorietà alla predetta iscrizione (c.d. professioni intellettuali non protette).

La suddetta dicotomia viene ribadita anche dalla giurisprudenza amministrativa e, ovviamente, non manca l'osservazione sul discriminio tra le suseposte tipologie di professioni che deve essere localizzato nella scelta del legislatore.

La linea di demarcazione pone su un piano di tutela più elevato le professioni protette, in quanto con l'obbligo di iscrizione al relativo albo professionale, v'è la garanzia della norma penale che punisce l'abusivo esercizio della professione all'articolo 348, in quanto è richiesta una speciale abilitazione dello Stato tramite un esame da sostenere e superare. Inoltre le professioni intellettuali protette si differenziano altresì per la possibilità di lavorare in associazioni, come ad esempio nell'ambito degli studi legali associati (c.d. società di professionisti intellettuali). Di sicuro, l'introduzione del sistema

dell'obbligatoria iscrizione all'albo professionale, per le professioni intellettuali protette, nasce dall'esigenza di tutelare la posizione del terzo che decide di avvalersi delle prestazioni di un professionista.

Infatti, la suddetta iscrizione all'albo professionale presuppone anche l'accertamento dei requisiti in possesso dal professionista per poter esercitare l'attività intellettuale, oltre ad essere fonte di garanzia per il cliente. Riflessione merita senz'altro l'ipotesi che se da un lato v'è la garanzia del cliente, dall'altra parte non v'è forse una limitazione del diritto al lavoro nell'ambito della professione intellettuale protetta, per conseguente ed ipotetica violazione dell'articolo 4 della Costituzione? Certamente no, perché in ordine all'accesso a determinate professioni intellettuali si tende a garantire le competenze e capacità del professionista nei rapporti con il cliente, ma non a limitare il diritto di libertà di scelta dell'attività lavorativa. Le cinque caratteristiche fondamentali del professionista intellettuale sono:

1. **Libertà:** in quanto l'attività svolta dal professionista intellettuale caratterizza la sfera di piena libertà che gli consente di operare in maniera indipendente, pur se in determinati ambiti si avvalga di collaboratori o colleghi di studio. Tale libertà si estrinseca anche nel potere discrezionale qualificando giuridicamente il professionista come attività autonoma che si differenza dal lavoro subordinato, poiché in quest'ultimo caso deve considerarsi esistente il vincolo di subordinazione che faccia venir meno la carattere della libertà e la nozione stessa di professionista intellettuale autonomo ed indipendente;

2. **Individualità:** intesa come elemento puramente caratteristico che riproduce l'aspetto saliente connotativo del contratto d'opera professionale, in quanto la professione intellettuale deve essere personale e indipendente differenziandosi, in questo modo, dal contratto di lavoro subordinato anche per il potere di scelta lasciato al libero arbitrio del professionista nell'attività svolta;
3. **Diligenza professionale:** rappresenta l'elemento principe che accomuna tutte le professioni intellettuali, laddove la professionalità è intesa come conoscenza tecnica necessaria allo scopo di perseguire il risultato voluto dal cliente (articolo 1176, secondo comma, del codice civile);
4. **Ripetitività della professione a scopo di lucro:** detta caratteristica emerge, seppur indirettamente, dai provvedimenti giudiziali che vertono sul tema del risarcimento del danno da ritardato pagamento dell'onorario da parte del cliente in favore del professionista;
5. **Rischio:** rappresenta l'ultimo elemento che il professionista deve accettare nello svolgimento della propria attività lavorativa, in quanto nel rapporto obbligatorio assume la veste di debitore della prestazione, poiché deve perseguire il risultato voluto dal cliente (articolo 2222 del codice civile).

In definitiva si può sostenere che il concetto di professionista intellettuale è data non da una definizione unitaria, bensì da un complesso di caratteri coincidenti con l'esercizio di un'attività caratterizzata dall'impiego di intelligenza e cultura. Ciò posto, nell'articolo 2230 del codice civile, il legislatore stabilisce che il

contratto d'opera risulta attuabile per le professioni intellettuali, laddove la natura del negozio giuridico coincida con l'effettiva attività svolta dal professionista. Sul punto occorre precisare che, se nel contratto d'opera l'attività lavorativa si svolge allo scopo di perseguire un risultato specifico, al contrario nella prestazione d'opera intellettuale la performance del professionista, attraverso l'uso della diligenza professionale richiesta (articolo 1176, comma 2, codice civile) risulta finalizzata al raggiungimento di un particolare risultato determinato dal cliente, essendo quest'ultimo il soggetto creditore nel rapporto obbligatorio.

**1.2 Professionisti intellettuali e Costituzione** – L'interprete oggi si trova ad operare in un sistema dominato dal pluralismo delle fonti ed è ineludibile l'esigenza, oltre al dovere di fornire un'interpretazione armonica, di ricondurre sul piano unitario il livello sistematico delle varie norme a seconda del grado gerarchico.

Una lettura ad ampio respiro della disciplina dettata dal codice civile, secondo i dettati della Carta costituzionale rappresenta un dialogo necessario non solo tra le parti, ma altresì tra il giurista e l'interprete quale categoria che racchiude un ampio ed indefinito genere di soggetti che operano quotidianamente nel campo giuridico.

La Costituzione della Repubblica Italiana racchiude in un gruppo di dodici norme fondamentali una serie di principi cardini della nostra società civile.

Il lavoro inteso, nei diritti fondamentali della nostra Carta Costituzionale, con un significato ampio, in quanto qualsiasi attività concorre al progresso materiale e spirituale della nazione ricomprende

sia il lavoro subordinato sia il lavoro autonomo. Di fatti il primo comma dell'articolo 1 della nostra Costituzione enuncia così: «L'Italia è una Repubblica democratica, fondata sul lavoro».

Partiamo dall'analisi letterale del suddetto articolo 1 e dal concetto che l'Italia è una Repubblica democratica, ovvero da res in latino che significa cosa pubblica di tutti e scelta da tutti democraticamente, fondata sul lavoro, quale connotazione di sistema della Repubblica democratica, in quanto si basa sul contributo della prestazione lavorativa autonoma o subordinata, intellettuale o materiale che ciascun cittadino può dare allo Stato italiano.

Il principio lavorista è un diritto particolare della nostra forma di Repubblica democratica, in quanto il lavoro è fondamento e valore basilare della vita sociale. Attestare che la nostra Repubblica è fondata sul lavoro significa che incombe sul potere dello Stato il dovere di perseguire una politica di promozione e tutela di ogni attività lavorativa.

Il lavoro esprime non solo un mezzo di affermazione del singolo e della sua personalità, ma altresì un dispositivo volto al progresso materiale e intellettuale, nonché una delle poche fattispecie in cui si riconosce nella medesima posizione giuridica un diritto-dovere del cittadino a lavorare.

L'articolo 4 della nostra Costituzione afferma: «La Repubblica riconosce a tutti i cittadini il diritto al lavoro e promuove le condizioni che rendano effettivo questo diritto. Ogni cittadino ha il dovere di svolgere, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società».

L'analisi letterale dell'articolo 4 riconosce e promuove l'attuazione del diritto al lavoro a tutti i cittadini e la Repubblica sostiene le condizioni che possano realizzare il predetto diritto, ovvero il potere esecutivo dello Stato italiano deve sempre attuare e promuovere le leggi che possano favorire il diritto al lavoro di tutti<sup>3</sup>. Tuttavia, una caratteristica fondamentale della prestazione lavorativa del professionista è caratterizzata dalla sua iscrizione ad un preciso ordine di appartenenza, inoltre, quest'ultimo dovrebbe vigilare sulle modalità di espletamento di un'attività in cui i terzi ripongono il proprio affidamento. Adam Smith osservando il sistema delle organizzazioni professionali del proprio tempo ne "La ricchezza delle Nazioni" del 1776 scriveva: «È difficile che persone dello stesso mestiere si incontrino, sia pure per far festa e per divertirsi, senza che la conversazione finisca in una cospirazione contro lo stato o in qualche espediente per elevare i prezzi. È certamente impossibile impedire questi incontri con una legge compatibile con la libertà e la giustizia. Tuttavia se la legge non può vietare a coloro che esercitano lo stesso mestiere di riunirsi talvolta insieme, non dovrebbe far niente per facilitare tali riunioni e tanto meno per renderle necessarie. Un regolamento che obbliga tutti quelli che esercitano lo stesso mestiere in una determinata città a iscrivere i loro nomi e i loro domicili in un pubblico registro facilita tali riunioni, in quanto mette in rapporto tra loro individui che altrimenti potrebbero non conoscersi mai l'uno con

---

<sup>3</sup> V'è di più, in quanto è un dovere di tutti i cittadini svolgere un'attività, secondo la propria scelta e le proprie possibilità, purché concorrono al progresso materiale o intellettuale dello Stato italiano, quindi con l'espletamento di un lavoro subordinato o autonomo, quale la professione intellettuale che concorre assieme a tutte le altre tipologie di lavori al progresso e alla crescita produttiva della nazione. Il lavoro costituisce la fonte di sostentamento del cittadino ed è per questo motivo il mezzo indispensabile per permettere a ciascuno di asserire la propria indipendenza e autonomia. L'articolo 4 della Costituzione riconosce a tutti i cittadini il diritto al lavoro sancendo, altresì, l'impegno della Repubblica italiana nel creare le condizioni per renderlo effettivo ed attuabile.

l'altro e indica a ciascuno dove trovare ogni altro appartenente al medesimo mestiere». Le parole di Adam Smith testimoniano come gli ordini professionali (ed il sistema di potere da essi rappresentato) fossero guardati con sospetto, dal potere come dagli intellettuali, sin da quando gli stessi hanno cominciato ad assumere la propria moderna fisionomia.

Del resto il professionista intellettuale sceglie liberamente il tempo, il luogo e il modo circa l'organizzazione del proprio studio e compie, dietro compenso del cliente, un servizio o un'opera così come stabilito secondo contratto. Al contempo l'analisi di Smith induce ad un'altra riflessione: nonostante la naturale tendenza degli uomini ad associarsi si sia dimostrata ancor più marcata tra coloro che svolgono il medesimo mestiere, la stessa arte o professione, tuttavia in molte epoche la spinta a riunirsi in gruppi ben identificati è venuta non dal basso o autonomamente, bensì dall'alto, in ragione di un intervento del potere costituito.

L'articolo 35 della Costituzione<sup>4</sup> dà, inoltre, un rilievo internazionale alla tutela del lavoro richiamando i trattati sottoscritti in Italia, i quali regolano il diritto al lavoro come: la Carta internazionale del lavoro (Versailles, 1919), aggiornata dalla Dichiarazione di Filadelfia del 1944, la Carta sociale europea (Torino, 1961), quest'ultima sottoscritta dai membri del Consiglio d'Europa, i quali hanno ribadito i criteri minimi applicativi del Codice europeo di sicurezza sociale (1964), il Patto delle Nazioni Unite sui diritti economici, sociali e culturali, approvato dall'Assemblea generale dell'ONU (**Organizzazione Nazioni Unite**) nell'anno 1966, la quale

---

<sup>4</sup> MARTINES, *Diritto Costituzionale*, Milano, 2007, p. 75.

pone la tutela circa il diritto al lavoro e l'equa retribuzione della prestazione lavorativa svolta. Altrettante importanti convenzioni sono state elaborate dall'**OIL (Organizzazione Internazionale del Lavoro)**, quest'ultime tutelano le condizioni di lavoro e vi rientrano altresì i principi della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

Con le suddette disposizioni sembrerebbe che le professioni intellettuali godano di un ampio riconoscimento e tutela costituzionale, eppure manca nella nostra Costituzione una norma avente ad oggetto le professioni intellettuali, seppure il diritto al lavoro venga disciplinato e tutelato senza fare alcuna distinzione tra il lavoro subordinato e il lavoro autonomo.

La compatibilità delle norme legislative intervenute a disciplinare le singole professioni intellettuali ha formato oggetto di numerosi interventi della Corte Costituzionale, quest'ultima ha dovuto valutarne la rispondenza con i suindicati principi della nostra Costituzione. Tra le questioni più rilevanti emerge l'articolo 2233 del codice civile con riferimento agli articoli 3 (principio di uguaglianza dei cittadini dinanzi alla legge) e 101 (giustizia amministrata in nome del popolo) della Costituzione, in particolare nel punto in cui si prevede che il compenso: «se non è convenuto dalle parti e non può essere determinato secondo le tariffe o gli usi, è determinato dal giudice, sentito il pare dell'associazione professionale a cui appartiene il professionista». Allorquando vi sia il parere di congruità dell'associazione professionale, se il giudice anziché nominare il consulente tecnico d'ufficio decida di far affidamento sulle proprie conoscenze tecniche senza tener conto dell'ordine professionale di

appartenenza, tale modus operandi finirebbe con l'essere in contrasto con il dettato costituzionale.

Sarebbe evidente, infatti, una disparità di trattamento con gli altri professionisti verso chi ha usufruito del parere di congruità dell'associazione professionale e altri che, invece, si sono avvalsi di quello del consulente tecnico d'ufficio nominato dal giudice.

Per i suesposti motivi, quindi, si configurerebbe un caso di illegittimità costituzionale con l'articolo 3 della Costituzione concernente l'uguaglianza di tutti i cittadini dinanzi alla legge.

La seconda questione cui è stata investita la Corte Costituzionale ha riguardato l'ambito territoriale di esercizio dell'attività professionale. Più precisamente gli articoli 5 e 6 del decreto legge 27 novembre 1933, n. 1578 convertito poi in Legge nel 22 gennaio del 1934, n. 36, anche se successivamente abrogati, soltanto dall'articolo 6 in poi, dalla Legge del 24 febbraio 1997, n. 27, ove i procuratori legali<sup>5</sup>, sia pur con delle limitazioni, potevano esercitare la loro professione esclusivamente nel distretto della Corte d'appello in cui è compreso il tribunale al quale erano assegnati.

Sull'aspetto della legittimità costituzionale, circa l'articolo 5 della Costituzione, la Corte Costituzionale ha avuto modo di osservare che: «La limitazione territoriale della competenza del procuratore legale più che essere di ostacolo all'esercizio del diritto di difesa, lo agevola, giacché pone a disposizione della parte un professionista che, avendo l'obbligo di risiedere nel capoluogo del circondario del tribunale è più idoneo a svolgere con la necessaria tempestività

---

<sup>5</sup>Con la Legge 24 febbraio 1997, n. 27 viene abrogata la figura del procuratore legale assieme al relativo albo professionale, inoltre si stabilisce che il termine procuratore legale deve intendersi sostituito da quello di Avvocato.

l'attività processuale di cui la parte è onerata, spesso collegata al rispetto di termini perentori, e a rappresentare al giudice, con la necessaria immediatezza, ogni esigenza di difesa».

La suesposta fattispecie emersa nel 1975 concernente la figura del procuratore legale si riflette, oggi, sull'impossibilità del praticante avvocato abilitato al suo esercizio dell'attività forense dinanzi a qualsiasi Foro giudiziale al pari dell'avvocato, pur essendo ai medesimi obblighi e pesi di legge<sup>6</sup>.

La summenzionata limitazione per alcuni versi discutibile stante l'ampiezza dello ius postulandi attribuito al praticante avvocato abilitato, ove si consideri, tralasciando il limite di valore, la circostanza che alcuni distretti riconoscono la possibilità di patrocinare senza limiti nelle controversie di lavoro, comunque trova il suo fondamento nel fatto che l'abilitazione, contrariamente all'esame di Stato atto al conseguimento della qualifica professionale di avvocato, non è su base nazionale e non è neanche concorsuale, ma semplicemente viene rilasciata dal distretto di appartenenza sulla base di un mero colloquio<sup>7</sup>.

La delimitazione nello svolgimento della propria attività professionale nell'ambito del territorio potrebbe costituire una lesione del principio costituzionale di libertà di iniziativa economica. Sul punto, la Corte Costituzionale richiamando il disposto dell'articolo 41

---

<sup>6</sup> Oggi, il praticante abilitato al patrocinio, purtroppo, può esercitare solo nell'ambito del distretto di Corte di Appello in cui è iscritto (stessa questione degli anni '70 per i procuratori legali) nel relativo registro dei praticanti abilitati.

<sup>7</sup> Pertanto i praticanti avvocati abilitati non possono costituirsi, né tantomeno sostituire in udienza fuori dal distretto di Corte di Appello in cui si è iscritti nel relativo registro dei praticanti abilitati. Sul piano territoriale, ove vi sono più distretti di Corte di Appello (ad mo' di esempio in Puglia ve ne sono due nelle città di Bari e Lecce), l'attività del praticante avvocato abilitato risulta fortemente limitata, poiché la competenza territoriale di esercizio della professione è il Distretto di Corte di Appello in cui si è iscritti. Di conseguenza, se l'attività è svolta nell'ambito di una Regione con un solo distretto, certamente, il problema incide maggiormente.

della Carta fondamentale ha stabilito che: «non può non osservarsi che detta disposizione ben difficilmente si presta ad essere adottata come parametro della legittimità costituzionale di norme disciplinanti l'attività dei professionisti intellettuali, che nell'ordinamento vigente è tuttora differenziata da quelle imprenditoriali».

Sotto il profilo dell'eguaglianza i summenzionati limiti territoriali all'attività dei procuratori legali difficilmente postulano una violazione dell'articolo 3 della Costituzione Italiana, poiché non necessariamente una differenziazione normativa equivale ad una forma di discriminazione, dal momento che la legge deve essere sempre interpretata con un approccio esteso alle finalità e tutele perseguitate. Pertanto, non v'è dubbio che nella fattispecie specifica del praticante avvocato abilitato al patrocinio la tenuta del relativo albo è limitata al distretto territoriale di iscrizione, mentre l'avvocato è inserito in un albo nazionale. I criteri di certezza ed affidamento dei terzi giustificherebbe, di conseguenza, una limitazione dell'esercizio dell'attività in ambito territoriale.

Ulteriore annosa questione posta in raffronto tra le norme ordinarie che disciplinano l'attività professionale e la Costituzione riguarda l'obbligo dell'iscrizione alla Cassa di previdenza per i professionisti intellettuali. La Corte Costituzionale (259/1992), in tal senso ha rilevato che un confronto tra professionisti non titolari di pensione a carico della Cassa rispetto ad altri già beneficiari del trattamento previdenziale postula le seguenti conclusioni: **la pretesa dei primi di essere esentati dall'obbligo di iscrizione alla Cassa implica una discriminazione, di cui non si vede una ragione giustificatrice.** La dicotomia tra sistema mutualistico e sistema solidaristico si trova

amalgamato in differenti scaglioni nell'ordinamento giuridico, infatti, la Corte Costituzionale sostiene la non sovrapposizione dei predetti sistemi, in quanto l'iscrizione alla Cassa è un elemento utile a formare gli anni contributivi di anzianità per esigenze di vita e per gli stessi fini solidaristici indicati dall'articolo 38 della Costituzione.

L'analisi sin qui compiuta ha posto in risalto, in maniera inequivocabile, il tratto peculiare dell'attività professionale e il suo necessario coordinamento con il sistema delle fonti attraverso una lettura sistematica<sup>8</sup>. La violazione dei limiti imposti dalla legge e dagli ordini di appartenenza, così come testé evidenziati, superato il vaglio di costituzionalità, per il professionista delineano un regime di responsabilità multilivello di natura penale, civile e disciplinare. Su tali aspetti a breve entreremo nel merito della trattazione.

**1.3 L'accordo tra le parti e il consenso, tra compenso e corrispettivo** – Gli articoli 2225 e 2233 del codice civile sanciscono il necessario accordo tra le parti per la determinazione del corrispettivo (articoli 2223 e 2225 del codice civile) e compenso della prestazione d'opera intellettuale, in alternativa sarà dedotto dalle tariffe professionali o dal giudice sentito il parere di congruità del consiglio dell'ordine di riferimento.

La dicotomia "raffinata" tra compenso e corrispettivo ruota intorno al soggetto che fornisce una determinata prestazione.

---

<sup>8</sup> Per una interpretazione costituzionale della legge ordinaria non osta il contenuto dell'art. 12 disp. prel. c.c. il quale consente il richiamo ai principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato quale rimedio sussidiario rispetto all'applicazione di una disposizione di legge. Il principio dell'*in claris non fit interpretatio*, ossia della priorità dell'interpretazione letterale, non può trovare consenso in quanto l'interpretazione è per definizione sistematica. Il ricorso ai principi generali (art. 12 disp. prel.) quale *extrema ratio* nel procedimento di interpretazione della norma non può riferirsi a quelli costituzionali. Per una critica sull'aforisma *in claris non fit interpretatio* v. P. PERLINGIERI, *Scuole, tendenze e metodi. Problemi di diritto civile*, p. 275 ss.; F. VIOLA e G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, 1999, p. 117.

Se per l'imprenditore si può parlare di corrispettivo in virtù del contratto d'opera stipulato, invece, per il professionista intellettuale è più corretta la terminologia: compenso.

Dal suddetto chiarimento si può ben comprende anche il contenuto previsto all'articolo 2233 del codice civile, in quanto è analogo all'articolo 2225 del medesimo codice.

Dalla sopra menzionata analisi si desume che la tariffa professionale individua la determinazione del compenso spettante al professionista intellettuale.

**1.4 Le tariffe professionali tra reciproche influenze della giurisprudenza comunitaria e del giudice delle leggi** – Il compenso minimo ricompreso nel tariffario del professionista intellettuale, nonostante sia ancora di attualità, nonché di ampia discussione circa l'utilità di mantenere o meno il tariffario professionale, secondo l'opinione maggioritaria andrebbe a tutelare il decoro e la serietà della libera professione evitando, altresì, una concorrenza eccessiva che connota più l'attività imprenditoriale, piuttosto di quella dei professionisti intellettuali.

Con riguardo alla giurisprudenza comunitaria la Corte di giustizia della Comunità europea sostiene l'inammissibilità di fissare tariffe rigide all'attività del professionista intellettuale e di impresa. Tuttavia, sin dall'anno 1997 è stato posto in discussione la fissazione di tariffe uniformi nell'Unione Europea per i professionisti intellettuali, per cui l'orientamento della giurisprudenza comunitaria tende ad affermare la regolamentazione di prezzi e tariffe da parte dello Stato, affinché si garantisca un ordinato sviluppo del mercato.

In tema di compenso spettante al professionista occorre evidenziare che l'articolo 9, comma 2 del decreto legge n. 1/2012, successivamente convertito in legge n. 27/2012 statuisce che nel caso di liquidazione da parte di un organo giurisdizionale, il compenso del professionista è determinato con riferimento a parametri stabiliti con decreto del Ministro vigilante, parametri che sono stati stabiliti con decreto n. 140 del 2012. L'ambito di applicazione dei parametri è regolamentato dall'articolo 1 del decreto n. 140/2012, in cui prevede che: «*l'organo giurisdizionale che deve liquidare il compenso dei professionisti di cui ai capi che seguono applica, in difetto di accordo tra le parti, anche analogicamente le disposizioni del presente decreto*». Da tale formulazione letterale consegue che il regolamento sui parametri trova applicazione in assenza dell'accordo delle parti sul compenso; il decreto, quindi, non potrà che applicarsi se non allorché manchi l'accordo sul compenso medesimo tra professionista e soggetto tenuto al pagamento.

Con l'abolizione delle tariffe professionali<sup>9</sup> per la professione forense, attraverso, l'incentivo al ricorso dello strumento negoziale e l'introduzione dell'obbligo del preventivo scritto, se richiesto dal cliente, si prospetta la nascita di una nuova prassi contrattuale per la disciplina delle condizioni economiche ancora in fase di de iure condendo.

I vantaggi che derivano dal contratto sono principalmente la trasparenza tariffaria, la tracciabilità fiscale e l'efficacia probatoria del credito per il professionista; sia che venga stipulato come un accordo bilaterale, sia che venga concluso come accettazione di una proposta

---

<sup>9</sup> L. CARBONE, *La nuova parcella degli avvocati e i parametri per la liquidazione*, Milano, 2012, p. 185 ss.

(preventivo), in ogni caso, dal punto di vista della natura giuridica il contratto è un incarico per prestazione d'opera intellettuale. Il vincolo che lega le parti è molto forte e fragile al tempo stesso, infatti, l'elemento (causa) su cui si fonda il rapporto è la fiducia riposta dal cliente nel professionista o nel suo studio: se la fiducia si dovesse esaurire il contratto potrebbe cadere con una semplice revoca.

Tuttavia, per gli incarichi di assistenza continuativa si potranno disciplinare durata e risoluzione anticipata prevedendo un congruo preavviso che tuteli anche il professionista.

Il professionista deve oltre che formulare un preventivo, se richiesto, in base al decreto legge 1/2012, «rendere noto al cliente il grado di complessità dell'incarico fornendo tutte le informazioni utili, circa gli oneri ipotizzabili, dal momento del conferimento alla conclusione dell'incarico». Il contratto dovrà dunque contenere non solo il "prezzo" nel suo ammontare finale, ma anche gli elementi che ne hanno consentito la determinazione, così da reggere a una eventuale contestazione. Questa norma consente, in pratica, di non predeterminare il totale del prezzo in un momento in cui questo calcolo è impossibile, ma di legarlo all'effettiva attività, a fronte di una descrizione chiara e inequivocabile di un meccanismo di calcolo. Il tema della giustizia contrattuale<sup>10</sup>, nel mercato invaso dal crescente numero di professionisti potrebbe rappresentare il nuovo approdo dell'evoluzione della materia in esame determinando, di fatto, l'espansione dell'area della responsabilità contrattuale.

---

<sup>10</sup> F. VOLPE, *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, Napoli, 2004, p. 184 ss.; ID., *Contratto giusto*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, Agg., \*\*\*, I, Torino 2007, p. 384 ss.

In particolare sulle clausole inserite nel contratto e sul loro significato<sup>11</sup> da attribuire in sede interpretativa, in un rapporto non propriamente bilanciato tra professionista e cliente, i futuri pronunciati delle Corti offriranno ulteriori spunti di analisi e riflessione.

### **1.5 L'obbligazione del professionista: il superamento della dicotomia tra obbligazioni di mezzi e di risultato – L'insorgenza del rapporto contrattuale tra professionista e cliente pone la necessità di risolvere l'antico dilemma sulla natura delle obbligazioni assunte dal professionista.**

L'articolo 2230 del codice civile individua la normativa applicabile al contratto d'opera intellettuale, attraverso un collegamento tra le disposizioni dal legislatore espressamente dedicate alle professioni intellettuali (artt. 2229-2238 cod. civ.) da una parte e le statuzioni generali in tema di locatio operis (artt. 2222-2228 cod. civ.) dall'altra. A riguardo giova rilevare che la ragguardevole dicotomia esistente tra i due negozi giuridici è rappresentata dal risultato a cui il professionista aspira; infatti, se nel contratto d'opera l'attività professionale è svolta al fine di raggiungere un determinato effetto (c.d. obbligazione di risultato), nel contratto d'opera intellettuale, invece, l'attività consiste nel porre in essere una determinata condotta con lo scopo di realizzare l'obiettivo voluto dal cliente (c.d. obbligazione di mezzi), anche se tratteremo successivamente l'orami

---

<sup>11</sup> La buona fede, anche nel momento dell'interpretazione, «rappresenta un importante parametro per la valutazione del significato delle espressioni del contratto, del comportamento dei contraenti, del valore integrativo di eventuali fatti o documenti richiamati *per relationem*», così testualmente R. DE MEO, *La buona fede nell'ermeneutica contrattuale*, nota a Cass., 15 marzo 2004, n. 5239, in *Contratti*, 2004, p. 770; si veda anche F. SCATTARELLA, *Forma scritta ad substantiam e comportamento delle parti*, nota a Cass., 27 gennaio 2004, n. 1432, *ivi*, p. 892 ss.; I. TARDIA, *Buona fede ed obblighi di informazione tra responsabilità precontrattuale e responsabilità contrattuale*, cit., p. 724; L. BANDINELLI, *L'evoluzione interpretativa della clausola generale di buona fede nella dinamica del comportamento contrattuale*, *ivi*, p. 605 ss..

superata distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato alla luce della pronuncia giurisprudenziale delle S.U. n. 577/2008, in quanto non è possibile contrarre un obbligazione senza perseguire un risultato. Ciò posto, il mancato raggiungimento del risultato non può, di per sé, determinare l'inadempimento del professionista, in quanto deve essere fornita la prova relativa all'assenza dei doveri di diligenza professionale richiesta nell'obbligazione contratta, così come prevista dall'articolo 1176, comma 2, codice civile. Ad ogni buon conto, l'articolo 2236 del codice civile prevede chiaramente che soltanto in caso di dolo o di colpa grave il professionista può essere ritenuto responsabile nei rapporti con il cliente. A ben vedere, nel nostro codice civile non esiste un articolo avente ad oggetto la "colpa", tuttavia possiamo ricavare detta accezione dall'articolo 1176, in quanto a secondo del grado di diligenza richiesta nell'adempimento dell'obbligazione è possibile interpretare anche il livello di responsabilità del debitore: diligenza media del buon padre di famiglia (c.d. colpa generica – articolo 1176, comma 1, codice civile) e diligenza professionale (c.d. colpa specifica – articolo 1176, comma 2, codice civile).

Storicamente devono registrarsi le difficoltà incontrate dalla giurisprudenza di legittimità nel fornire una tutela risarcitoria al cliente soccombente per la palese negligenza del professionista.

Nella materia inerente alla responsabilità medica ha rivestito, a lungo, un notevole rilievo la distinzione fra obbligazioni di mezzi e di risultato. La distinzione fra i due tipi di obbligazione è stata introdotta

nella nostra dottrina dall'autorevole MENGONI<sup>12</sup> mutuando l'esperienza francese.

In presenza di un'obbligazione di mezzi la prova dell'inadempimento deve correlarsi al particolare contenuto della prestazione e, conseguentemente, non ha ad oggetto il mancato raggiungimento del risultato utile, bensì la non diligente esecuzione della prestazione stessa, in conformità alla regola – generale e valida per tutte le obbligazioni, come avverte buona parte della dottrina – desunta dal combinato disposto degli articoli 1218 e 2697 del codice civile<sup>13</sup>. Tuttavia la tendente ricostruzione della responsabilità professionale in chiave contrattuale ha determinato che l'intero impianto dogmatico costruito attorno alla responsabilità professionale a partire dalla debole e inutile dicotomia tra obbligazioni di mezzo e risultato ha iniziato a vacillare<sup>14</sup>.

Le S.U. n. 577/2008 hanno criticato la distinzione fra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato, particolarmente problematica proprio nel settore della responsabilità professionale, in cui assumono rilievo sia il risultato richiesto al debitore, sia l'impegno con cui il debitore deve agire al fine del conseguimento di tale risultato.

Anche in Francia, patria della distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato, non si è mancato di rimarcare il carattere riduttivo della distinzione<sup>15</sup>.

---

<sup>12</sup> L. MENGONI, Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi, in *Riv. dir. comm. e obbligazioni*, 1954, I, 185 ss., 280 ss., 366 ss.

<sup>13</sup> M. Zana, voce Responsabilità del professionista, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1991, XXVII, 5.

<sup>14</sup> Sul tramonto definitivo della dicotomia tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato v. Cass., S.U., 28 luglio 2005, n. 15781, in *Dir. e Formaz.*, 2005, p. 1290; in *Vita not.*, 2005, p. 1530; in *Nuova giur. Civ. comm.*, 2006, I, p. 828; in *Giur. it.*, 2006, 7, p. 1380; in *Resp. civ.*, 2006, p. 229; in *Obbl. e contr.*, 2006, 9 con nota di G. FACCI.

<sup>15</sup> L. Boy, nota a *Tribunal de Grande Instance de Paris*, 5 maggio 1997 e 20 ottobre 1997, in *Recueil Dalloz*, 1998, 39, 560 ss. Si ricorderà che nella dottrina francese si configura un terzo tipo di obbligazione, denominata generalmente *obligation de garantie*, nell'ipotesi in cui il debitore non sia liberato dalla responsabilità neppure in caso di forza maggiore. V., per tutti, P. Malaurie– L. Aynes, *Cours de droit civil*, t. VI, *Les Obligations*, 1993, 447 ss., part. 452.

In Italia prendendo le mosse proprio dalla responsabilità del medico, una voce dottrinaria ha evidenziato come la responsabilità medica rappresenti un aggiornato modello di responsabilità professionale non cristallizzato intorno all'applicazione delle (più o meno) rigide regole imposte dalla dicotomia obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato: «la corretta applicazione dei principi generali dell'onere della prova rende superfluo il ricorso alla distinzione in esame, trattandosi di principi valevoli per qualsiasi tipo di obbligazione»<sup>16</sup>.

La tesi del contatto sociale rappresenta la risposta più efficace all'esigenza di inquadrare quelle fattispecie di danno che si presentano a metà strada tra contratto e torto<sup>17</sup>. Sul piano probatorio le ricadute sono evidenti: è sufficiente che il paziente (credитore della prestazione medica) provi l'esistenza della fonte dell'obbligo ed alleghi l'inadempienza del professionista, mentre resta a carico di quest'ultimo l'onere di dimostrare che la prestazione professionale sia stata eseguita in modo diligente.

Partendo dal caposaldo fissato dalla dottrina in tutti questi anni dove: le obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale costituiscono obbligazioni di mezzi e non di risultato<sup>18</sup>, tuttavia, vi sono fattispecie particolari dove i due istituti si fondano in un "corpo" solo laddove l'utilizzo di mezzi tecnici presuppone non il raggiungimento, bensì il conseguimento del risultato voluto dal

---

<sup>16</sup> V. Carbone, in *Corr. giur.*, 1997, 550 ss., nota a Cass. 8 aprile 1997, n. 3046 e 21 marzo 1997, n. 2540.

<sup>17</sup> Cass. 22 gennaio 1999 n. 589, in *Foro it.*, 1999, I, c. 3332, con nota di DI CIOMMO, LANOTTE

<sup>18</sup> A tale dicotomia hanno aderito BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, 1955, Milano, 40; VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore (artt. 1218-1228)*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 1987, 219 ss.; GALGANO, *La responsabilità contrattuale: i contrasti giurisprudenziali*, in *Comunità internaz.*, in 32, p. 39. Si sono espressi in senso critico nei confronti della distinzione di cui si tratta, fra gli altri: GIORGIANI, *Obbligazioni (teoria generale)*, in *Norissimo Dig. It.*, D.I., XI, p. 581; BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Comm. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1979, p. 31; COTTINO, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la mora del debitore*, Milano, 1955, p. 450.

cliente. Circostanza che conferma i rilievi critici sull'utilità del ricorso concettuale alla nota dicotomia, specie ove la stessa, talvolta, rischia di risolversi in una inutile commistione.

Infatti, l'unione tra obbligazioni di mezzi e risultato si ottiene ogni qualvolta i mezzi tecnici, la diligenza professionale e la fattispecie particolare non complessa permettono al professionista di conseguire il risultato voluto dal cliente, altrimenti si presuppone uno stato di dolo o colpa grave del professionista intellettuale (notaio, avvocato e medico) nei confronti del suo assistito per il mancato conseguimento del risultato.

Il suesposto ragionamento, nonché gli orientamenti della dottrina e della giurisprudenza nell'ambito dell'obbligazione del professionista misurano il grado e la possibilità per il cliente di richiede una determinata tutela del diritto soggettivo nella fase giudiziaria, oltre che l'eventuale richiesta di risarcimento danni per la responsabilità civile del prestatore d'opera, così come vedremo nei capitoli successivi quando analizzeremo le figure professionali del medico, del notaio e dell'avvocato.

## CAPITOLO II

# La responsabilità civile del medico

**SOMMARIO:** **1.** La natura della responsabilità del medico nell'evoluzione giurisprudenziale-dottrinale della responsabilità civile e del nesso di causa - **2.** L'omessa o tardiva diagnosi del medico - **3.** L'errore durante l'intervento chirurgico e i trattamenti in equipe - **4.** La violazione della regola del consenso informato nel trattamento terapeutico - **5.** *Il decreto "Balduzzi" e la Legge n. 189/2012.*

**2.1 La natura della responsabilità del medico nell'evoluzione giurisprudenziale-dottrinale e l'accertamento del nesso di causa** - I numerosi percorsi dottrinali e interventi delle Corti hanno reso l'area della responsabilità da malpractice medica, probabilmente, il sottosistema più ampio nell'ambito dell'illecito civile.

La più antica legge concernente la responsabilità del medico risale a oltre quattro millenni fa nel codice del Re babilonese Hammurabi (2123-2091 a.C.)<sup>19</sup>, fu il sesto re della dinastia babilonese e il nome Hammurabi deriva dall'amorreo<sup>20</sup> Ammurapi, ovvero: «Ammu guarisce»<sup>21</sup>.

Pertanto, in passato, se il chirurgo durante le operazioni di chirurgia determinava la morte del paziente subiva mutilazioni differenti sul proprio corpo (ad esempio taglio delle mani, probabilmente volte ad

---

<sup>19</sup>Antico codice di leggi conservato integralmente nel museo del Louvre a Parigi e riportato alla luce nell'anno 1902 da un team di archeologi francesi negli scavi di Susa, in Iraq.

<sup>20</sup>Amorreo: o Amorrei, ovvero Babilonesi. Il popolo nomade degli Amorrei occuparono le terre ad Ovest del fiume Eufrate a partire dalla seconda metà del III millennio a.C. con capitale Babilonia e, da allora, la loro civiltà prese il nome di: Babilonesi

<sup>21</sup> Nel codice di Hammurabi v'era una spessa dicotomia tra medico e chirurgo, dove il primo era un sacerdote che in base ai sintomi del paziente scacciava i demoni delle malattie, mentre il secondo era un artigiano adepto a medicare le ferite e incidere in operazioni chirurgiche.

evitare il ripetersi dell'errore, scopo cautelativo), a seconda del rango sociale del paziente.

Le tecniche di diagnosi e cura divengono col tempo sempre più sofisticati tanto da far conseguire traguardi insperati. Paradossalmente i progressi della scienza medica in ambito diagnostico e l'affinamento delle tecniche operatorie non hanno portato, come sarebbe stato logico aspettarsi, ad una diminuzione del contenzioso. Per altro verso, il ricorso assiduo alla diagnostica prenatale è il sintomo della perdita del concetto di sacralità della vita all'interno del tessuto sociale persuaso dalla ricerca costante della qualità del vivere quotidiano.

La frapposizione della struttura ospedaliera fra il paziente ed il medico, nonché il relativo inquadramento del rapporto si risolve oramai pacificamente nell'affermazione positiva della tesi contrattuale<sup>22</sup>.

Il rapporto di spadalità tra paziente-struttura sanitaria è qualificato come un autonomo ed atipico contratto sinallagmatico (definito anche come contratto di assistenza sanitaria). A riguardo giova rilevare che trovano attuazione le regole fissate dall'articolo 1218 del codice civile (c.d. responsabilità contrattuale).

A ben vedere, la prestazione professionale del sanitario può essere realizzata sia da un libero professionista sia da un medico dipendente della struttura ospedaliera, in questo caso il rapporto di convenzione intercorre solo tra l'ente sanitario e il paziente, laddove quest'ultimo viene affidato, ovvero sceglie di affidarsi, ad un medico dipendente

---

<sup>22</sup> Sulla natura contrattuale della responsabilità della struttura sanitaria, pubblica e privata: Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 849, con nota di M. GORGONI, *Dalla matrice contrattuale della responsabilità nosocomiale e professionale al superamento della distinzione tra obbligazioni di mezzo/ di risultato*; Cass., 1º marzo 1988, n. 2144, in *Giust. civ. Mass.*, 1988, fasc. 3, in *Foro it.*, 1988, I, c. 2296, con nota di A. M. PRINCIGALLI; in *Nuova giur. civ. comm.*, 1988, I, p. 604, con nota di R. PUCELLA; M. SANTILLI, *La responsabilità dell'ente ospedaliero pubblico*, in AA. VV., *La responsabilità medica*, Milano, 1982, p. 181; R. DE MATTEIS, *La responsabilità medica. Un sottosistema della responsabilità civile*, cit., p. 254.

della medesima struttura. In tale prospettiva, la ragguardevole differenza tra parte formale del contratto e soggetto che effettivamente esegue la prestazione professionale ha dato luogo ad un energico sulla natura giuridica della responsabilità del medico dipendente.

In opposizione alla reiterata affermazione, da parte di un consistente filone giurisprudenziale e di ampi settori della dottrina, della natura extracontrattuale della responsabilità del medico dipendente nei confronti del paziente, data l'assenza di un contratto, la svolta verso l'abbandono dell'illecito aquiliano risale al 1999 quando la Cassazione evoca il contatto sociale<sup>23</sup>.

Sul piano probatorio le ricadute sono evidenti: è sufficiente che il paziente (credитore della prestazione medica) provi l'esistenza della fonte dell'obbligo ed alleghi l'inadempienza del professionista, mentre resta a carico di quest'ultimo l'onere di dimostrare che la prestazione professionale sia stata eseguita in modo diligente e che gli eventuali esiti peggiorativi siano conseguenza di un evento imprevisto ed imprevedibile<sup>24</sup>.

L'assenza di un contratto non è in grado di neutralizzare la professionalità, secondo determinati standard accertati

<sup>23</sup> La configurazione della responsabilità del medico in termini di responsabilità contrattuale da contatto sociale venne consacrata definitivamente da Cass. 22 gennaio 1999 n. 589, in *Foro it.*, 1999, I, c. 3332, con nota di DI CIOMMO, LANOTTE; in *Riv. it. med. leg.*, 2001, p. 830, con nota di FIORI, D'ALOJA; tra le sentenze di legittimità più recenti, cfr. Cass. 29 luglio 2004 n. 14488, in *Giust. civ.*, 2005, I, p. 121, con note di GIACOBBE, *Wrongful life e problematiche connesse*, e di FAMULARO, *Il danno ingiusto della nascita*, p. 2403; in *Danno resp.*, 2005, p. 379, con nota di FEOLA, *Essere o non essere: la Corte di cassazione e il danno prenatale*; in *Giur. it.*, 2005, p. 2068, con nota di DIGREGORIO, *Il diritto a non nascere: una nuova selezione della specie?* Nella giurisprudenza di merito, tra le tante: App. Perugia 15 dicembre 2004, in *Corr. merito*, 2005, 4; App. Perugia 28 ottobre 2004, in *Giur. merito*, 2005, p. 1800, con nota di ROCCA, *Quando l'errore medico diventa imposizione coatti un futuro votato al sacrificio*. In dottrina il riferimento è a un noto scritto che ha rappresentato l'occasione, nel diritto privato italiano, per una compiuta analisi su una tematica dominata a suo tempo da una giurisprudenza ferma in modo monolitico alla tesi aquiliana, v. C. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, *Le ragioni del diritto*, Milano, 1995, p. 197.

<sup>24</sup> M. FRANZONI, *La responsabilità del medico fra diagnosi, terapia e dovere di informazione*, in *Resp. civ.*, 2005, p. 584, il quale ritiene che il nuovo riparto dell'onere della prova implica che il medico, dimostrando la conformità fra la diligenza richiesta e quella prestata, si pone sullo stesso piano del debitore che esibisce la quietanza di pagamento: fornisce una prova diretta contraria del fatto costitutivo. Inoltre da quella circostanza può trarre criticamente la dimostrazione che «quegli esiti peggiorativi siano stati determinati da un evento imprevisto e imprevedibile».

dall'ordinamento che qualifica l'opera del debitore e che si traduce in obblighi di comportamento nei confronti di chi su tale professionalità ha riposto affidamento.

L'approdo da parte della giurisprudenza non è irrilevante, ove si consideri che nel Codice del 1865 la responsabilità del medico era ritenuta di natura contrattuale<sup>25</sup>. Il danno arrecato dal professionista al paziente nella suesposta fattispecie si atteggia ad un inadempimento dell'obbligazione contratta, ovviamente da intendere come errata diligenza professionale immessa nel canone di condotta nell'adempimento dell'obbligazione che doveva essere resa nell'interesse del paziente (articolo 1174 del codice civile), ma anche nell'eventuale ipotesi di omessa condotta recante il possibile e dannoso inadempimento della prestazione contrattuale da parte del medico (c.d. omissione di soccorso). Il nesso causale, noto anche come nesso eziologico o rapporto di causalità è elemento che ovviamente non può mancare nei giudizi di responsabilità.

Le regole di accertamento del nesso di causa variano in ambito civile e penale<sup>26</sup>.

Il legislatore costituzionale (articolo 27 della Costituzione) ha escluso la responsabilità penale per fatto altrui rilanciando la responsabilità per fatto proprio che richiede, in primo luogo, il nesso di causalità tra la condotta e l'evento.

---

<sup>25</sup> App. Torino, 20 marzo 1933 con nota di A. MONTEL, *In tema di responsabilità dell'ospedale e del chirurgo verso l'ammalato*, in *Riv. crit. infor.*, 1933, fasc. 3-4.

<sup>26</sup> Sul problema giuridico della causalità si vedano le fondamentali ricostruzioni di F. ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, Torino, 1934, rist. 1960; F. STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, seconda edizione, Milano, 2000; M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, Milano, 1987; G. FIANDACA, *Causalità (rapporto di)*, voce *Dig. pen.*, III, 1988, p. 455; M. MAIWALD, *Causalità e diritto penale*, Milano, 1999; più in generale: K. POPPER, *Logica della scoperta scientifica*, Torino, 1970; C. G. HEMPEL, *Filosofia delle scienze naturali*, Bologna 1968; P. TRIMARCHI, *Causalità e danno*, Milano, 1966, p. 35.

Gli articoli 40 e 41 del codice penale hanno visto, a lungo, dottrina e giurisprudenza interrogarsi sulle condizioni che consentano di ritenere, allorquando, un certo evento si sia verificato in presenza di una specifica condotta, con l'inevitabile proliferazione di contrapposte teorie.

Il primo orientamento sorto in dottrina, noto come la teoria della condicio sine qua non<sup>27</sup>, ha avuto l'indubbio pregio di avere posto in primo piano l'importanza del cd. giudizio controfattuale, ma pecca per eccesso, in quanto l'equivalenza causale alla base della teoria implica una esasperazione della stessa (il c.d. regresso all'infinito) per giungere, talvolta, a soluzioni paradossali.

Tra i modelli di spiegazione causale “potenzialmente alternativi” costruiti nel tempo si segnala la teoria della causalità adeguata enunciata per la prima volta dal tedesco von Kries alla fine del secolo scorso, per cui causa dell’evento è quella condotta idonea secondo l’id quod plerumque accidit<sup>28</sup>.

Nell’ambito delle concezioni causali minori ha avuto larga diffusione la teoria della causalità umana sostenuta da Antolisei, secondo la quale la causalità a cui partecipa l’uomo risente della sua coscienza e volontà nelle relazioni che si stabiliscono fra lui e il mondo esteriore<sup>29</sup>.

La più recente dottrina si è orientata in maniera diversa, molto pragmatica, esprimendo fiducia verso la scienza attraverso la ricerca dell’esistenza del nesso di causalità in base alle leggi scientifiche. Una data condotta umana può essere configurata come condizione

---

<sup>27</sup> Teoria enunciata nel secolo scorso dal criminalista tedesco von Buri, v. ZUR LEHRE VON BURI, *Zur Lebre von der Teilnahme an dem Verbrechen und der Begünstigung*, 1860.

<sup>28</sup> F. GRISPIGNI, *Il nesso causale nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1935, p. 18 ss..

<sup>29</sup> G. FIANDACA, *Diritto penale, Parte generale*, Bologna, 1995, p. 212.

necessaria di un certo evento solo se essa rientra nel novero di quegli antecedenti che, secondo un modello condiviso dotato di validità scientifica (noto come legge generale di copertura), porta all'evento del tipo di quello verificatosi<sup>30</sup>. Seguendo questo indirizzo, i giudici hanno inizialmente ricondotto la causa dell'evento secondo criteri di certezza assoluta.

La prima pronuncia che attesta l'evoluzione giurisprudenziale dal criterio della certezza a quello della probabilità, riguardante un caso di malpractice medica, risale al 1983<sup>31</sup>. Tuttavia, questo indirizzo, sorretto in seno alla quarta sezione della Cassazione penale, in rottura col passato, era finito con lo scivolare nel campo della mera possibilità<sup>32</sup>. Pertanto, l'emergere di un secondo orientamento maggiormente garantista<sup>33</sup> in contrasto con il precedente, sanciva di fatto un contrasto in seno alla Cassazione penale, successivamente risolto dalle Sezioni unite con la celebre sentenza Franzese<sup>34</sup>.

Con tale pronuncia i giudici di legittimità hanno affermato che il nesso di causalità non può ritenersi sussistente sulla base del solo coefficiente di probabilità statistica, ma deve essere verificato alla stregua di un giudizio di alta probabilità logica, sicché esso è configurabile solo se si accerti che, ipotizzandosi come avvenuta l'azione che sarebbe stata doverosa ed esclusa l'interferenza di decorsi causali alternativi con elevato grado di credibilità razionale, l'evento

---

<sup>30</sup> F. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte generale*, Padova, 1997, p. 173.

<sup>31</sup> Cass., 7 gennaio 1983 n. 4320, in *Foro it.*, 1986, II, c. 351.

<sup>32</sup> Cass., 12 luglio 1991, in *Foro it.*, 1992, II, c. 363.

<sup>33</sup> Cass., 28 settembre 2000 n. 1688, *inedita*. Cass., 28 novembre 2000 n. 2123, *inedita*.

<sup>34</sup> Cass. 10 luglio 2002 n. 30328, in *Danno e resp.*, 2003, p. 195, con nota di S. CACACE; in *Foro it.* 2002, II, c. 601, con nota di O. DI GIOVINE. Tra gli innumerevoli e recenti contributi, v. G. IADECOLA, *Colpa medica e causalità omissionis: nuovi criteri di accertamento*, in *Dir. pen. e processo*, 2003, p. 597; A. MONTAGNI, *La responsabilità penale per omissione. Il nesso causale*, Padova, 2002; F. STELLA, *Etica e razionalità del processo penale nella recente sentenza sulla causalità delle sezioni unite della Suprema Corte di Cassazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 767; in generale, sui rapporti tra ragionamento sul nesso di causalità e regole del giudizio, vedi G. CANZIO, *Prova scientifica, ragionamento probatorio e libero convincimento del giudice nel processo penale*, in *Dir. pen. e processo*, 2003, p. 1193.

non avrebbe avuto luogo, ovvero avrebbe avuto luogo in epoca significativamente posteriore o con minore intensità lesiva.

La sentenza Franzese finisce, in tal modo, per rifiutare in ambito penale una nozione debole di causalità. Rispetto alla disciplina penale, in ambito civile non si rinviene un analogo percorso evolutivo in tema di nesso di causalità.

Come è noto, il codice civile è privo di una definizione legislativa di causalità, nonché di coordinate precise sui criteri con cui procedere all'accertamento del nesso eziologico. Si è prontamente considerato a tal proposito che mentre la causalità penale richiede la dimostrazione a carico dell'accusa che l'evento sia addebitabile alla condotta dell'agente secondo criteri prossimi alla certezza (c.d. sentenza Franzese), in ambito civile è possibile un temperamento. Tali norme vanno, dunque, adeguate alla specificità della responsabilità civile, rispetto a quella penale, perché muta la regola probatoria; mentre nel processo penale vige la regola della prova «oltre ogni ragionevole dubbio», al contrario, nel processo civile vige la regola della preponderanza dell'evidenza o del «più probabile che non».

**2.2 L'omessa o tardiva diagnosi del medico** – Una delle fattispecie più controverse della responsabilità medica attiene alla fase diagnostica.

Sul punto si rende necessario analizzare l'imperizia e la negligenza del professionista intellettuale, nella nostra fattispecie astratta considerata: il medico, colui che non adempie secondo la diligenza professionale richiesta per il servizio socio-sanitario che sta svolgendo; laddove i danni temuti sono riferibili ai rischi e alla loro

ripartizione nei confronti del paziente e della struttura ospedaliera che permette al medico, in quanto professionista, di svolgere la sua professione intellettuale.

In tale prospettiva, per omessa o tardiva diagnosi si sottolinea il nesso principale di trattazione, in questo paragrafo, dove il rischio temuto e il danno atteso a cui può portare la condotta negligente e distratta dell'agente, in quanto il pericolo non è da un'altra parte, ma è proprio lì vicino, anzi è proprio il dramma che può segnare nell'errore diagnostico la vita umana anche nei rapporti esterni di relazione con le persone.

Le fattispecie inerenti all'omessa o tardiva diagnosi di malformazione fetale hanno destato particolare interesse nell'ambito della responsabilità del sanitario.

L'errore medico nella conduzione dell'attività diagnostica con la conseguente omissione delle informazioni relative all'esistenza di malformazioni fetali, determina una lesione del diritto all'autodeterminazione della gestante<sup>35</sup>. L'art 1 della legge del 22 Maggio 1978, n. 194, quale proiezione degli artt. 2 e 32 Cost., stabilisce che: «*Lo Stato garantisce l'esercizio di una procreazione sana, consciente e responsabile, riconosce il valore sociale della maternità e tutela la vita umana sin dal suo inizio*». Proprio in quanto la gravidanza è possibilità di scelta chiara e consapevole, anche la volontà di non portare a termine quest'ultima rientra nell'ambito di una procreazione consciente e responsabile.

Condizione essenziale affinché si possa affermare la lesione di un diritto è che quest'ultimo sussista. Pertanto risulta necessario

---

<sup>35</sup> M. COSTANTINO, *Servizio pubblico di medicina preventiva e "falso negativo"*, in *Rischi temuti e danni attesi tutela privata*, Milano, p. 228.

accertare, per ogni caso, se l'interruzione volontaria fosse giuridicamente possibile.

Nel momento in cui viene effettuata l'ecografia morfologica, come da protocollo, alla ventesima settimana, si è già oltre i novanta giorni entro cui è possibile l'interruzione volontaria e trovano applicazione gli artt. 6 e 7 della legge 22 maggio 1978, n. 178. Il dato è significativo, poiché è solo dopo i primi novanta giorni di gravidanza che la legge 194 si da carico dell'aspettativa di vita del concepito, quale ostacolo alla decisione della madre di abortire, nell'ottica di un bilanciamento dei valori esistenti.

In tal modo se l'interruzione di gravidanza nell'arco temporale dei primi novanta giorni costituisce un mero procedimento formale di omologazione della volontà abortiva manifestata dalla donna, decorso questo lasso di tempo, l'autodeterminazione della madre è subordinata alla presenza di alcune condizioni di pericolo. La volontà della donna, in sostanza, dopo i novanta giorni di gravidanza non risulta più decisiva.

L'articolo 6 stabilisce che l'interruzione volontaria, dopo i primi novanta giorni può essere praticata:

- a) quando la gravidanza o il parto comportino un grave pericolo per la vita della donna;
- b) quando siano accertati processi patologici, tra cui quelli relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro che determinano un grave pericolo per la salute psichica della donna.

L'articolo 7 della predetta legge, prevede, inoltre, che quando sussiste la possibilità di vita autonoma del feto, l'interruzione della

gravidanza può essere praticata solo nel caso di cui alla lettera a) dell'articolo 6.

Tra i processi patologici da accertare rientrano anche quelli relativi a malformazioni del nascituro che possono determinare un grave pericolo per la salute psichica o fisica della donna.

Di conseguenza, non è sufficiente la sola circostanza che il concepito sia affetto da anomalie o malformazioni ai fini dell'indagine essendo esclusa la liceità dell'aborto eugenetico, poiché il nostro ordinamento ammette quello terapeutico.

L'articolo 7 della legge 194 funge da vero spartiacque nel processo di contemperamento degli interessi della gestante e della vita nascente.

Sull'accertamento della condotta del medico, responsabile di non aver diagnosticato la malformazione o la patologia, assumerà carattere essenziale il rispetto delle linee guida che da tempo nell'ambito della comunità scientifica tendono ad uniformare le prestazioni esigibili dal sanitario.

La tematica sull'omessa o tardiva diagnosi volge sugli esami e adempimenti nell'esecuzione della prestazione sanitaria richiesta: il falso positivo e il falso negativo.

Il falso positivo comporta la responsabilità medica con conseguente danno ingiusto verso i genitori, dove nell'esame ecografico il professionista evidenzia una malformazione che, in realtà, non esiste. Che cosa accadrebbe se una donna abortisse un figlio sano? E se, al contrario, la donna non abortisse e per tutto il decorso della gravidanza, c.d. stato interessante in termini medici, vivrebbe in un ingiustificato stato di angoscia che potrebbe essere sconfessato da un esame ecografico successivo, oppure, al momento del concepimento

quali norme previste dal nostro ordinamento trovano riscontro nel caso di un procurato allarme senza che vi sia la presenza di un reale pericolo?

Il falso negativo si realizza, invece, in un ritardo intollerabile nell'esecuzione della prestazione medica richiesta<sup>36</sup>.

Nel rapporto del professionista con il paziente vi sono due obblighi fondamentali: il medico deve sempre informare il paziente sul suo stato di salute e deve eseguire la propria professione nel rispetto della deontologia adottando la diligenza professionale richiesta nella prestazione intellettuale.

Il punto centrale della nostra analisi deve focalizzarsi sull'ultimo baluardo possibile di esclusione della responsabilità invocata da parte del medico che è quella del richiamo del concetto del diritto al non nascere se non sani.

Il diritto a non nascere per gravi malformazioni fetali non è forse un interesse meritevole di tutela?

Un clamoroso caso giurisprudenziale francese che ha appassionato, oltre che diviso i giuristi francesi e non solo, riguarda la decisione della Cour de Cassation che, in Assemblée plénière (arrêt Perruche<sup>37</sup>) ha ammesso il diritto al risarcimento del danno subito, con la nascita,

---

<sup>36</sup>Corte d'Appello di Perugia, sezione civile, sentenza n. 261/2004 depositata il 15 dicembre

<sup>37</sup> I fatti risalgono al 1982. La signora Josette Perruche, ai primi mesi di gravidanza, si rivolge al proprio medico curante per la verifica di un eventuale contagio da rosolia, malattia di cui in quel periodo soffre la propria figlia. Consapevole dei rischi che questa patologia comporta per il feto, la signora Perruche avverte a chiare lettere il medico della sua intenzione di abortire in caso di esito positivo. L'esito del laboratorio d'analisi è però negativo e il medico curante rassicura la gestante: non ci sono pericoli e la gravidanza può essere portata a termine normalmente. Ma le gravi patologie che il piccolo Nicolas manifesta quasi subito dopo la nascita (sordità, retinopatia, cardiopatia e problemi neurologici) dimostrano l'inesattezza della diagnosi. I coniugi Perruche decidono di agire in giudizio proponendo due domande di risarcimento: la prima in nome proprio, la seconda in rappresentanza del figlio. In entrambi i casi, individuavano nella negligenza professionale dei medici la causa diretta di una nascita che aveva condotto loro ad avere un figlio gravemente handicappato e Nicholas a condurre un'esistenza sofferente. Sul sistema francese e, in particolare, sull'affaire Perruche, si confrontino P. Y. GAUTIER, *Les distances du juge à propos d'un débat éthique sur la responsabilité civile*, in *JPC*, 2001, I, p. 287; LABROUSSE-RIOU E B. MATHIEU, *La vie humaine peut-être un préjudice?*, in *Dalloz*, 2000, Point de vue, III; C. PONCIBÒ, *La nascita indesiderata fra Italia e Francia*, in *Giur. it.*, 2003, p. 886.

da un bambino affetto da gravi malformazioni dovute al contagio della rosolia contratta dalla madre durante la gravidanza, ove i medici, colposamente, avevano mancato di diagnosticare.

All'indomani della pronuncia della Cour de Cassation le prime impressioni negative si sono incentrate sull'approccio adottato dai giudici d'Oltralpe, apparso disponibile al sacrificio degli schemi canonici che regolano la disciplina dell'illecito civile pur di offrire riparazione al piccolo Nicholas.

Sotto il profilo giuridico sostanziale ciò che desta le maggiori preoccupazioni è la riparazione di un danno in assenza di nesso eziologico. Il nesso causale è elemento che ovviamente non può mancare nei giudizi di responsabilità.

Il medico nell'interpretare erroneamente gli esami diagnostici omette di rilevare la patologia, ma non cagiona la malformazione e, quindi, se si vuole a tutti i costi cercare una responsabilità diretta di qualcuno verso il concepito si dovrebbe citare dinanzi all'autorità precostituita la natura crudele.

In Italia tra i primi casi di azioni per *wrongful life* si segnalano tre pronunce di merito, in cui i giudici escludono la configurabilità del diritto dedotto facendo leva in due circostanze su tre circa la carenza di legittimazione del figlio ad agire in giudizio ed, in un solo caso, entrando nel merito e riconoscendo l'assenza di un nesso di causalità tra l'operato (inadempiente del medico in ordine all'omessa diagnosi di malformazioni) e il bambino nato malformato<sup>38</sup>.

---

<sup>38</sup> Trib. Roma, 13 dicembre 1994, in *Dir. fam. persone*, 1995, p. 663; App. Torino, 27 giugno 1995 (inedita); Trib. Perugia, 7 settembre 1998, in *Foro it.*, 1999, I, c. 1804.

I principi espressi dalla giurisprudenza di legittimità in una pronuncia del 2004<sup>39</sup> poi confermata dalla Suprema Corte nel 2006<sup>40</sup> hanno ampiamente ribadito che non esiste nel nostro ordinamento un «diritto a non nascere se non sano». Nell'alternativa fra il nascere ed il nascere malati, la seconda eventualità non può dunque essere considerata dall'ordinamento come fatto lesivo.

In tale prospettiva un non nato non può essere titolare di diritti e, pertanto, il “diritto a non nascere” sarebbe un diritto adespota per la mancata esistenza del suo titolare anche nell'ipotesi in cui il medesimo diritto venga esercitato<sup>41</sup>.

In conclusione, quale argomentazione favorevole per il professionista, la nascita di un bambino malformato non deve di per sé equivalere ad un riconoscimento automatico di responsabilità, specie ove il medico abbia diagnosticato quanto doveva secondo le linee guida e i protocolli seguiti dalla prassi e dalla comunità scientifica.

Diversa la questione del diritto a nascere sano del concepito.

Nelle ipotesi, infatti, in cui il nascituro era sano e la malformazione è addebitabile sotto il profilo eziologico ad una condotta diretta del sanitario (a titolo esemplificativo si pensi alla somministrazione errata di farmaci in corso di gravidanza) non vi sono dubbi non solo sull'imputabilità della responsabilità in capo al professionista, ma

---

(<sup>39</sup>) Cass. 29 luglio 2004 n. 14488, in questa *Rivista*, 2005, I, 121, con nota di GIACOBBE E., *Wrongful life e problematiche connesse*; in *Corr. giur.*, 2004, 1431, con nota di LISERRE, *Mancata interruzione della gravidanza e danno da procreazione*; in *Fam. dir.*, 2004, 559, con nota di FACCI, *Wrongfull life: a chi spetta il risarcimento del danno?*; in *Diritto e giustizia*, 2004, n. 33, p. 12, con nota di ROSSETTI, *Le malformazioni congenite non sono danno risarcibile*; in *Foro it.*, 2004, I, 3327, con nota di BRITETTO, *Il diritto a «nascere sani»*; in *Danno resp.*, 2005, 379, con nota di FEOLA, *Essere o non essere: la Corte di cassazione e il danno prenatale*; in *Resp. civ. prev.*, 2004, 1348, con nota di GORGONI, *La nascita va accettata senza «beneficio d'inventario»?*

(<sup>40</sup>) Cass. 14 luglio 2006 n. 16123, in *Giur. it.*, 2007, 1921, con nota di LUBELLI, *Brevi note sul diritto a non nascere*; in *Corr. giur.*, 2006, 1691, con nota di LISERRE, *Ancora in tema di mancata interruzione della gravidanza e danno da procreazione*; in *Diritto e giustizia*, 2006, 14, con nota di FUSCO, *No al diritto a «non nascere se non sani». Malformazione del feto: l'omessa informazione ai genitori*; in *Resp. civ. prev.*, 2007, II, 56, con nota di GORGONI, *Responsabilità per omessa informazione delle malformazioni fetali*.

<sup>41</sup>Cass., 21 giugno 2004, n. 14488, in *Dir. e giust.*, 2005, 13, 24, con nota di C. ROSSETTI.

anche sulla legittimazione attiva ad agire della madre e del figlio. L'ordinamento nella sua unitarietà riconosce il nascituro dotato di autonoma soggettività giuridica, in quanto portatore di alcuni interessi personali. Rispetto a questi interessi l'avverarsi della condicio iuris della nascita, di cui all'articolo 1 del codice civile, non può costituire un limite per la protezione degli interessi dell'individuo.

Fatta eccezione per le ipotesi di cui agli articoli 462,784 e 254 del codice civile, dunque, il lieto evento della nascita si pone come limite all'acquisto della capacità in senso stretto riflettendosi sull'esercizio dei diritti, ma non sulla loro titolarità.

Tutela della vita nascente e soggettività del concepito nella legalità costituzionale sono il binomio che rispecchia l'idea di un ordinamento che pone al centro la persona.

Pertanto, eventuali lesioni verificatesi prima della nascita, quale conseguenza di attività diretta (etiologicamente) riconducibile al medico e concretizzatesi dopo di questa legittimano la risarcibilità di danni subiti nella vita pre-natale<sup>42</sup>.

**2.3 L'errore durante l'intervento chirurgico e i trattamenti in equipe** – Questione alquanto delicata nell'ambito della responsabilità professionale del medico è quella che attiene all'intervento chirurgico.

Tale area di responsabilità è caratterizzata dal fatto che le condotte contestate sono da ripartire nell'ambito di più soggetti che costituiscono l'équipe medica.

---

<sup>42</sup>STANZIONE, *Persona fisica. Diritto civile*, in E. AUTORINO, P. STANZIONE, *Diritti civili e situazioni esistenziali*, Torino, 1997, p. 13; sulla configurabilità di una capacità giuridica prenatale, v. P. STANZIONE, in *Codice civile annotato* a cura di P. PERLINGIERI, Napoli, 1991, 1, sub art. 1 c.c., p. 24255; A. VENCHIARUTTI, *Incapaci*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., Torino, 1990, p. 375 ss..

Prima di addentraci nel tema occorre operare una precisazione. Nell'ambito sanitario, infatti, può accadere che un paziente sia sottoposto a svariate visite e prestazioni di tipo diagnostico all'interno della medesima struttura. Ciò non comporta che i medici che hanno effettuato la prestazione abbiano tra loro svolto un'attività in *équipe* in senso stretto. L'elemento saliente che consente di affermare allorquando una data attività medica è stata svolta in *équipe*<sup>43</sup> è l'esecuzione della stessa da parte del personale sanitario in cooperazione.

Per questo, il caso tipico, esempio di scuola è rappresentato dall'intervento chirurgico ove più medici cooperano tra loro per il buon esito del trattamento operatorio.

L'organizzazione apicale dell'*équipe* permette di distinguere la figura del primario a cui compete la conduzione dell'intervento e l'impartizione dei compiti, dall'assistente infermiere il quale non riveste la posizione di mero soggetto passivo<sup>44</sup>. Diversamente l'assistente che non manifesta il proprio dissenso non va esente da responsabilità invocando il minor peso gerarchico.

---

<sup>43</sup> Sul tema della responsabilità colposa nell'attività medica in *équipe*, v.: Avecone, *La responsabilità penale del medico*, Padova, 1984, 151; Belfiore, *Sulla responsabilità colposa nell'ambito medico-chirurgica in "équipe"*, in *Foro it.*, 1983, II, 168; Id., *Profilo penale dell'attività medico-chirurgica in équipe*, in *Arch. pen.*, 1986, 265; Bilancetti, *La responsabilità penale e civile del medico*, Padova, 2003, 693; Blaiotta, *La Causalità nella responsabilità professionale*, Milano, 2004, 119; Id., *La colpa*, in AA.VV., *Codice penale*, a cura di Lattanzi-Lupi, Milano, 2005, 429; Crespi, *La responsabilità penale nel trattamento medico-chirurgico con esito infastidito*, Palermo, 1955, 154; Iadecola, *Il medico e la legge penale*, Padova, 1993, 51; Iadecola, *I criteri della colpa nell'attività medica in équipe*, in *Giur. merito*, 1997, 226; F. Mantovani, *La responsabilità del medico*, in *Riv. it. med. leg.*, 1980, 21; M. Mantovani, *Sui limiti del principio di affidamento*, in *Ind. pen.*, 1999, 1195; M. Mantovani, *Alcune puntualizzazioni sul principio di affidamento*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1997, 1053; Marinucci-Marrubini, *Profilo penalistico del lavoro medico-chirurgico in équipe*, in *Temi*, 1968, 217; Mazzacuva, *Problemi attuali in materia di responsabilità penale del sanitario*, in *Riv. it. med. leg.*, 1984, IV, 410; Parodi-Nizza, *La responsabilità penale del medico*, Roma, 1996, 125; Riz, *Medico (responsabilità penale)*, in *Enc. giur.*, 1988, 14; Tramontano, *Causalità attiva e omissiva, obblighi divisi e congiunti di garanzia: tre sentenze a confronto*, in *Foro it.*, 1997, II, 417; Veneziani, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale. I delitti colposi*, Padova, 2003, 193.

<sup>44</sup> Cass., 19 dicembre 2000, n. 1736, Nuovo dir., 2001, p. 687. Secondo la pronuncia della Suprema corte nell'ambito di una *équipe* medico chirurgica, nel caso in cui l'assistente non condivida le scelte del primario, il medico in posizione inferiore è tenuto a segnalare quanto rientra nelle sue conoscenze, esprimendo il proprio dissenso con i medici in posizione apicale superiore.

Il capo equipe mantiene comunque una responsabilità specifica collegata alla sua specializzazione, ma anche una responsabilità di controllo sull'operato degli altri sanitari.

A ben vedere, la prevalente dottrina si espressa in merito stabilendo le circostanze in cui la condotta posta in essere dal singolo interferisce con quella degli altri, così come avviene nell'attività medico-chirurgica di equipe, laddove l'attuazione della regola di diligenza da considerare è influenzata, nel caso concreto, dal c.d. principio di affidamento. Ragion per cui i comportamenti colposi altrui, durante l'attività medica di gruppo, non possono determinare la condotta del singolo per paura del rischio corso da altri soggetti, poiché l'affidamento è riposto sull'azione lecita degli agenti che osservano gli obblighi di diligenza professionale su di loro incombenti<sup>45</sup>. In tale prospettiva, il principio di affidamento delimita il limite d'estensione del dovere di diligenza dei professionisti che operano in gruppo.

**2.4 La violazione della regola del consenso informato nel trattamento terapeutico** - In Italia manca una specifica legislazione sul consenso informato, anche se tale istituto viene disciplinato dagli articoli 13 e 32 della Costituzione italiana.

In virtù dei suesposti principi costituzionali di libertà e autodeterminazione della persona, il trattamento sanitario necessita del preventivo consenso informato del paziente che costituisce la liceità dell'attività medica, in assenza del quale sussisterebbe il fatto illecito sia civile sia penale.

---

<sup>45</sup> Sul principio di affidamento, v. per tutti: M. Mantovani, *Il principio di affidamento della teoria del reato colposo*, Milano, 1997, p. 1.

La prima tesi in dottrina sul consenso informato fu di Thomas Percival, il quale sosteneva il diritto all'informazione del paziente ad ogni costo per la salvaguardia del diritto alla salute del malato, inoltre, il c.d. inganno caritativo del medico nei confronti del paziente non poteva essere considerata come causa di esclusione dall'illecito civile e penale per omessa informativa.

Il fine principale del consenso informato è quello di dare la facoltà di scelta al paziente nell'autodeterminazione della cura prescelta, pertanto, la nostra analisi si fonda sul principio fondamentale del diritto alla salute sancito dall'articolo 32 della Costituzione italiana.

Seppur in tutte le professioni intellettuali il cliente ha il diritto di ricevere informazioni dal professionista prima di conferire l'incarico professionale a quest'ultimo, comunque, nell'ambito della professione medica il consenso informato assume dettami ben più profondi rappresentati altresì dall'articolo 13 della Costituzione italiana.

Infatti, non è forse un diritto fondamentale della persona scegliere la propria cura senza alcuna restrizione, obbligo o accanimento terapeutico contro la volontà e la libertà stessa del paziente?

Tuttavia, senza richiamare nuovamente il caso "Eluana Englaro" nell'ambito dell'accanimento terapeutico contro la volontà del paziente, stabilito dall'articolo 32 della nostra Carta Costituzionale, comunque, anche l'articolo 13 della Costituzione verte su una garanzia fondamentale: l'inviolabilità della libertà personale.

In questa circostanza dobbiamo scandagliare il tema dell'inviolabilità della libertà personale facendo riferimento alla libertà di salvaguardia della propria salute ed integrità fisica.

Pertanto, può accadere che per salvare la vita di una persona affetta da una grave malattia, quale il diabete, risulti necessario amputare una gamba. Di fronte a tale ipotesi, il paziente può rifiutare l'amputazione del proprio organo e lasciarsi morire rifiutando, in tal modo, la terapia del medico.

Infatti, l'11 febbraio 2004 moriva Maria<sup>46</sup> all'ospedale San Paolo di Milano, la donna di sessantadue anni aveva rifiutato l'amputazione della gamba che le avrebbe salvato la vita e inutili sono stati gli appelli dei medici, politici e religiosi per convincerla a operarsi, comunque tutti i familiari hanno rispettato la sua decisione.

Dopo il caso di Maria anche un'altra donna di sessantacinque anni a Sanremo, dopo l'informativa dell'azienda ospedaliera ha rifiutato la terapia del medico.

La donna di sessantacinque anni soffriva di una cancrena avanzata a causa del diabete e ha rifiutato l'unica terapia possibile che poteva salvarle la vita, ovvero, l'amputazione di un piede.

Il Tribunale il 21 febbraio 2004 sancì che: «La libertà dell'individuo è sacra così come il diritto alla vita».

Nelle suesposte fattispecie giuridiche sia astratte sia concrete, genericamente considerate in questo argomento, mi permettono di tracciare un principio guida sul consenso informato, ovvero, nessuno può costringere il paziente a curarsi, né tantomeno il medico o l'azienda ospedaliera, in virtù dei principi fondamentali sanciti negli articoli 13 e 32 della Costituzione italiana.

---

<sup>46</sup>Corriere della sera, 19 febbraio 2004, articolo di Giuseppe Guastella e Rossella Verga.

Tout court il legislatore italiano con la legge del 28 marzo 2001, n.145 ratificò la Convenzione Europea sui diritti dell'uomo<sup>47</sup> dove all'articolo 5 si stabiliva e, ancora oggi stabilisce, la seguente disposizione:«Un intervento nel campo della salute non può essere effettuato se non dopo che la persona interessata abbia dato consenso libero e informato. Questa persona riceve innanzitutto una informazione adeguata sullo scopo e sulla natura dell'intervento e sulle sue conseguenze e i suoi rischi. La persona interessata può, in qualsiasi momento, liberamente ritirare il proprio consenso».

La Convenzione di Oviedo stabilisce il necessario consenso del paziente all'intervento chirurgico del medico, o quantomeno di un suo rappresentante che agisca in suo nome e per conto come nel caso del genitore per il figlio minore, oppure, del curatore in caso di persona incapace di intendere e di volere, inoltre, si sottolinea alla fine il rispetto sino all'ultimo della volontà del paziente, il quale può in qualsiasi momento liberamente ritirare il proprio consenso alla terapia del medico. Su quest'ultimo punto non può che farmi riflettere il pensiero del Professore STEFANO RODOTÀ, in merito al caso "Eluana Englaro", quel dì del 22 novembre 2012:«[...] è possibile scegliere di non volersi avvalere di accanimenti terapeutici, atti alla sopravvivenza, scrivendolo su un foglio di carta per poi negare o contraddirlo, quanto dichiarato il giorno precedente per iscritto, in una trasmissione televisiva il giorno dopo? Che cosa accadrebbe se sullo sfondo di questa situazione ci fossero degli eredi che vorrebbero il rispetto delle dichiarazioni scritte e subentrare, in questo modo, nell'eredità della persona subito dopo la sua morte?»

---

<sup>47</sup>Convenzione di Oviedo del 4 aprile 1997.

L'articolo 5 della Convenzione di Ovidio mi lascia valutare i risvolti, sia positivi sia negativi, concernenti una possibile applicazione in Italia del testamento biologico.

Il diritto fondamentale della persona di concludere con dignità la propria esistenza non deve prevalere sulla libertà della persona, ma deve risultare un diritto equivalente alla stessa libertà di espressione concernente la volontà del paziente, allorquando, quest'ultima sia rivolta a riconsiderare la propria situazione in merito alla complessa decisione se avvalersi o meno di un trattamento terapeutico. Tale considerazione mi fa riflettere sull'impossibilità di prevedere, dal punto di vista normativo, un consenso informato dato dalla persona su una situazione non presente, ma futura, pertanto, il testamento biologico, nonostante le buone intenzioni del legislatore non mi sembra risulti la procedura legislativa ad hoc per tutelare il diritto ad una morte dignitosa, perché anche se la predetta legge è contraddistinta da quelle che sono le buone intenzioni in un futuro potranno passare anche quelle che sono le cattive intenzioni.

Infatti il consenso al trattamento terapeutico in Italia non solo deve riguardare una situazione presente dell'ammalato, ma può essere revocato in ogni momento dal paziente stesso, quindi, i medici e la struttura ospedaliera devono assicurarsi che il consenso de quo rimanga presente per tutta la durata del trattamento, a maggior ragione se la cura e il trattamento terapeutico prevede più fasi diverse e separabili, poiché in quest'ultimo caso deve esser presente il consenso informato per ogni singola fase della cura.

Il consenso informato può essere in forma scritta oppure non scritta e, in quest'ultimo caso, può definirsi un consenso verbale o tacito.

Certamente il consenso informato ha valore legale di liberatoria anche quando non sia scritto, in caso di richieste atte al risarcimento per eventuali danni provocati alla salute del paziente dal trattamento sanitario, per i medici e le aziende ospedaliere che producono un qualsiasi farmaco messo in commercio, purché le informazioni relative al farmaco de quo non siano state omesse, oppure, non riportate in maniera corretta sulla confezione.

Il consenso informato deve essere scritto, viceversa, dal paziente in casi e fattispecie particolari riguardanti l'esame clinico e la terapia medica-ospedaliera, pertanto, la forma scritta del consenso è obbligatoria nei seguenti casi indicati dalla legge quando: si dona o si riceve il sangue, si partecipa alla sperimentazione di un farmaco, negli accertamenti di un'infezione da HIV, trapianto del rene tra viventi, interruzione volontaria della gravidanza (IVG, c.d. aborto provocato), rettificazione in materia di attribuzione di sesso e nella procreazione medicalmente assistita.

In differenti circostanze da quelle sopra indicate, allorquando risulta consolidato il rapporto di fiducia tra medico e paziente, il consenso informato può essere anche solo verbale, ma deve essere espresso direttamente dal medico.

Ciò nonostante la legge prevede alcune eccezioni all'obbligo del consenso informato allorquando: trattamenti sanitari obbligatori (c.d. TSO), la persona malata ha espresso esplicitamente la volontà di non voler essere informata, le condizioni della persona siano talmente gravi e pericolose per la sua vita da richiedere un immediato intervento di necessità e urgenza indispensabile (ad esempio, in caso di un incidente stradale la vittima risulta in stato di shock e non ci

sono parenti che possano dare in suo nome e per conto il consenso, c.d. consenso presunto), per le cure di routine o prescrizione di farmaci generici per una nota malattia (c.d. consenso implicito, infatti, si suppone che in questo caso sia consolidata l'informazione ed il relativo consenso), in caso di rischi che riguardano conseguenze atipiche, ovvero, casi eccezionali ed imprevedibili di un intervento chirurgico dal quale è possibile causare ansie e inutili timori al paziente se, però, il malato richiede direttamente questo tipo di informazioni, allora, il medico è obbligato a fornirle.

L'osservanza del dovere di informazione da parte del medico al paziente assume un fondamentale rilievo giuridico dal quale emerge chiaramente, in caso di omissione del professionista, la richiesta di una pronuncia di responsabilità contro il sanitario e la stessa struttura ospedaliera, trovando il suo fondamento nell'articolo 13 della Costituzione italiana, secondo cui la libertà personale è inviolabile e nello stesso ambito deve ritenersi inclusa anche la libertà di salvaguardare la propria salute e integrità fisica escludendo, in tal modo, qualsiasi tipologia di restrizione se non per atto motivato dell'autorità giudiziaria nelle ipotesi e con le modalità previste dalla legge stessa.

Sul consenso informato del paziente contrasterebbe quanto stabilito dall'articolo 5 del codice civile, in tema di divieto degli atti di disposizione del proprio corpo, tuttavia, essa stessa è volta a tutelare un bene-salute costituzionalmente garantito (articolo 32 della Costituzione italiana, tutela del diritto alla salute).

L'attenzione e il significato del succitato articolo 5 deve riguardare le fattispecie concrete in cui gli interventi chirurgici possono arrecare

mutilazioni alla persona, allorquando, i trapianti concernenti l'espianto o l'impianto di organi rechino un'operazione medica non necessaria volta alla lesione dell'integrità fisica.

Il caso che il legislatore italiano ha dovuto affrontare risale al 1934 e viene citato in una sua pubblicazione dal Professore STEFANO RODOTÀ<sup>48</sup>: «A Napoli uno studente universitario vende un testicolo a un ricco e anziano signore, che se lo fa impiantare sedotto dalla promessa di una virilità rinvigorita. È la moda del trapianto Voronoff, di cui si occuperà la Cassazione penale e che è all'origine, nel 1939, dell'articolo 5 del primo libro del nuovo codice civile: "Gli atti di disposizione del proprio corpo sono vietati quando cagionino una diminuzione permanente della integrità fisica, o quando siano altrimenti contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume."».

La suesposta circostanza mi lascia riflettere sui limiti del consenso del paziente riguardante l'esportazione e l'importazione di un organo tra viventi, allorquando, siano contrarie a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume.

Per cui, se da un lato vi è il limite del medico a non poter intervenire chirurgicamente o con terapie alternative sul malato senza il previo consenso del paziente stesso o dei suoi parenti, allorquando, quest'ultimo non sia in grado di intendere o volere (causa illecito civile e penale), dall'altro lato vi è limite del paziente a non poter richiedere, sia pur con il proprio consenso, interventi chirurgici che contrastino con il già citato articolo 5 del codice civile.

---

<sup>48</sup>Stefano Rodotà, *La vita e le regole*, 2006, Feltrinelli Editore Milano, p. 84

La mancata informativa del sanitario al paziente equivale alla circostanza di responsabilità precontrattuale, dove non solo la dottrina, ma anche la giurisprudenza<sup>49</sup> evidenzia la violazione del dovere di comportarsi secondo buona fede nella definizione del contratto medico (articolo 1337 del codice civile), con conseguente obbligo del sanitario al risarcimento del danno subito dal malato.

Il dovere all'informazione è diretto ad ottenere un consapevole consenso del paziente circa le eventuali conseguenze scaturenti da una terapia, pertanto, già con l'attività diagnostica del medico s'individua l'esecuzione del contratto del professionista intellettuale.

Tuttavia, se il consenso informato del paziente risultasse generico e/o sommario si configurerebbe il reato di omicidio colposo, laddove il paziente deceda dopo l'intervento chirurgico.

Lo ha stabilito la Suprema Corte di Cassazione, IV sezione Penale, nella sentenza del 14 marzo 2008 n. 11335 e, ovviamente, nella fattispecie de quo si configurerebbe altresì la responsabilità civile personale del medico e la responsabilità oggettiva dell'azienda ospedaliera.

**2.5 Il decreto “Balduzzi” e la Legge n. 189/2012.** - Il decreto legge del 13 settembre 2012, n. 158 convertito dalla legge n. 189/2012, recante disposizioni «per promuovere lo sviluppo del Paese mediante un più alto livello di tutela della salute», è stato emanato in considerazione della «straordinaria necessità ed urgenza di procedere al riassetto dell'organizzazione sanitaria, tenuto conto della contrazione delle risorse finanziarie destinate al Servizio sanitario

---

<sup>49</sup>Suprema Corte di Cassazione, sentenza del 25 novembre 1994, n. 10014

nazionale a seguito delle varie manovre di contenimento della spesa pubblica».

Tra le finalità perseguiti dal legislatore, un rilevo preminente è attribuito all'obiettivo di contenere il contenzioso giudiziario e il conseguente fenomeno della cosiddetta medicina difensiva.

Gli elementi di rilievo e i punti di criticità che emergono dalla lettura del testo normativo riguardano:

- 1) Il ruolo della colpa e la natura della responsabilità medica secondo l'articolo 3, comma 1, della legge numero 189/2012: la clausola dell'articolo 2043 del codice civile e il ritorno all'antica regola;
- 2) Estensione degli articoli 138 e 139 del decreto legislativo 7 settembre 2005, numero 209 alla responsabilità sanitaria.

Nella sua versione originaria, l'articolo 3, comma 1, approvato in sede di approvazione del decreto non presentava particolari rilievi. In sede di conversione la norma è mutata in maniera considerevole.

	Testo D.L. 158/2012 del 13 settembre 2012	Testo L. 189/2012 dell'08.11.2012 pubblicata in Gazzetta Ufficiale il 10.11.2012
Art. 3, comma 1	Fermo restando il disposto dell'articolo 2236 del codice civile, nell'accertamento della colpa lieve nell'attività dell'esercente le professioni sanitarie il giudice, ai sensi dell'articolo 1176 del codice civile, tiene conto in particolare dell'osservanza, nel caso concreto, delle linee guida e delle buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica nazionale e internazionale.	<b>L'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo.</b>

Nell'originaria formulazione l'articolo 3 ratione materiae era strettamente confinato in ambito civilistico ed era orientato ad una

ricognizione dello stato dell'arte in materia di responsabilità medica, rafforzando ai fini della decisione il ricorso alle linee guida non solo come mere e semplici raccomandazioni.

Nella sua versione definitiva la colpa assurge un ruolo di assoluta rilevanza in ambito penale entrando improvvisamente e, forse, inconsciamente in un settore peculiare.

Il codice civile non fornisce alcuna definizione di colpa mutuando tale concetto dal diritto penale.

Anzi, l'articolo 43 del codice penale italiano, significativamente rubricato «elemento psicologico del reato» rappresenta un elemento di unicità nell'esperienza giuridica, poiché rispetto ad altri ordinamenti contiene una definizione di “delitto colposo”.

Sulla base giuridica appena delineata occorre prendere atto dell'intervento del legislatore (legge Balduzzi) che all'articolo 3, comma 1, prevede che: « l'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività **si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve**. In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo»

Traendo le opportune considerazioni il cambio di prospettiva è evidente.

Prima si richiamava un principio già pienamente applicato nella prassi giudiziaria, forse cercando di consolidarlo. Ora l'applicazione delle linee guida diventa un sistema di esenzione dalla responsabilità penale (per colpa lieve), con un richiamo alla linea di condotta del

medico, come conforme o non conforme al protocollo, quale criterio di cui il Giudice deve tenere conto per determinare il risarcimento del danno.

Di fatto, la prima considerazione è che l'articolo 3 della legge numero 189/2012 ha parzialmente depenalizzato le fattispecie colpose commesse dagli esercenti le professioni sanitarie, con conseguente applicazione dell'articolo 2 del codice penale.

L'innovazione esclude la rilevanza penale delle condotte connotate da colpa lieve che si collochino all'interno dell'area segnata dalle linee guida o da virtuose pratiche mediche, purché esse siano accreditate dalla comunità scientifica”.

È nota la decisione della IV Sezione penale della Suprema Corte di Cassazione intervenuta in data 29 gennaio 2013 con la sentenza numero 268, la quale nel confermare tale interpretazione ha, di fatto, annullato con rinvio la condanna per omicidio colposo nei confronti di un chirurgo che, effettuando un intervento di ernia del disco, aveva causato il decesso del paziente.

La questione sottoposta al vaglio della Corte era, semplicemente, se la legge numero 189/2012 abbia determinato o meno la parziale abrogazione delle fattispecie colpose commesse dal medico professionista. Il principio del favor rei introdotto dalla legge Balduzzi vale anche per i processi pendenti.

In pratica, d'ora in poi, la responsabilità penale del sanitario non verrà più valutata, come accadeva prima, sulla base di una o più consulenze o perizie di uno o più colleghi dell'imputato, bensì sulla base di più generali modelli comportamentali e di più ampia autorevolezza. Ulteriore considerazione è che la soglia del «rischio

consentito» è stata sensibilmente elevata; il monito del legislatore è il seguente: se il medico segue le linee guida ha assolto il suo compito e quindi ha adottato tutte le cautele del caso, salvo sia chiamato a rispondere per colpa grave.

**Ed allora sia consentito un rilievo critico: ha senso discorrere di “colpa grave” nel momento in cui il medico esegue la propria prestazione secondo i canoni prefissati dalle linee guida?**

**Il medico o viola le linee guida ed è responsabile oppure segue le linee guida così come richiede ora la legge nell’articolo 3 e, quindi, non può essere ritenuto responsabile.**

Sul punto vi è un chiaro elemento di contraddizione della norma.

Tuttavia, volendo rimanere nel percorso tracciato dal legislatore la limitazione della responsabilità penale del medico attenutosi alle linee guida ai soli casi di colpa grave **è norma d'eccezione che non trova riscontro nella sistematica tradizionale, la quale ammette una graduazione della colpa.**

**La svolta operata dal legislatore si apprezza maggiormente sotto il profilo penalistico, poiché il grado della colpa può rilevare come criterio per la determinazione della pena (articolo 133 del codice penale), ovvero, come circostanza aggravante comune (articolo 61, numero 3, del codice penale), ma non al fine dell'esclusione della responsabilità.** Ad ogni modo è stata diffusa sui giornali in data 22 marzo 2013, **notizia che il Tribunale di Milano avrebbe sollevato questione di legittimità costituzionale** sulla seguente considerazione: l’articolo 3 che sottrae alla punibilità penale la colpa lieve è una norma ad professionem in contrasto con la

Costituzione, perché delinea un'irrazionale area di non punibilità per i soli operatori sanitari.

L'interrogativo di fondo è sull'utilità delle modifiche apportate in ambito penale dalla legge in esame. Il modello di nesso causale, così come consacrato dalla pronuncia Franzese e correttamente applicato in sede penale dovrebbe già di per sé offrire adeguate garanzie per l'esercente la professione sanitaria.

In ambito civilistico il medico non beneficia della colpa lieve come speciale causa di esclusione della colpevolezza<sup>50</sup>. Tuttavia, a parziale compensazione, il legislatore ha pensato bene di stabilire che: «il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo» e cioè a dire della condotta tenuta dal professionista che s'attenga alle linee guida ed alle buone pratiche accreditate, delle quali s'è detto, pur incorrendo in colpa lieve.

Qui il legislatore è caduto e involontariamente confonde il sistema penale con il ramo civilistico.

Nel nostro ordinamento la responsabilità civile non assolve una funzione punitiva, né in altro modo sanzionatoria o afflittiva. Per questa semplice ragione il risarcimento del danno storicamente non è

---

<sup>50</sup> Secondo la tradizione del diritto comune francese esisterebbero tre gradi di colpa: colpa lievissima, colpa lieve e colpa grave. La prima si avrebbe allorquando non si usa la diligenza propria delle persone eccezionalmente prudenti; la colpa lieve si ha per non uso della diligenza richiesta per le persone di media capacità; la colpa grave si ha per non uso della diligenza comune persino degli uomini che hanno una scarsa abilità. Il codice italiano si è discostato da questa tripartizione e ha misurato la colpa sul comportamento del buon padre di famiglia (art. 1176 c.c.). Certo tale modello di comportamento non è rigido e si deve adattare all'attività concretamente svolta dall'agente: di qui la disposizione di cui all'art. 1176 comma 2 c.c.. L'unica gradazione che il codice civile ha accolto è quella tra colpa ordinaria e colpa grave. Quest'ultima ipotesi si rinvie in varie disposizioni del codice (art. 789, 1494, 1698, 1892 c.c.) ma nell'ambito specifico che ci riguarda è l'art. 2236 c.c. che limita e confina la responsabilità del professionista al criterio della colpa grave, quando la prestazione comporti la risoluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà. La giurisprudenza di legittimità ha proceduto ad un'operazione di allargamento della responsabilità medica attraverso la riduzione dell'ambito di applicabilità del precezzo di cui all'art. 2236 c.c. in particolar modo ritenendo tale norma inapplicabile nelle ipotesi di interventi *routinari* o di facile esecuzione

mai dipeso dal grado della colpa del danneggiante e neppure dalla sua capacità patrimoniale.

Per ciò che concerne le linee guida richiamate dall'articolo 3, comma 1, della legge Balduzzi si pone un rilievo sistematico. Tali linee non avevano prima d'ora assunto, nella materia della colpa medica, il rango di fonti di regole. La giurisprudenza solitamente le definiva e trattava alla stregua di mere raccomandazioni di comportamento clinico.

Nella giurisprudenza più recente il fondamento statistico delle linee guida consentiva d'elevarle a criterio sussidiario di misura della diligenza e perizia del (medio) professionista.

Le linee guida o buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica, di cui all'articolo 3, in commento evidentemente costituiscono regole di fonte extra legislativa, ora attratte nel diritto positivo.

Non può non rilevarsi la mancanza di un punto di equilibrio nella scelta operata dal legislatore.

Allo stato attuale manca un sistema centralizzato, quale a titolo meramente esemplificativo un ente super partes, incaricato dell'accreditamento delle linee guida.

Tale esigenza richiede un impegno da parte della Comunità scientifica volto ad approvare linee guida eventualmente accreditate da un ente terzo.

Il rischio o pericolo dello sciacallaggio processuale denunziato nelle fattispecie di malpractice medica non deve tradursi in una difesa corporativa.

Il tema della natura contrattuale o meno della responsabilità medica non rappresenta certamente un elemento di novità. Sul punto, l'articolo 3, comma 1, della legge 189/2012 dispone che:

*« l'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. **In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile.** Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo»*

In questo senso è ormai noto che il riferimento all'articolo 2043 del codice civile contenuto nell'articolo 3, comma 1, della citata legge numero 189/12 ha indotto, nell'immediatezza, a dubitare della possibilità di continuare ad applicare in modo generalizzato i criteri di accertamento della responsabilità contrattuale, con evidenti ripercussioni e ricadute sul versante probatorio. Al paziente, creditore della prestazione medica, non basterebbe più provare l'esistenza della fonte dell'obbligo ed allegare l'inadempienza del medico. **Insomma, il nuovo volto delle obbligazioni designato dalla regola del contatto sociale che ha trovato il suo fulcro nelle fattispecie di responsabilità medica, dopo un lungo percorso della giurisprudenza, è davvero cancellato?**

Secondo una prima lettura valutativa dell'accaduto, il tutto si spiegherebbe sotto un duplice alternativo profilo:

- a) il legislatore è incorso in un lapsus e quindi nulla è cambiato;
- b) il legislatore coscientemente ha inteso ripristinare l'antica regola.

Occorre riconoscere che, in tal caso, il ripristino dell'antica regola relativa all'articolo 2043 del codice civile appare estremamente

coerente con la ratio della riforma sanitaria, votata al contenimento dei fattori di spesa tra i quali possono annoverarsi, per certo, le regole di responsabilità dalle quali dipendono sia l'an, sia il quantum del risarcimento del danno da colpa medica. Sul punto una prima pronuncia del Tribunale di Varese il 26 novembre 2012, ove il Giudice Buffone non pare avere dubbi. Nel decisum, viene infatti ribadito che: «Il Legislatore sembra (consapevolmente e non per dimenticanza) suggerire *l'adesione al modello di responsabilità civile medica* come disegnato anteriormente al 1999, in cui, come noto, in assenza di contratto, il paziente poteva richiedere il danno iatrogeno *esercitando l'azione aquiliana*. È evidente che *l'adesione ad un* modulo siffatto contribuisce a realizzare la finalità perseguita dal legislatore (contrastò alla medicina difensiva) in quanto viene alleggerito *l'onere probatorio del medico* e viene fatto gravare sul paziente anche *l'onere (non richiesto dall'articolo 1218 del codice civile)* di offrire dimostrazione giudiziale dell'elemento soggettivo di imputazione della responsabilità. *L'adesione al modello di responsabilità ex articolo 2043 del codice civile* ha, anche, come effetto, quello di ridurre i tempi di prescrizione: non più dieci anni, bensì cinque».

In sostanza secondo il Giudice di Varese il legislatore con il decreto Balduzzi avrebbe espresso la preferenza per l'orientamento giurisprudenziale, ove si predicava l'applicazione dell'articolo 2043 del codice civile. A breve distanza dalla pronuncia del Tribunale di Varese vi è stata una pronuncia di senso contrario. Segno che le Corti di merito non sembrano voler rinunciare alla responsabilità contrattuale del medico.

Secondo una recente pronuncia del Tribunale di Arezzo (14 febbraio 2013), infatti: «Tenuto conto che il primo periodo prevede *l'esclusione della responsabilità penale* (per colpa lieve) in favore dei sanitari che si attengano alle linee guida e alle buone pratiche accreditate (introducendo quella che - secondo i primi commenti - parrebbe *integrare un'esimente speciale*), la norma del secondo periodo ha la funzione di chiarire che *l'esclusione della responsabilità penale non fa venir meno l'obbligo di risarcire il danno* (*in ciò sostanziandosi "l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile"*). Atteso che il richiamo all'articolo 2043 del codice civile è *limitato all'individuazione di un obbligo* (*"obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile"* che equivale a dire *"obbligo di risarcimento del danno"*), senza alcuna indicazione in merito ai criteri da applicare nell'accertamento della responsabilità risarcitoria (*se non che deve tenersi "debitamente conto" del rispetto delle linee guida e delle buone pratiche*), non sussistono ragioni per ritenere che la novella legislativa incida direttamente sull'attuale costruzione della responsabilità medica (*"diritto vivente"*) e che imponga un revirement giurisprudenziale nel senso del ritorno ad *un'impostazione aquiliana, con le consequenziali ricadute in punto di riparto degli oneri probatori e di durata del termine di prescrizione*».

Tuttavia, la pronuncia più significativa giunge dalla Suprema Corte di Cassazione<sup>51</sup> e pare dirimere definitivamente il dubbio interpretativo ingenerato dalla norma: «*L'articolo 3, comma I, del decreto legge 13 settembre 2012 n. 158, convertito in legge 8*

---

<sup>51</sup> Cass., 10 gennaio 2013 n. 4030.

novembre 2012, ha depenalizzato la responsabilità medica in caso di *colpa lieve, quando l'esercente l'attività sanitaria si sia attenuto a* linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica. *L'esimente penale non elide però l'illecito civile e resta fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile che è clausola generale del neminem laedere, sia nel diritto positivo, sia con riguardo ai diritti umani inviolabili quale è la salute. **La materia della responsabilità civile segue, tuttavia, le sue regole consolidate e non solo per la responsabilità aquiliana del medico, ma anche per quella cd. contrattuale del medico e della struttura sanitaria, da contatto sociale.»***

**La linea interpretativa delineata dalla Consulta pare condivisibile.**

**L'assenza di un contratto non è in grado di neutralizzare la professionalità, secondo determinati standard accertati dall'ordinamento, il che qualifica l'opera del debitore e che si traduce in obblighi di comportamento nei confronti di chi su tale professionalità ha riposto affidamento.** È pur vero infatti che la norma va letta ed interpretata non solo sotto il profilo strettamente letterale, dovendosi tenere in debito conto il rilievo sul sistematico.

## CAPITOLO III

# La responsabilità civile del notaio

**SOMMARIO:** **1.** La professione del notaio e i suoi caratteri peculiari - **2.** La responsabilità del notaio per inesatta identificazione delle parti - **3.** La responsabilità per omesso accertamento nei registri catastali e immobiliari - **4.** La responsabilità per mancato conseguimento del trattamento fiscale più favorevole - **5.** La mancata esplicita richiesta di trascrizione da parte dei clienti.

**3.1 La professione del notaio e i suoi caratteri peculiari** - Il tema della responsabilità<sup>52</sup> civile del notaio<sup>53</sup> nei rapporti con il cliente non può prescindere da una preliminare individuazione dei caratteri peculiari che connotano la professione notarile.

L'istituzione notarile è originariamente italiana, infatti, la figura professionale del notaio<sup>54</sup> nasce nell'Italia Lombarda e nella Francia Merovingia<sup>55</sup>, ma tale professione intellettuale è presente maggiormente nei Paesi europei di civil law, mentre la cultura giuridica del common law nei Paesi anglosassoni prevede la figura del notary public con compiti più limitati rispetto al notaio italiano.

---

<sup>52</sup> Analizzando la recente giurisprudenza il crescente numero dei pronunciati delle Corti è significativo sull'ampliamento dell'area della responsabilità del notaio: Cass. 12 febbraio 2013 n. 3285, in *Dir. giust.*, quotidiano del 13 febbraio 2013; Cass., 29 gennaio 2013, n. 2071, in *Dir. giust.*, quotidiano 30 gennaio 2013; Cass., 27 ottobre 2011, n. 22398, in *Giur. it.*, 2012, 8, c. 1779; Cass., 20 luglio 2010, n. 16905, in *Resp. Civ.*, 2012, 12, p. 916; Cass., 2 luglio 2010, n. 15726, in *Notariato*, 2010, 6, p. 606.

<sup>53</sup> Per una trattazione organica della responsabilità civile del notaio v. P.G. Monateri e L. Cinelli Siliquini, *La responsabilità civile del notaio*, Milano, 2011, 1; A. Fusaro, *La responsabilità del notaio*, in *Tratt. responsabilità contrattuale*, a cura di Visintini, Padova, 2009, 591; G. Celeste e V. Tenore, *La responsabilità disciplinare del notaio ed il relativo procedimento*, Milano, 2008, 1; G. Musolino, *La responsabilità dell'avvocato e del notaio*, Milano, 2005, 213; In particolare sull'obbligo di eseguire le visure ipocatastali v. M. Ceolin, *Danni da visure immobiliari e risarcimento in forma specifica*, in *Resp. civ.*, 2011, 10, 670; A. De Cupis, *Sulla responsabilità del notaio per la nullità dell'atto da lui rogato*, in *Foro it.*, 1955, IV, 7; V. Roppo, *La responsabilità professionale del notaio*, in *Dieci lezioni di diritto civile*, raccolte da Visintini, Milano, 2001, 151; M. Franzoni, *L'illecito*, in *Tratt. Franzoni*, Milano, 2004, 255.

<sup>54</sup>Notaio o Notaro, dal latino notare, annotare, prender nota.

<sup>55</sup>Merovingi: prima dinastia dei franchi, il cui nome deriva dal capostipite Meroveo, quale re dei franchi dal 448 al 457 a. C.

Infatti, nei Paesi di common law non esistono documenti scritti dotati di pubblica fede, poiché tutti gli scritti fanno pubblica fede fino a sentenza contraria e alcune funzioni del notaio italiano sono svolti dagli avvocati presso le loro law firm<sup>56</sup>.

In Italia il nostro diritto sostanziale ci ricorda all'articolo 2699 del codice civile che: «L'atto pubblico è il documento redatto, con le richieste formalità, da un notaio o da altro pubblico ufficiale autorizzato ad attribuirgli pubblica fede nel luogo dove l'atto è formato.», mentre all'articolo 2700 del codice civile: «L'atto pubblico fa piena prova, fino a querela di falso, della provenienza del documento dal pubblico ufficiale che lo ha formato, nonché delle dichiarazioni delle parti e degli altri fatti che il pubblico ufficiale attesta avvenuti in sua presenza o da lui compiuti».

Dalla suddetta analisi si lascia facilmente desumere che per far venir meno l'efficacia probatoria dell'atto pubblico è indispensabile esperire la querela di falso indicando gli elementi a cui ci si riferisce: falsità materiale (se l'atto pubblico è stato interamente o anche solo parzialmente contraffatto) e/o falsità ideologica (se il notaio nella sua funzione di pubblico ufficiale attesti fatti non veri ai quali non ha assistito).

Dopodiché, se la querela di falso viene esperita con successo produrrà un efficacia diretta *erga omnes*, ovvero verso tutti anche nei confronti dei terzi che non avevano lo status di parte processuale, ma soltanto un interesse diretto con l'atto divenuto inefficace, mentre l'eventuale rigetto della querela di falso procurerà una sanzione pecuniaria nei confronti del querelante per lite temeraria.

---

<sup>56</sup>Law Firm: Studio Legale

L'autenticazione della firma è un compito che nella funzione propria del pubblico ufficiale spetta tanto al notaio quanto all'avvocato e, allora, perché solamente il notaio può effettuare rogiti notarili per atti di compravendita concernenti beni immobili, dopotutto anche l'avvocato è un pubblico ufficiale.

La questione è stato oggetto di dibattito in dottrina e, nonostante, i tentativi falliti nell'anno 2011-2012, da parte del Governo Italiano, di permettere con il processo di liberalizzazione anche agli avvocati, sino ad un certo limite di valore dell'immobile, di effettuare rogiti relativi ad atti di compravendita, in verità, il tema è ancora controverso e irrisolto.

La dottrina maggioritaria ritiene che il notaio essendo l'unico funzionario istituito dallo Stato, nonché competente su un determinato distretto territoriale è, in realtà, l'unico pubblico ufficiale che può effettuare, secundum legem, rogiti per atti di compravendita immobiliare.

Ciò nonostante l'avvocato può sempre autenticare scritture private, purché non relativi ad atti dispositivi su beni immobili o mobili registrati.

La legge che ci indica i caratteri peculiari dell'attività notarile è la n.89 del 16 febbraio 1913<sup>57</sup>, in quanto definisce i notai come: «Pubblici ufficiali istituiti per ricevere gli atti tra vivi e di ultima volontà, attribuire loro pubblica fede, conservarne il deposito, rilasciarne le copie, i certificati e gli estratti».

La qualificazione del notaio in qualità di pubblico ufficiale è soltanto uno degli aspetti di tale prestatore d'opera, in quanto sono

---

<sup>57</sup>L. 16.2.1913, n. 89, legge del notariato e degli archivi notarili.

presenti anche caratteri propri del libero professionista, ex articolo 2230 del codice civile.

L'articolo 2230 trova la sua diretta applicazione nell'attività di consulenza del notaio presso il suo studio alle parti e del percepimento di un onorario a carico del solo cliente e non dello Stato.

L'ultima asserzione: «Altre attribuzioni loro deferite dalle leggi», ricomprende quelle funzioni che, seppur non indicate, derivano dalla qualifica di libero professionista intellettuale, ovvero attività di consulenza, oppure, il ricevimento di documenti in deposito fiduciario o la delega alle operazioni di vendita all'asta.

La figura professionale del notaio si contraddistingue per il suo essere sia pubblico ufficiale sia libero professionista.

Della sussposta duplicità della funzione del notaio è la dottrina, la quale ritiene che l'attività professionale del notaio è incentrata soltanto sulla pubblica funzione.

In questo modo nell'ambito della responsabilità civile del notaio si possono avere due conseguenze distinte.

Se si accoglie la teoria pubblicistica della dottrina che ritiene prevalente la funzione pubblicistica del notaio, allora si ha la configurazione di una responsabilità extracontrattuale o aquiliana da parte del professionista.

Viceversa se inquadriamo l'attività notarile dal punto di vista privatistico come sia prestatore d'opera intellettuale sia pubblico ufficiale, allora si deve considerare la responsabilità contrattuale del notaio.

La linea pubblicistica rappresenta, però, un discrimin che distingue il notaio dagli altri professionisti e negando la natura contrattuale del

rapporto esonererebbe il notaro da qualsiasi responsabilità nascente dall'operato dei propri ausiliari (siano essi dipendenti o collaboratori dello studio notarile) presenti nello studio.

Se la teoria pubblicista trova fondamento nella natura *erga omnes* dell'atto pubblico, poiché la funzione di pubblico ufficiale esercitata dal notaro deve tutelare le aspettative e gli interessi dei terzi in generale (responsabilità extracontrattuale), tuttavia, la teoria privatistica affonda le proprie radici sul rapporto giuridico tra cliente e notaio che si conclude con un contratto (responsabilità contrattuale) e, pertanto anche il rapporto contrattuale non sarebbe messo in discussione.

Tuttavia come nella vita accade che nelle contese fra due soggetti, spesso ne trae vantaggio un terzo individuo, così la giurisprudenza trova la solutio giuridica accontentando ambedue le teorie della dottrina.

La risoluzione della giurisprudenza con il ricorso alla c.d. **teoria intermedia** (o teoria mista) prevede che il **notaio sarebbe responsabile contrattualmente con il cliente** per il rapporto giuridico di relazione tale per cui non può essere considerato quisque de populo; mentre il **notaro sarebbe responsabile in via extracontrattuale nei confronti dei terzi** (*erga omnes*), in virtù del principio sancito nell'articolo 2043 del codice civile, per cui l'atto doloso o colposo derivante dall'attività notarile che abbia causato ad altri un danno ingiusto, obbliga il professionista al risarcimento del danno commesso.

Si è visto, dunque, la solutio giuridica trovata dalla giurisprudenza in questo doppio binario tra responsabilità contrattuale ed

extracontrattuale del notaio, ma il riferimento conclusivo lo lascio al pensiero del Professore ADRIANO DE CUPIS, il quale ribadisce come: «Il danno contrattuale può essere soltanto lesivo di un diritto soggettivo, mentre il danno ingiusto è, per l'articolo 2043, ogni danno avente per oggetto un interesse, diverso da quello del creditore, ma giuridicamente tutelato e non già un qualsiasi interesse meritevole di tutela giuridica.».

Infatti, come del resto sostiene il Professore ADRIANO DE CUPIS<sup>58</sup>, l'illiceità dell'atto che ha procurato un danno ingiusto, poiché contrario a norme imperative, non può far a meno di essere imputato alla generalità dei soggetti a difesa di uno di quegli interessi che sono tutelati giuridicamente *erga omnes*. La questione trova ancor più forza nell'articolo 2700 del codice civile, perché la giurisprudenza e la dottrina maggioritaria risalente a Chiovenda riconosce al decisum delle Corti valore di efficacia giuridica, come si suole ancora oggi dire che: «**Res iudicata facit de albo nigrum, originem creat, aequat quadrata rotundis**» laddove la decisione finale del giudice può rendere nero ciò che è bianco ed eguali cerchi e quadrati, per cui la cosa giudicata determina nel rendere certo il diritto, altresì il valore assoluto di efficacia *erga omnes* nei confronti di coloro che pur essendo parti di un rapporto coinvolto dall'atto pubblico non abbiano partecipato al relativo giudizio, indipendentemente che sia stata accolta o rigettata l'esperimento della querela di falso, il che non impedisce l'esperibilità di impugnazioni straordinarie da parte di terzi

---

<sup>58</sup>Adriano De Cupis, Istituzioni di diritto privato, Volume III, Giuffrè Editore, Milano, 1978, p. 118

in virtù del diritto ad impugnare per il principio interesse-socombenza, così come previsto nel diritto processuale civile<sup>59</sup>.

Sul piano della condotta notarile non v'è dubbio che il notaio sia un debitore di mezzi nell'obbligazione e che si impegni, con diligenza professionale, per il conseguimento del risultato voluto dal cliente.

Per stabilire se il notaio ha adempiuto correttamente alla propria obbligazione professionale occorrerà procedere secondo i principi di diritto comune.

D'altronde sempre al cliente incombe l'onere di provare il fatto costitutivo concernente l'esistenza del rapporto obbligatorio e l'inadempimento del professionista intellettuale. Tali componenti devono essere poi combinati nel rapporto eziologico facendo riferimento all'evento lesivo dell'interesse del cliente e all'effettivo danno arrecato nei confronti di quest'ultimo.

Ne consegue che, secondo tale impostazione, nell'ambito della responsabilità contrattuale il notaio può essere assolto provando che il suo inadempimento o ritardo della prestazione è stato determinato dall'impossibilità della stessa per causa a lui non imputabile (articolo 1218 del codice civile).

Trattati i caratteri peculiari dell'attività notarile, nei paragrafi successivi si analizzerà la responsabilità civile del notaio per: inesatta identificazione delle parti, per omesso accertamento nei registri catastali e immobiliari, per mancato conseguimento del trattamento fiscale più favorevole e per la mancata esplicita richiesta di trascrizione da parte dei clienti. Nonostante si registra negli ultimi anni un notevole incremento della responsabilità professionale

---

<sup>59</sup>Giampiero Balena, Istituzioni di diritto processuale civile, Cacucci Editore, Bari, 2012, p. 149

(soprattutto nell'ambito dell'ars medica), l'area notarile resta indenne dal fenomeno in atto e non rappresenta certo un caso che nell'Unione Europea ventuno Paesi membri su ventisette hanno un notariato di tipo latino; mentre in Inghilterra incalza incontrastata la figura del solicitor (il procuratore da cui non si può non farsi assistere) nella circolazione dei beni<sup>(60)</sup>, nella maggior parte dei Paesi di civil law<sup>(61)</sup>, tra cui l'Italia, prevale incontrastata la figura del notaio la cui veste di pubblico ufficiale assicura al sistema giustizia (da tempo in affanno) un efficace funzione deflattiva avverso la litigiosità che contraddistingue il nostro Paese. Una spiegazione esaustiva sull'importanza accordata al ruolo del notaio va ben oltre la pubblica fede che aleggia sull'atto rogato. La capacità raggiunta nell'arco di un millennio di acquisire, conservare informazioni e documenti in modo oggettivo, veritiero ed imparziale ha rafforzato l'unanime riconoscimento ed accettazione.

**3.2 La responsabilità del notaio per inesatta identificazione delle parti** - Il primo ed importante obbligo del notaio, durante la stipulazione di un atto pubblico, è la corretta identificazione dei sottoscrittori.

Se il notaio non è sicuro dell'identità dei sottoscrittori, allora è tenuto ad avvalersi di due fidefacienti<sup>62</sup>, tuttavia, non rientra tra gli obblighi del notaio "accertante" verificare la capacità di agire delle parti, né tantomeno la legittimazione a compiere quel preciso atto.

---

<sup>(60)</sup> In Inghilterra l'avvocato si chiama *Barrister* ed il procuratore *Solicitor*.

<sup>(61)</sup> La professione notarile si caratterizza, a livello comparistico, come un'attività interessata, nei Paesi di *civil law*, da forti elementi unificanti, non soltanto dal punto di vista funzionale, ma anche da quello organizzativo.

<sup>62</sup> L'estimone aggiunto e fa piena fede per quanto attestato, certificato e dichiarato.

L'inosservanza dei suddetti adempimenti determina la responsabilità civile del notaio nei confronti dei contraenti, l'uno tratto in inganno dall'altro, presentatosi sotto falso nome (c.d. sostituzione di persona, articolo 494 del codice penale).

Di conseguenza, il notaio che non ha impiegato la diligenza professionale richiesta per la natura della prestazione d'opera, delle funzioni esercitate e dalla normativa vigente nell'identificazione delle persone che in qualità di venditori hanno sottoscritto l'atto pubblico da lui autenticato, senz'altro deve rispondere per responsabilità contrattuale nei confronti della parte che ha un interesse meritevole di tutela giuridica.

Sicuramente la superficiale e frettolosa partecipazione del notaio alla stipulazione dell'atto mal si concilia con la diligenza professionale necessaria allo svolgimento della funzione pubblica di autenticazione.

Il notaio nel procedere all'identificazione delle parti non può limitarsi ad un semplice esame del documento di identità, ma al fine di acquisire certezza sull'effettiva identità delle stesse deve svolgere tutte le indagini del caso e ricorrendo, in alternativa, all'intervento di due fidefacienti.

Il Tribunale di Roma, con sentenza del 6 agosto 2001, n. 2887 ha ritenuto non responsabile civilmente il notaio per causa a lui non imputabile (articolo 1218 del codice civile), il quale nell'autenticazione della sottoscrizione in calce ad una procura aveva raggiunto il proprio ragionevole convincimento, anche se rivelatosi falso successivamente, circa l'identità della persona conferente (attraverso l'esame del suo documento di riconoscimento) dalla verifica della sua carta d'identità e dalla conoscenza del mandatario da

parte dei collaboratori di studio dello stesso notaio, nonché il versamento di acconti, da parte del mandatario, annotati in calce al contratto preliminare stipulato tra quest'ultimo ed il mandante nella sua qualità di amministratore unico della società, oltre che la corrispondenza della sottoscrizione apposta da quest'ultimo sullo stesso contratto preliminare e sulla procura a vendere.

Tuttavia in un caso analogo a quello succitato, la Corte di Appello di Perugia con la sentenza del 23 marzo 1994 ha ritenuto sussistente, invece, una responsabilità contrattuale del notaio per l'inesatta identificazione del soggetto richiedente l'autenticazione della firma, in quanto l'accertamento di identità era stato fondato esclusivamente sulla patente di guida, considerando che si tratta di un documento notoriamente predisposto ad agevoli falsificazioni, nonché valutando la circostanza che nel caso di specie il suo rilascio era avvenuto da appena due mesi ad una persona di oltre cinquantasette anni di età, oltretutto residente in un'altra provincia.

Dall'analisi delle suseposte fattispecie giurisprudenziali emerge che il notaio, nel procedere all'identificazione delle parti, non può limitarsi ad un esame semplice e superficiale del documento di riconoscimento, bensì risulta necessario ed indispensabile acquisire certezza dell'identità reale dei soggetti e, ove necessario, altresì svolgere tutte le indagini del caso ricorrendo, al limite, sempre all'intervento di due fidefacienti.

Sicuramente un comportamento diligente del notaio va ravvisato, invece, nel caso in cui il professionista non si fermi all'esame di un singolo documento di riconoscimento, ma giunga all'identificazione

personale delle parti attraverso il riscontro di due documenti di riconoscimento.

Pertanto il notaio che accerta l'identità personale delle parti con il corretto riscontro di due documenti di riconoscimento pone in essere un comportamento diligente conformemente a quanto disposto dall'articolo 49 della Legge n.89 del 16 febbraio 1913<sup>63</sup>, perciò non sussiste la responsabilità civile a carico del notaio in questo caso, anche se i predetti riscontri documentali risultino successivamente falsificati.

In definitiva anche il recente orientamento della Suprema Corte di Cassazione ha stabilito che la certezza dell'identità del sottoscrittore, da parte del notaio, non può scaturire dall'unico riscontro del documento di riconoscimento, bensì sulla valutazione di tutti gli elementi idonei allo scopo (così come disposto dall'articolo 49 della Legge n.89 del 16 febbraio 1913).

**3.3 La responsabilità per omesso accertamento nei registri catastali e immobiliari** - Una estensione del principio di accertamento investe i registri catastali e immobiliari, quali ulteriori adempimenti costituenti l'espressione dell'attività notarile. Più in generale, nella fattispeie di cui ci so occupa, tra notaio e cliente nell'ambito della prestazione richiesta l'attività esigibile dal professionista si atteggia su un duplice livello. In primo luogo nel rispetto degli obblighi e principi regolatori del negozio, il notaio deve salvaguardare gli interessi riposti dalle parti stipulanti e preservare il negozio in sé, da potenziali rischi che possano impedirne la sua conservazione. Per altro verso l'attività

---

<sup>63</sup>L. 16.2.1913, n. 89, legge del notariato e degli archivi notarili.

del notaio quale testimone qualificato dell'attività negoziale posta in essere in sua presenza svolge una funzione di pubblica fede verso i terzi che si concretizza non solo nella genuinità dell'atto ma anche in tutte quelle formalità pubblicitarie preordinate alla circolazione dei beni.

In tale contesto l'informazione prestata dal notaio nei confronti dei clienti è fondamentale come altrettanto rilevante è l'acquisizione della volontà reale manifestata dagli stipulanti.

Il dovere del notaio di procedere alla verifica mediante *visura*<sup>64</sup> catastale nei registri immobiliari, concernenti la libera disposizione del bene venduto, senz'altro costituisce l'espressione di buon uso della diligenza professionale, così come previsto nel secondo comma dell'articolo 1176 del codice civile.

La giurisprudenza è concorde nel ritenere responsabile il notaio nell'esercizio delle c.d. visure ipotecarie, nei limiti degli atti risultanti dall'indagine già annotati nei pubblici registri, purché vi sia un espresso incarico del cliente a svolgere le verifiche *de quibus*. Pertanto, in mancanza di un espresso incarico del cliente, il notaio non ha l'obbligo di compiere indagini nei registri ipotecari per verificare se esistano iscrizioni oppure trascrizioni concernenti il bene immobile venduto e, pertanto, il professionista non assume alcuna responsabilità civile derivante dai danni sofferti dal cliente, purché il notaio nello svolgimento della sua attività professionale adotti tutti quegli

---

<sup>64</sup> Su alcuni precedenti giurisprudenziali in tema di esonero del notaio dall'obbligo di procedere alle visure v. Cass., 16 maggio 2006, n. 5868, in *Vit. not.*, 2006, p. 379; Cass. 18 gennaio 2002, n. 547, in *Giur. it.*, 2002, c. 1586. Sull'esclusione della responsabilità del professionista qualora le parti insistano nel richiedere la rogazione dell'atto successivamente all'informativa resa dal notaio circa l'esistenza di un vincolo di disponibilità v. Cass., 7 settembre 1977, n. 3893, in *Foro it.*, 1978, I, c. 439.

accorgimenti indispensabili al fine di tutela la posizione giuridica dei clienti.

Tuttavia, si verifica un'esclusione di responsabilità nel caso in cui il notaio non rilevi l'esistenza di iscrizioni ipotecarie a causa dei ritardi nell'aggiornamento dei Registri immobiliari, in quanto si verifica un'assenza di una qualsiasi colpa professionale mancando il nesso di causa, oltre che per causa certamente non imputabile al notaio (ex articolo 1218 del codice civile), inoltre ad esso non sono nemmeno imputabili le anomalie della Conservatoria<sup>65</sup>.

Ad ogni buon conto, il diritto del cliente che ha richiesto un'obbligazione di risultato al notaio concernente la libertà di disposizione dell'immobile, onde evitare di acquisire un bene gravato da ipoteca, non è forse un interesse meritevole di tutela giuridica?

La giurisprudenza ha precisato, nella sentenza del Tribunale di Genova, in quanto l'attività di accertamento richiede una particolare attenzione e diligenza professionale da parte del notaio che incorre, comunque, in responsabilità contrattuale se si limita ad acquisire la visura meccanografica del giorno della stipulazione dell'atto, ma non si preoccupi di procedere a visura manuale, una volta accertata la seguente annotazione apposta in calce alla prima visura: "**Attenzione sono presenti note sospese**".

Con la presenza dei suddetti requisiti ovviamente sussiste anche il nesso di causa e la responsabilità del notaio per colpa, ovvero negligenza o imperizia, durante l'adempimento delle sue pubbliche funzioni. Pertanto, nella fattispecie in questione, la responsabilità civile del notaio ha, nei confronti dei clienti, una natura

---

<sup>65</sup>Tribunale di Lecco 17.6.2000, n. 266 e Tribunale di Milano 30.9.1996 n. 997

esclusivamente contrattuale, in quanto, pur essendo tenuto ad un'obbligazione di mezzi e non di risultato, comunque, il professionista deve adempiere utilizzando i mezzi di cui dispone, in vista del conseguimento del risultato voluto dal cliente, attraverso, l'utilizzo della diligenza professionista prevista per la natura dell'obbligazione.

Il suddetto obbligo rientra nei doveri professionali del notaio tesi alla ad assicurare serietà e certezza degli atti giuridici, così come osserva la Suprema Corte di Cassazione nella sentenza n. 7127/1987:«Per il notaio richiesto dalla preparazione e stesura di un atto pubblico di trasferimento immobiliare, la preventiva verifica della libertà del bene costituisce, salvo l'espressa dispensa degli interessati, un obbligo derivante dall'incarico conferito dal cliente e quindi ricompreso nel rapporto di prestazione di opera professionale<sup>66</sup> specialmente tesa ad assicurare la serietà e la certezza degli atti giuridici.».

Orbene, la responsabilità civile del notaio può escludersi nel caso specifico ove, anziché effettuare la visura ipotecaria, si era basato sull'accertamento eseguito da un altro notaio, il quale aveva ricevuto un precedente atto di acquisto.

V'è di più. L'assenza di responsabilità notarile si rileva anche qualora il professionista una volta rilevato e portato a conoscenza delle parti il vincolo di indisponibilità dell'immobile, comunque, i clienti stessi decidono ugualmente di procedere alla stesura dell'atto pubblico.

---

<sup>66</sup>Articoli 1176 e 2230 del codice civile

Di fatti così come anche la giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione nella sentenza n. 3893/1977:«Il notaio nella richiesta di preparazione e stesura di un atto pubblico di trasferimento immobiliare ha l'obbligo di verificare preventivamente se il bene è libero da vincoli pregiudizievoli, **sempreché le parti non lo abbiano concordemente ed espressamente dispensato.**».

L'unico limite concernente l'espressa dispensa delle parti in favore del notaio dall'accertamento di un vincolo pregiudizievole gravante sull'immobile, oggetto della compravendita per atto pubblico, è rappresentato dal fatto che il notaro abbia anche il solo sospetto, non necessariamente la conoscenza, circa l'iscrizione pregiudizievole de quo.

Lo ha stabilito, ancora una volta, la giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione con la sentenza n. 5158/2001 dove nella condanna si colpisce l'illiceità della clausola generica circa la dispensa delle parti al notaio, poiché il professionista era a conoscenza della situazione e dei relativi vincoli ipotecari e, pertanto, doveva informare le parti nonostante la clausola di esonero.

Un ultimo caso di esclusione della responsabilità notarile viene ravvisato dalla giurisprudenza e riguarda il mancato svolgimento delle opportune visure, allorquando, l'espletamento di quest'ultime risulta essere eccessivamente oneroso per il cliente.

La suddetta deroga alla responsabilità contrattuale del notaio mi lascia per un attimo riflettere su di una possibile comparazione tra il diritto sostanziale e il diritto processuale concernente sempre la disciplina civilistica.

Di fatti come per il notaio anche al giudice viene attribuito il medesimo potere discrezionale, quale spazio di giudizio e di scelta, allorquando, sia pur in presenza di un tipico caso di connessione di causa (artt. 31-36 c.p.c.), comunque, l'ill.mo giudicante può disporre la separazione delle cause cumulate se la continuazione della riunione renderebbe gravoso il processo per le parti<sup>67</sup>. In quest'ultimo caso non si configurerebbe assolutamente la responsabilità del magistrato.

In conclusione, la suddetta limitazione di responsabilità civile del notaio trova il suo fondamento soltanto se viene fornita l'espressa informativa al cliente sull'incompletezza della visura eseguita.

**3.4 La responsabilità per mancato conseguimento del trattamento fiscale più favorevole** - Il notaio risponde, sempre nell'ambito della responsabilità contrattuale nei confronti del cliente, per non aver fatto conseguire a quest'ultimo il trattamento fiscale più favorevole nella rogazione dell'atto.

Sul punto vi sono stati diversi interventi giurisprudenziali che ha sancito la responsabilità contrattuale del notaio se non esegue quanto espressamente pattuito con il cliente.

Di conseguenza, è concepito nell'attività di prestazione d'opera intellettuale del notaio lo svolgere quanto è necessario per far pagare non più del dovuto alle parti.

V'è di più, in quanto, la giurisprudenza evidenza come il mancato conseguimento del trattamento fiscale più favorevole al cliente si qualifica come violazione di un dovere generico di diligenza, al quale il professionista doveva rispettare nell'adempimento dell'obbligazione.

---

<sup>67</sup>Giampiero Balena, Istituzioni di diritto processuale civile, volume I, Cacucci Editore, Bari, p. 185

Di conseguenza, si qualificano due presupposti nella responsabilità civile del notaio per l'assenza del trattamento fiscale più favorevole alla parte: l'inadempimento contrattuale e l'inosservanza del dovere di diligenza professionale richiesto per la natura della prestazione professionale.

Ciò nonostante, la Corte di Appello di Genova ha sancito, nella sentenza del 30 aprile 1971 n. 65, una deroga alla responsabilità del notaio per non aver permesso al cliente l'ottenimento del trattamento fiscale più favorevole, qualora il notaro sia stato incaricato dell'esclusiva redazione dell'atto medesimo.

Responsabilità contrattuale del notaio che si identifica, qualora, anziché incaricato dell'esclusiva redazione dell'atto, vi era stata l'espressa richiesta delle parti di predisporre la documentazione utile al trasferimento del bene immobile nella forma più economica possibile, sempre se i clienti dimostrino che la trasmissione vi era stata a titolo più che oneroso.

Notevole importanza assume nella suddetta fattispecie l'orientamento giurisprudenziale di legittimità, dove la Suprema Corte di Cassazione si pronuncia qualificando la responsabilità contrattuale del notaio in caso di ingiustificato ritardo nella registrazione dell'atto, in quanto ha seguito di una modifica legislativa ha provoca un aumento delle spese del cliente.

Nella particolare fattispecie il notaio pur provvedendo alla registrazione dell'atto nel termine di venti giorni (articolo 2671 del codice civile), comunque, non ha considerato, oppure ha ignorato il più favorevole trattamento fiscale per il suo cliente registrando l'atto il 1<sup>o</sup> gennaio 1973 con una tassazione configurata nell'aliquota del 2%

dell'epoca, anziché provvedere al predetto adempimento entro il 31 dicembre 1972, dove il cliente avrebbe sostenuto il pagamento di un'aliquota pari allo 0,50% di quel periodo storico in Italia.

In questo caso abbiamo un comportamento omissivo del notaio che non ha assunto con diligenza professionale l'impegno specifico e, anziché adoperarsi per ottenere l'applicazione dell'aliquota minore ha portato, invece, l'atto alla registrazione in data successiva a quella di scadenza del beneficio.

**3.5 La mancata esplicita richiesta di trascrizione da parte dei clienti** - L'articolo 2671 del codice civile sancisce il preciso obbligo del notaio verso i clienti stante l'immediata trascrizione dell'atto ricevuto o autenticato, con la conseguenza che in caso di ingiustificati ritardi, nei termini previsti dal legislatore (entro trenta giorni dal ricevimento dell'atto o dalla sua autenticazione) o comunque nel più breve tempo possibile, il professionista dovrà considerarsi civilmente responsabile nei confronti del cliente (responsabilità contrattuale, ex articolo 1218 del codice civile).

La responsabilità civile del notaio per mancata o ritardata trascrizione dell'atto ha natura contrattuale, in virtù del rapporto di prestazione d'opera professionale con il cliente.

L'inosservanza delle disposizioni civilistiche all'articolo 2671, da parte del notaio, configura altresì un'altra violazione concernente l'articolo 1176 dell'agire secondo diligenza professionale.

Dunque per il ragionamento a contrario: se il notaio ha agito secondo diligenza professionale non è responsabile per il ritardo della trascrizione dell'atto per causa a lui non imputabile.

Con la suddetta espressione è possibile affermare che se il notaio ha un'impossibilità fisica, ovvero si frattura ambedue le gambe e deve tenere il gesso per quattro mesi, può sussistere l'assenza di responsabilità per un evento che non ha causato lo stesso professionista?

Assolutamente no, perché sia pur il professionista era affetto da un'impossibilità fisica che rendeva impraticabile la sua attività lavorativa, comunque, poteva avvisare i collaboratori di studio o i clienti, in modo tale da evitare in altro modo l'ingiustificato ritardo della trascrizione.

Ciò nonostante, se il notaio avesse delegato per la trascrizione dell'atto un collaboratore di studio, in caso di mancato o ritardo nell'adempimento de quo non viene esclusa la responsabilità contrattuale del professionista intellettuale.

Tuttavia, la giurisprudenza<sup>68</sup> ha stabilito che l'indugio del notaio nel curare la trascrizione dell'atto non necessariamente configura una violazione del dovere di diligenza (ex articolo 1176 del codice civile), in quanto risulta, ai fini dell'individuazione della responsabilità, la valutazione di tutte le circostanze riguardanti la natura dell'atto, i tempi e i mezzi impiegati dal professionista per la trascrizione e il sopraggiungere di imprevisti non imputabili al prestatore d'opera.

Ciò nonostante, al fine di stabilire la sussistenza o meno del nesso di causa occorre valutare il tempo trascorso il ricevimento dell'atto da parte del notaio e il momento in cui si è determinato il danno, ovviamente un lasso di tempo minimo, a mo' di esempio quattro giorni, certamente non qualifica un ritardo colpevole

---

<sup>68</sup>Cass., 12.5.1990, n. 4111

nell'adempimento dell'obbligo del notaio di trascrivere un atto pubblico.

Ne consegue che, secondo tale impostazione, il notaio è tenuto sempre a trascrivere immediatamente l'atto rogato, allorquando, vi sia una esplicita richiesta dei clienti.

Viceversa, in assenza della sussposta richiesta non può configurarsi la responsabilità civile del professionista per la ritardata trascrizione del medesimo atto, dunque, non vi è colpa se non vi è la prova del fatto constitutivo e del nesso di causa.

In relazione all'esigenza dei clienti sopra riportata è doveroso richiamare l'articolo 2671 del codice civile, quale fonte normativa stante gli obblighi del pubblico ufficiale.

Infatti, il notaio che ha ricevuto, oppure, autenticato l'atto soggetto a trascrizione ha l'obbligo di curare che questa venga eseguita nel più breve tempo possibile, ed è tenuto al risarcimento dei danni in caso di ritardo, salvo il termine di legge previsto di trenta giorni dalla data di ricevimento o autenticazione dell'atto, il che si riferisce esclusivamente all'obbligo di indole fiscale imposto al pubblico ufficiale verso le parti e, comunque, nel caso di specie vi deve essere la prova che i clienti abbiano richiesto, al momento del rogito, la trascrizione dell'atto con urgenza spiegando, altresì le relative ragioni della predetta urgenza.

Dunque, il ritardo del notaio nell'eseguire la trascrizione dell'atto deve essere provato e configurato come ingiustificato dovendo essere valutato dal giudice, ovviamente tenendo presente il caso in questione, la natura dell'atto trascritto con ritardo e ogni altra circostanza utile

allo scopo per formare il ragionevole convincimento per la decisione finale nel merito.

Tuttavia, fermo l'obbligo del notaio, nonché fatti salvi gli effetti dell'articolo 2671 del codice civile verso il fisco e verso i terzi, le conseguenze della sua violazione, ai fini dell'insorgere di un obbligo risarcitorio nei confronti dei contraenti assume carattere dirimente la condotta seguita dal professionista nell'ambito dello schema contrattuale. Infatti, essendo il rogito redatto sulla base di un contratto di prestazione d'opera fra le parti, è determinante stabilire se il notaio abbia preso atto della volontà delle parti nel senso dell'esclusione della trascrizione o del ritardo di essa e l'abbia trasfuso nell'atto senza avvertirle in alcun modo sul conflitto di una simile volontà con l'articolo 2671 del codice civile e sulle implicazioni ed i rischi della loro scelta oppure se abbia così proceduto dopo averle avvertite.

La Suprema Corte di Cassazione nella sentenza n. 10297/2012 ha così stabilito: «*Nell'ipotesi di omessa informazione (secondo le regole della buona fede)*<sup>69</sup> si avrà certamente una responsabilità del notaio, perché egli è venuto meno ai doveri di protezione o se si vuole di consiglio. Viceversa, ove il professionista abbia comunicato i rischi connessi alla volontà espressa dalle parti di tardare la trascrizione, è vero che egli ha redatto comunque un atto che bene avrebbe dovuto e potuto rifiutarsi di compiere con quello specifico contenuto, ma lo ha fatto non solo - come nell'altro caso - su esplicita richiesta delle parti,

---

<sup>69</sup> Sul ruolo centrale della buona fede nella costruzione del giusto contratto e la contrarietà verso un uso indiscriminato della clausola di esonero v. Cass., 31 maggio 2006, n. 13015, in Corr. giur., 2007, 3, 379, con nota di S. Morelli, *La responsabilità civile del notaio: le posizioni di dottrina e giurisprudenza*. Si veda inoltre Cass., 16 marzo 2006, n. 5868, in Corr. giur., 3, 2007, 381, ove la Suprema Corte rileva la criticità di una valutazione della responsabilità professionale del notaio ancorata sul presupposto della valenza insuperabile della clausola di esonero.

bensì avendo adempiuto ai suoi doveri di informazione nei riguardi delle parti».

In questo secondo caso può accadere che accanto alla previsione dell'esclusione della trascrizione o del ritardo, si preveda espressamente l'inserimento di una clausola di esenzione del notaio da responsabilità oppure che nulla si dica al riguardo. La questione si risolve unicamente nell'ambito probatorio e del favor concesso al notaio in un eventuale libello.

## CAPITOLO IV

# La responsabilità civile dell'avvocato

**SOMMARIO:** **1.** I caratteri della professione legale - **2.** La responsabilità per decadenza della costituzione di parte civile - **3.** L'assunzione di difesa per una causa infondata - **4.** L'allungamento dei tempi processuali e abuso strumentale del processo - **5.** Mancata informazione del cliente sullo stato della pratica - **6.** Tardiva proposizione dell'impugnazione e la scure del filtro in appello.

**4.1 I caratteri della professione legale** - Il tema della responsabilità civile dell'avvocato nei rapporti con il cliente non può escludere una previa, nonché doverosa, individuazione dei caratteri che contraddistinguono la professione legale.

La storia antica e presente dipinge l'avvocato come la figura più malvista tra tutte le professioni intellettuali, ma di tale professionista il popolo stesso non può farne a meno per tutelare i propri diritti e interessi in tutte le aule giudiziarie competenti.

Nell'Impero Romano il filosofo, politico e avvocato Marco Tullio Cicerone ha rappresentato una delle figure forensi più importanti dell'antichità. Egli, infatti, in sede di teoria della conoscenza ha aderito al probabilismo degli Accademici e, attraverso, uno scetticismo pragmatico, ove senza negare l'esistenza di una verità oltre i fenomeni, si preoccupa fondamentalmente di garantire la possibilità di una conoscenza probabile.

In sostanza una visione fattuale attendibile si ha per acquisita se è dimostrabile, ovvero se la scoperta della nozione di verità è comprensiva nella percezione di dimostrabilità.

In definitiva sintetizzando il pensiero di Cicerone con un aforisma di Antoine de Saint Exupéry potremmo dire che: «La verità non è ciò che è dimostrabile, ma ciò che è ineluttabile.».

Nella realtà pratica legale l'avvocato deve fornire al proprio cliente la massima disponibilità in ogni momento della giornata e la più celere risoluzione possibile al problema dell'assistito.

Gli avvocati oltre al compito di rappresentanza, assistenza e difesa dei propri clienti in giudizio vengono qualificati, tout-court, come collaboratori del giudice nell'amministrazione della giustizia e a loro viene attribuito, infatti, il delicato compito di svolgere la miglior intermediazione fra gli organi giudicanti e il cittadino che adisce i tribunali.

Ciò nonostante, gli avvocati devono sempre agire giudizialmente in nome, per conto e negli interessi dei loro clienti assicurando la miglior difesa possibile, pur dovendosi comportare con correttezza, lealtà (articolo 88 del codice di diritto processuale civile, ovvero, l'avvocato non deve proporre azioni o assumere iniziative in giudizio con mala fede o colpa grave), devozione, dignità e decoro della professione forense nel pieno rispetto, nonché osservanza dell'ordinamento giuridico nazionale.

L'avvocato pur esercitando la propria professione in piena libertà, autonomia ed indipendenza (ovvero, l'avvocato non deve tener conto di interessi riguardanti la propria sfera personale), nell'ambito della tutela dei diritti e degli interessi dei propri clienti deve accettare

incarichi che è consapevole di poter svolgere con adeguata competenza. Pertanto, l'accettazione di un determinato incarico professionale lascia tacitamente presumere la competenza del professionista a svolgere quel determinato compito, oltre al fatto che è dovere dell'avvocato curare costantemente la propria preparazione professionale, conservando e accrescendo le conoscenze con particolare riferimento alle aree giuridiche nelle quali svolga l'attività professionale.

L'avvocato durante lo svolgimento della sua prestazione d'opera risponde non solo del suo operato, ma anche di quello dei suoi praticanti sia abilitati al patrocinio sia non abilitati al patrocinio, il che comporta anche una responsabilità disciplinare e/o responsabilità sia civile sia penale (nelle ipotesi di concorso di reato), qualora il dominus avvalli l'attività abusiva della professione, a mo' di esempio sottoscrivendo anch'egli la procura ricevuta dal praticante per una lite di un proprio cliente innanzi al Tribunale collegiale<sup>70</sup> (in quanto il praticante abilitato al patrocinio può esercitare solo dinanzi a giudici monocratici, con particolari limitazioni per territorio, materia e valore indicati dalla legge).

Il codice deontologico forense permette di esercitare la professione legale all'avvocato sia in Italia che all'Estero, nei limiti stabiliti dalle norme deontologiche del Paese in cui viene svolta l'attività intellettuale.

Di fatti, se in Spagna l'*abogado*<sup>71</sup> è un soggetto laureato in legge che può esercitare direttamente la professione in ogni procedimento, invece, in Inghilterra è necessario intraprendere una formazione

---

<sup>70</sup>Consiglio Nazionale Forense 3 ottobre 2011, n. 191

<sup>71</sup>Abogado: Avvocato in spagnolo

professionale e un periodo di pratica biennale per diventare Solicitor<sup>72</sup>, oppure, di dodici mesi per ricevere la qualifica di Barrister<sup>73</sup>, a seconda dell'attività che si intende svolgere: stragiudiziale (Solicitor) o giudiziale<sup>74</sup> (Barrister).

Tra i doveri di fedeltà e di difesa, invece, l'avvocato deve comportarsi agendo nell'interesse del proprio assistito, senza compiere atti contrari che possano recare un grave pregiudizio al cliente.

L'avvocato è obbligato a conservare tutti i fascicoli e documenti a lui depositati dal cliente o ex-cliente, nonché a rimetterli, in qualsiasi momento, nella disponibilità materialità di quest'ultimo allorquando ne faccia espressa richiesta verbale (articolo 2235 del codice civile, c.d. divieto di ritenzione).

Inoltre è un dovere dell'avvocato non solo garantire la miglior difesa per il cliente, ma anche rispettare il dovere di segretezza e riservatezza dei dati sensibili di tutti i clienti ed ex-clienti, nonché tutelare il diritto alla privacy dei propri assistiti ed ex-assistiti premunendosi all'interno del proprio studio di classificatori con chiusura di sicurezza, onde evitare che qualsiasi individuo trovandosi all'interno dell'ufficio legale possa leggere il nome di un patrocinato o ex-patrocinato del professionista forense su di un fascicolo e da lì conoscere, eventualmente, tutta la sua controversia stragiudiziale e/o giudiziale.

Nell'ambito di una responsabilità civile del professionista, l'Ordine professionale di riferimento può infliggere sanzioni adeguate e

---

<sup>72</sup>Solicitor: Avvocato che rappresenta il cliente nella fase pregiudiziale in Inghilterra e fra le attività più importanti che può svolgere è quella di introduzione e preparazione del processo, in nome del proprio mandante, ovvero l'attività di preparazione nella fase discovery che precede la fase trial nel processo inglese.

<sup>73</sup>Barrister: Avvocato che rappresenta il cliente dinanzi alle Corti Superiori, High courts, in Inghilterra

<sup>74</sup>E. Cassese, Professione e concorrenza nella disciplina dell'Unione europea, in Della Cananca /a cyra delle orifessuibu e cibcirrebzam ub QGDA, 2003, 8, p. 92

proporzionate alla violazione normativa, tra cui anche la radiazione sine die dall'albo professionale e, nonostante ciò, il professionista mantiene comunque la qualifica di avvocato seppur non possa più esercitare l'attività forense.

La prestazione a cui è tenuto l'avvocato a seguito dell'incarico conferitogli dal cliente costituisce un contratto d'opera intellettuale tra professionista e cliente.

Tuttavia, la prestazione dell'avvocato si indirizza non solo nell'espletamento di un'attività puramente stragiudiziale, ove è sufficiente il conferimento dell'incarico a voce del cliente, ma altresì nell'espletamento di atti giuridici di natura giudiziale dove è necessario la firma della procura alle lite, la quale deve essere autenticata dall'avvocato nell'esercizio delle sue funzioni di pubblico ufficiale.

La procura alle liti firmata dal cliente deve essere allegata a margine, oppure, in calce alla domanda giudiziale iniziale e rappresenta un mero contratto di patrocinio tra avvocato e patrocinato.

Parte della dottrina solleva dei dubbi nell'ambito della fase stragiudiziale, ove è sufficiente l'incarico verbale del cliente all'avvocato per agire in suo nome e per conto, ma personalmente lo contestualizzo nell'ambito dei rapporti obbligatori tra avvocato e assistito, ove ai sensi dell'articolo 1173 del codice civile rappresenta un fatto idoneo a produrre un'obbligazione civile tra le parti in conformità dell'ordinamento giuridico, con estremo riguardo, ovviamente, al secondo comma dell'articolo 1176 del codice civile, dove nell'adempimento dell'obbligazione l'avvocato deve adempiere

secondo diligenza professionale con riguardo alla natura dell'attività medesima.

Nulla vieta all'avvocato di poter stipulare con il cliente, prima della fase giudiziale, un c.d. patto quota pro lite, ovvero un accordo scritto fra le parti in cui il cliente si impegna a versare all'avvocato una determinata percentuale dell'intera somma ottenuta nella sentenza di condanna, qualora risultasse parte vincitrice del processo e non soccombente.

Il rapporto contrattuale avvocato-cliente deve concepirsi come rapporto professionale nel quale il rilascio dell'incarico verbale per la fase stragiudiziale, oppure, della procura ad litem per giudizio concerne un mandato limitato a uno o più diritti controversi previsti nel contratto in questione sottoscritto dal cliente.

Pertanto lo svolgimento dell'attività di rappresentanza del cliente comporta l'instaurazione di un rapporto tra questi e l'avvocato, dove si intrecciano gli elementi del rapporto obbligatorio e della prestazione d'opera intellettuale del professionista.

**In virtù del rapporto giuridico di relazione avvocato-cliente si tende ad escludere la responsabilità extracontrattuale nell'attività forense in favore di una responsabilità contrattuale del professionista.**

Sulla questione della natura della prestazione dell'avvocato a seconda dell'accettazione o rifiuto della teoria che distingue le obbligazioni di mezzi e risultato, poiché la professione forense obbliga un comportamento diligente che non concerne il controllo sul risultato nelle possibilità del legale, ne consegue che la prestazione

dell'avvocato è da ricondursi ad un obbligazione di mezzi e non di risultato.

Di fatti, l'obbligazione di mezzi assunta dall'avvocato nei confronti del cliente ha ad oggetto la prestazione d'opera intellettuale in generale, dove il prestatore immetterà tutta la sua diligenza e comportamento professionale richiesto per il caso di specie, ma non può garantire la vittoria certa della controversia giuridica al proprio cliente (d'altronde l'avvocato non è il medico che può garantire la guarigione certa del paziente dopo un intervento ambulatoriale).

Tuttavia è l'obbligazione di mezzi assunta dall'avvocato nei confronti del cliente ha ad oggetto la prestazione d'opera intellettuale in generale, dove il prestatore immetterà tutta la sua diligenza e comportamento professionale richiesto per il caso di specie, ma non può garantire la vittoria certa della controversia giuridica al proprio cliente (d'altronde l'avvocato non è il medico che può garantire la guarigione certa del paziente di un'azione giudiziale, la prestazione in questione non costituisce un'obbligazione di mezzi, in quanto egli si obbliga ad offrire tutti gli elementi di valutazione e i suggerimenti del caso allo scopo di permettere al cliente di prendere una decisione sulla base delle predette considerazioni del prestatore d'opera, a seguito, ovviamente, di un riflessivo apprezzamento dei rischi e dei vantaggi nell'ambito della proposizione dell'azione<sup>75</sup>.

Per il suddetto motivo la giurisprudenza considera che l'avvocato assume un'obbligazione di risultato, allorquando accetti precisi obblighi, ove la sua violazione è fonte di danno e grave pregiudizio al cliente, così come vedremo nei paragrafi precedenti relativamente alla

---

<sup>75</sup>Suprema Corte di Cassazione del 14 novembre 2012, n. 16023

responsabilità dell'avvocato: per decadenza della costituzione di parte civile, per l'assunzione di difesa relativa ad una causa infondata, per l'allungamento dei tempi processuali e l'abuso strumentale del processo, per la mancata informazione del cliente sullo stato della pratica e la sua tardiva proposizione dell'impugnazione.

**4.2 La responsabilità per decadenza della costituzione di parte civile** - La responsabilità dell'avvocato per decadenza della costituzione di parte civile del cliente, nonché a citare in giudizio i testimoni ammissibili al dibattimento rappresenta un particolare caso di negligenza del professionista, pertanto è considerato nella forma di responsabilità contrattuale nei confronti dell'assistito.

La giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione, con sentenza n.1286/1998 ha trattato nella fattispecie la negligenza dell'avvocato che costituendosi parte civile per l'offeso, non lo aveva informato dell'udienza dibattimentale provocando, in questo modo, la decadenza della costituzione, oltre che omettendo di citare i testi ammessi sulla dinamica del fatto ha comportato l'assoluzione dell'imputato con formula piena, senza permettere al proprio cliente offeso di poter esercitare l'azione di risarcimento danni nei confronti dell'imputato oramai assolto.

La fattispecie concernente l'imperizia del professionista ha arrecato un grave pregiudizio del cliente e, primo fra tutti il principio costituzionale dell'articolo 24 riguardante il diritto d'azione.

La parte offesa vede negata non dal giudice, ma dal suo stesso difensore per colpevole ignoranza o negligenza l'esercizio dell'editio

actionis, ovvero la richiesta di tutela dei propri diritti e interessi legittimi.

V'è di più, vista la violazione dell'articolo 12 del codice deontologico forense, quale dovere di competenza del professionista, in quanto, l'avvocato non deve accettare incarichi che sappia di non poter svolgere con adeguata competenza, poiché l'accettazione di un determinato incarico professionale fa presumere tacitamente la competenza a svolgere quell'incarico, per cui fa scaturire altresì la responsabilità contrattuale del professionista che non ha adempiuto secondo diligenza professionale richiesta per la natura della prestazione (articolo 1176 del codice civile).

Nel caso di specie giurisprudenziale il cliente offeso, il quale si è visto precludere ogni possibilità di tutela giuridica, agiva in giudizio contro il suo ex avvocato ottenendo, così, una pronuncia che dichiarava il difensore responsabile per colpa professionale, condannandolo anche al risarcimento del danno.

L'avvocato condannato in primo grado ha impugnato la sentenza prima in Corte di Appello e poi dinanzi alla Suprema Corte di Cassazione, deducendo che il giudice a quo aveva sbagliato nella motivazione stante la sentenza di condanna, in quanto non è provato la certezza del diritto concernente il danno, né il nesso di causa unita all'inadeguata attività professionale del difensore. Tuttavia, l'ufficio giudiziario ad quem ha confermato le precedenti pronunce, in quanto si è ritenuto configurabile nella fattispecie considerata la responsabilità contrattuale dell'avvocato quale mancato conseguimento dell'obbligazione risultato richiesto dal cliente nel conferimento della procura alle liti.

Si deve rilevare, tuttavia, la circostanza che il recente orientamento giurisprudenziale ha spostato l'inquadramento di responsabilità della professione forense, per cui si è ritenuto non peregrino pensare che in presenza di un'accertata negligenza professionale, seppur non sia possibile determinare l'esito finale di una causa, comunque è possibile accertare la colpa grave dell'avvocato per imperizia; mentre in passato, in tema di responsabilità forense, si negava ogni possibile individuazione di un danno risarcibile anche in presenza di una conclamata negligenza nella prestazione d'opera intellettuale.

**4.3 L'assunzione di difesa per una causa infondata** - Il rapporto avvocato-cliente non si introduce e conclude con la difesa nella fase giudiziale, ma vi è sempre un'attività professionale legata alla consulenza legale nello studio prima ancora dell'assistenza nel giudizio dinanzi al Tribunale competente.

Durante la fase della consulenza legale pre-giudizio, l'avvocato nel suo studio deve avere un comportamento professionale contraddistinto dai principi dettati dalla deontologia forense, quali doveri di lealtà e correttezza, in quanto il legale non deve proporre azioni o assumere iniziative in giudizio con mala fede o colpa grave, a maggior ragione qualora riflettano la sua reputazione professionale o compromettano l'immagine e il decoro della classe forense.

Le regole di correttezza e buona fede, altresì previste in via principale per le professioni intellettuali agli articoli 1175 e 1375 del codice civile, per cui l'avvocato è tenuto a svolgere una valutazione preliminare della questione e soltanto alla fine esprimere le proprie

convincioni giuridiche sulla possibilità di vittoria della causa informando il cliente.

Sulla base della sopra menzionata premessa, il difensore, qualora si accorga circa l'infondatezza della pretesa o delle ragioni vantate dal cliente è obbligato, secondo la legge e il codice deontologico forense, a comunicare al proprio assistito le proprie perplessità o certezza sull'insussistenza del contenzioso, escludendo in questo modo qualsiasi responsabilità contrattuale del professionista nel rapporto con il cliente.

La mancata o parziale e non esatta comunicazione informativa del contenzioso al cliente, circa l'infondatezza della pretesa, configura la responsabilità contrattuale dell'avvocato, il quale non si è preoccupato neanche di informare il proprio assistito delle possibilità nascenti da responsabilità aggravata nell'ambito di una domanda giudiziale proposta e costituente lite temeraria, nonché abuso del diritto soggettivo per assenza del c.d. *fumus boni iuris*, ovvero parvenza di buon diritto.

Per cui qualsiasi conseguenza nascente dalla causa da promuovere sarà oggetto di un'obbligazione nascente dal contratto di prestazione d'opera intellettuale stipulato, attraverso la procura alla lite, dall'avvocato con il cliente.

**4.4 L'allungamento dei tempi processuali e abuso strumentale del processo** - Seppur la giurisprudenza ha sempre affermato che l'allungamento dei tempi processuali non costituiscono fonte di responsabilità per l'avvocato, comunque, la perdita della possibilità di

un esito positivo della lite in favore del cliente fa configurare la responsabilità contrattuale del difensore.

La fattispecie in questione tende ad analizzare la particolare ipotesi in cui il cliente, dopo esser stata accolta la sua domanda giudiziale, veda annullare l'intero procedimento giudiziario dalla Suprema Corte di Cassazione per un difetto di attività processuale (ad esempio nullità della sentenza per mancata integrazione del contraddittorio) e, perciò il giudizio viene rimesso dinanzi al giudice di primo grado per riassunzione delle parti e, seppur il cliente non abbia subito nessun danno, in realtà, può trovarsi di fronte ad una sentenza definitiva che, anziché accogliere, rigetta la sua domanda a causa di un giudizio che è stato annullato per difetto processuale procurato dal proprio difensore.

Ai fini dell'individuazione della responsabilità contrattuale dell'avvocato ritengo sia possibile sostenere tranquillamente il rapporto di causalità tra l'atto illecito del difensore ed il danno procurato al cliente.

L'identificazione del nesso di causa si configura nel danno subito dal cliente (credитore) correlato al comportamento inadempiente dell'avvocato (debitore), senza tralasciare gli eventuali e futuri frutti, nonché interessi che il cliente avrebbe conseguito con un comportamento diligente del difensore secondo professionalità.

L'onere probatorio che grava sul cliente consiste nell'indicare come fatto costitutivo non solo il danno e il pregiudizio sofferto, ma anche l'adempimento negligente del difensore, dal quale è scaturito il danno a causa di un'insufficiente e inadeguata attività che ha difettato la prestazione d'opera intellettuale nel suo adempimento.

Dall'altra parte spetterà al professionista intellettuale dimostrare il fatto estintivo, in modo tale da fornire la dimostrazione dell'impossibilità a lui non imputabile (articolo 1218 del codice civile), oltre all'assenza della colpa grave cercando, in qualche modo, di invertire l'onere della prova per causa sopravvenuta non attribuibile al lavoro professionale dell'avvocato medesimo.

Alla base delle suddette analisi concernenti i fatti costitutivi, modificativi ed estintivi viene sempre implicata l'accertamento in fatto e in diritto stante l'indagine sul fumus boni iuris dell'azione richiesta, oltre alla preliminare e ponderata valutazione sul fondamento della domanda giudiziale concernente l'editio actionis.

La dimostrazione della sofferenza del danno subito dal cliente deve essere valutata su un evidente comportamento negligente del professionista, tale da non poter considerare l'adempimento della prestazione d'opera impossibile.

Nella fase di determinazione circa la responsabilità civile dell'avvocato non basta evidenziare il mancato conseguimento del risultato voluto nell'obbligazione richiesta dal cliente, ma è necessario dare prova di una colpa grave del difensore, il quale poteva evitare i suesposti effetti dannosi con una condotta rispettosa della normale diligenza professionale richiesta per la natura stessa della prestazione in questione.

Alle suddette conclusione giunge anche il Tribunale di Roma nella sentenza del 26 luglio 2002, n. 425, dove precisa la responsabilità contrattuale dell'avvocato può essere provata se l'attività prestata secondo diligenza professionale avrebbe comportato il buon esito dell'azione giudiziaria.

Tuttavia è abbastanza ovvio che non è possibile qualificare la responsabilità contrattuale a carico dell'avvocato, nel caso in cui il mancato raggiungimento del risultato voluto nell'obbligazione dal cliente non sia ascrivibile ad un comportamento negligente o imperito, ovvero in completa assenza dell'adempimento secondo diligenza professionale, poiché trattasi di una prestazione impossibile, il cui mancato raggiungimento del risultato desiderato derivi da circostanze non imputabili alla condotta professionale del legale (articolo 1218 del codice civile).

Di conseguenza, l'assenza del buon esito del giudizio se dipeso non dall'ignoranza dell'avvocato riguardante disposizioni di legge, bensì dall'interpretazione delle stesse non trova applicazione la responsabilità contrattuale, tranne nelle ipotesi di dolo o colpa grave del difensore<sup>76</sup>.

Alla luce delle succitate considerazioni assume un compito difficoltoso per il cliente provare il nesso di causa, poiché in materia giudiziaria non è facilmente conseguibile la certezza del raggiungimento del risultato come nell'attività medica, a meno che non si verifichi un grave inadempimento da parte del professionista.

Nella ricerca del nesso di causa tra la condotta dell'avvocato e l'evento dannoso per il cliente prodotto dal comportamento del difensore è quello della probabilità di tali effetti, oltre all'idoneità della condotta a produrli.

Il rapporto causale sussiste allorquando la prestazione d'opera dell'avvocato sia svolta correttamente secondo diligenza professionale, ma non ha conseguito la certezza di un'obbligazione di risultato voluta

---

<sup>76</sup>Cass. 4.12.1990, n. 11612

dal cliente, in quanto erano presenti apprezzabili possibilità di vittoria anziché di insuccesso.

**4.5 Mancata informazione del cliente sullo stato della pratica** - L'avvocato è tenuto ad informare chiaramente il proprio assistito all'atto dell'incarico delle caratteristiche e dell'importanza della controversia o delle attività da espletare, precisando le iniziative e le ipotesi di soluzioni possibili. L'avvocato è tenuto altresì ad informare il proprio assistito sullo svolgimento del mandato affidatogli, quando lo reputi opportuno e ogni qualvolta l'assistito ne faccia richiesta.

L'avvocato deve sempre fornire al cliente tempestive notizie sullo stato e avanzamento della pratica legale.

Il difensore prima di intraprendere qualsiasi azione legale ha il dovere di informare il cliente deducendo oralmente le proprie valutazioni del caso durante la consulenza nello studio.

La suddetta valutazione prodromica, ovvero fatta preliminarmente al fine di ottenere il consenso-informato del cliente prima di qualsiasi azione legale, fa assumere alla professione forense l'importanza della conoscenza sullo stato della pratica, quale aspetto centrale di una corretta ed esauriente informazione al patrocinato.

Infatti, il conferimento della procura alle liti non prefigge il consenso a tutti gli atti che l'avvocato può compiere in nome e per conto del cliente, poiché quest'ultimo deve essere sempre informato dal proprio difensore sull'andamento della controversia.

Se l'avvocato non porta a conoscenza del cliente neanche le conseguenze che possono derivare dall'esperimento di una qualsiasi

azione legale, egli deve considerarsi responsabile contrattualmente per il danno che il cliente potrebbe subire.

Dunque è evidente che in presenza della corretta informativa fornita dall'avvocato che può ritenersi formato il consenso del cliente in ordine, altresì, al conferimento dell'incarico professionale, nonché alla prosecuzione giudiziale della controversia.

Il dovere dell'informazione deve essere inteso sia come dovere di comunicazione sia come rapporto di fiducia scaturente dalla relazione contrattuale avvocato-cliente, ove il venir meno del consenso-informato da parte del patrocinato incombe sul venir meno della diligenza professionale del difensore che sia pur con la sua attività ottenga la tutela degli interessi del suo assistito, comunque, ne traspare la responsabilità civile del professionista con ovvia violazione del codice deontologico.

La Suprema Corte di Cassazione ha stabilito che il difensore è obbligato a curare determinati interessi del suo cliente, oltre al dovere di informarlo tempestivamente anche su quelle che sono le sue opinioni circa l'espletamento di una determinata azione legale.

In modo tale da porre alla libera e discrezionale valutazione del cliente le scelte del caso prima di incorrere in decadenze o prescrizione del proprio diritto, poiché vi sono circostanze in cui anche la miglior difesa prospettata dall'avvocato può essere disattesa dal cliente, in quanto quest'ultimo può dissentire dal predetto parere legale.

Inoltre se il cliente ne faccia richiesta l'avvocato è obbligato ad informarlo circa le previsioni di massima inerente alla durata e ai costi presumibili del processo, nonché a comunicare la necessità del

compimento di determinati atti al fine di evitare prescrizioni, decadenze o altri effetti pregiudizievoli relativamente agli incarichi in corso di trattazione, oltre che riferire, infine, sul contenuto di quanto appreso nell'esercizio del mandato se utile all'interesse del cliente.

Tuttavia, l'individuazione del pacifico obbligo d'informazione del cliente, da parte dell'avvocato porta con se l'inevitabile quesito: quando l'obbligo di informazione debba ritenersi correttamente adempiuto?

Sulle modalità dell'informazione certamente si concerne di informazioni minime ed indispensabili per il corretto recepimento dell'informazione, in quanto un'ampia lezione di diritto risulterebbe incomprensibile al cliente.

Da parte sua, l'avvocato in forza dell'incarico ricevuto può riservarsi di studiare il caso per poi fissare un ulteriore appuntamento di consulenza con il cliente ove spiegare e fornire tutte le informazioni necessarie.

Una volta che l'avvocato abbia prospettato tutti i termini della vicenda sarà il cliente a decidere se rinunciare oppure esperire l'azione legale per la tutela del proprio diritto soggettivo.

Detto ciò, il dovere d'informazione non riguarda soltanto l'introduzione della controversia legale, ma deve accompagnare sempre il rapporto professionale avvocato-cliente ogni qualvolta vi siano novità processuali importanti sullo stato di avanzamento della pratica che devono essere comunicati al cliente.

Se durante la spiegazione della pratica l'avvocato, in occasione dell'informativa, garantisca il conseguimento di un determinato risultato processuale favorevole al cliente in termini di probabilità,

quest'ultima dichiarazione costituirà elemento sufficiente per considerare il professionista inadempiente in caso di un insuccesso, quale responsabilità contrattuale, ai sensi e per gli effetti dell'articolo 1218 del codice civile.

La mancata informazione del cliente da parte dell'avvocato la possiamo classificare nelle seguenti tre fattispecie:

1. mancata informazione al cliente per la proposizione dell'impugnazione;
2. mancata informazione al cliente sull'intenzione dell'avvocato a non voler più perseguire l'azione giudiziaria;
3. mancata informazione al cliente sul necessario compimento di atti giudiziari.

La responsabilità civile dell'avvocato può considerarsi nel primo caso come assenza del dovere di informazione concernenti l'ipotesi di proposizione dell'impugnazione<sup>77</sup>, la quale sorge dal diritto ad impugnare per l'interesse-socombenza, allorquando, vi sia la possibilità di addivenire ad una sentenza favorevole del giudice ad quem.

Nel secondo caso l'inosservanza del dovere di informazione riguarda il caso dell'avvocato che non aveva dato seguito alla procura, omettendo di dare tempestiva notizia al cliente del proprio intendimento volto a non voler più promuovere l'azione giudiziaria, in modo tale di dare l'opportunità di scelta al cliente di affidarsi ad un altro difensore ed evitare la decadenza o prescrizione del proprio diritto. Lasciando trascorrere i termini per agire senza aver informato

---

<sup>77</sup>Cass. n. 5617/96

tempestivamente il cliente della propria convinzione di rinuncia al mandato fa sorgere la responsabilità contrattuale del professionista.

Nel terzo ed ultimo caso si ha un eguale ipotesi di responsabilità contrattuale dell'avvocato per inosservanza del dovere d'informazione<sup>78</sup> al cliente, allorquando, il difensore nel momento in cui decida di rinunciare al mandato ha, comunque, il dovere di compiere gli atti giudiziari necessari onde evitare un pregiudizio grave al cliente o, in alternativa, informare il proprio assistito sulla necessità di compiere atti giudiziari ancora non eseguiti.

In quest'ultimo caso si configurerebbe, altresì l'inadempimento del mandato, qualora l'avvocato tradisce i propri doveri professionali nel mancato, ritardato o negligente compimento di atti inerenti al mandato quando derivi da non scusabile e rilevante trascuratezza degli interessi della parte assistita.

**4.6 Tardiva proposizione dell'impugnazione e la scure del filtro in appello** - Nell'ipotesi di proposizione tardiva dell'impugnazione si osserva che il nesso di causa tra la condotta colposa dell'avvocato ed il danno provocato al cliente sussiste, ai fini probabilistici del diritto civile, il principale fondamento che se il gravame fosse stato proposto tempestivamente vi erano apprezzabili possibilità di vittoria e accoglimento della domanda giudiziale.

La suddetta fattispecie trae origine dalla sentenza della Corte di Appello di Roma, la quale dichiarava irricevibile l'impugnazione per scadenza dei termini di decadenza.

---

<sup>78</sup>Cass. 8.5.1993, n. 5325

Con relativo ricorso alla Suprema Corte di Cassazione il cliente richiedeva l'accoglimento della responsabilità professionale dell'avvocato provando che la tardiva impugnazione dell'appello era derivata dalla colpa grave del professionista.

La domanda veniva rigettata dalla Suprema Corte di Cassazione, la quale affermando il principio generale che la prestazione d'opera dell'avvocato è un'obbligazione di mezzi e non di risultato, ragion per cui non potendo il difensore garantire il conseguimento del risultato certo al cliente, di conseguenza, il danno derivante da eventuali sue omissioni (ovvero la tardiva proposizione dell'impugnazione) è ravvisabile tra i criteri probabilistici. Quindi, se il risultato da conseguire in seguito ad un'impugnazione non tardiva sarebbe stato raggiunto oppure no.

Il suddetto accertamento spetta al giudice del merito e, comunque, secondo la Suprema Corte di Cassazione, la tardiva proposizione dell'impugnazione non basta da sola a ritenere l'avvocato responsabile, ma è necessario dimostrare se la questione poteva essere accolta in caso di un'impugnazione non tardiva, ai fini probabilistici.

Dunque, l'inadempimento contrattuale dell'avvocato non può essere desunto dalla proposizione dell'impugnazione tardiva, ma dalla specifica responsabilità professionale da provare con riguardo alla natura e alle modalità dell'attività esercitata.

Non meno rilevante è la questione della responsabilità del professionista in tema di proposizione di appello, ove oggetto di censura non è focalizzato sull'error in procedendo, bensì nel merito circa la scelta di fondo operata dal professionista. Tali considerazioni muovono in particolare dalla recente riforma approvata dal legislatore.

Tra le novità introdotte dalla L. 134/2012<sup>79</sup> riguarda l'articolo 348 bis del codice di diritto processuale civile. Secondo la disposizione normativa, fuori dei casi in cui deve essere dichiarata con sentenza l'inammissibilità o l'improcedibilità dell'appello, l'impugnazione è dichiarata inammissibile dal giudice competente quando non ha una ragionevole probabilità di essere accolta<sup>80</sup>. Per andare avanti nel giudizio di appello bisogna superare uno “scoglio prognostico”, consistente in un giudizio sulla probabilità di accoglimento<sup>81</sup>.

Ciò comporta che ancor prima del giudice di appello è l'avvocato che deve compiere accuratamente l'analisi delle probabilità di superare il “filtro” e condividere le scelte, attraverso l'adeguata informazione del proprio cliente. L'omessa informazione da parte dell'avvocato dei rischi connessi alla proposizione dell'appello avrebbe non solo delle ripercussioni sotto il profilo strettamente contrattuale nel rapporto tra professionista e cliente, ma avrebbe delle inevitabili ricadute sul piano deontologico. Tuttavia, non può non osservarsi come su tale aspetto ruotino profili aleatori<sup>82</sup> che mal si conciliano con la distribuzione del rischio contrattuale esclusivamente sul professionista che abbia assolto ai doveri di informazione. Resta allora da domandarsi che utilità possa trarsi dal consapevole esonero

---

<sup>79</sup> G. COSTANTINO, *Le riforme dell'appello civile e l'introduzione del filtro*, in Treccani.it, 2012; CONSOLO, *Lusso o necessità nelle impugnazioni delle sentenze*, in *Judicium.it.*, 2012.

<sup>80</sup> La dottrina si è subito mostrata molto critica sul filtro in appello, diversamente dalla magistratura che avrebbe voluto un filtro anche più chiuso.

<sup>81</sup> Per approfondimenti sulle misure cautelari, si vedano almeno CIPRIANI, *Procedimento cautelare, regolamento di giurisdizione e riforma del processo civile*, in *GI*, 1995; MERLIN, *Procedimenti cautelari ed urgenti in generale*, in *Digesto civ.*, XIV, Torino, 1996; SALVANESCHI, in TARZIA (a cura di), *Il nuovo processo cautelare*, Padova, 1993; Siracusano, sub art. 669 bis, in PICARDI (a cura di), *Codice di procedura civile*, Milano, 2000; TARZIA, *Il nuovo processo cautelare*, Padova, 1993; CONSOLO, LUISO, *Codice di procedura civile commentato*, Milano, 2000; OBERTO, *Il nuovo processo cautelare*, Milano, 1992; FERRI, *Decreto cautelare inandita altera parte in corso di causa e mancata fissazione dell'udienza per la conferma modifica o revoca*, nota a T. Aquila 31.10.2002, in *GM*, 2003; CARPI, TARUFFO, *Commentario breve al codice di procedura civile*, Padova, 1999; RICCI, *La riforma del processo civile*, Torino, 2009; BALENA, *La disciplina del procedimento cautelare uniforme*, in BALENA, BOVE, *Le riforme più recenti al processo civile*, Bari, 2006; PILONI, *Rimedi giudiziari eseguibili in sede di attuazione dei provvedimenti cautelari*, in *Esecuzione forzata*, 2005, 4.

<sup>82</sup> GABRIELLI, *Tipo negoziale, prevedibilità dell'evento e qualità della parte nella distribuzione del rischio contrattuale*, in *Giur. it.*, 1986, I, 1, c.c. 1705 e ss.

imposto dal cliente al professionista, nell'ipotesi in cui il primo imponga una determina scelta a fronte della copertura assicurativa dei rischi. Quale che sia l'evento da coprire, la caratteristica principale dell'assicurazione è da sempre la mutualità, ovvero l'operazione di trasferimento di un rischio individuale su una collettività, attraverso la ripartizione dello stesso rischio tra più soggetti.

Nell'ambito delle professioni intellettuali e specie nell'ipotesi in esame in cui il rischio riposto nell'attività del professionista è legato non ad un dato certo, bensì in una valutazione a posteriori che verrà compiuta dal giudice. Un terzo soggetto, dunque, rispetto al quale le valutazioni preventive effettuate dall'avvocato potranno non avere alcuna incidenza.

## CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Certamente la peculiare situazione in cui oggi versa il sottosistema della responsabilità civile del professionista, analizzata con il presente lavoro, rende doveroso prospettare alcune riflessioni conclusive.

I profili propulsivi di evoluzione nel settore hanno visto:

- a) lo scivolamento dell'assunzione della responsabilità verso l'esclusiva tipologia del contratto o dell'obbligazione *ex lege*;
- b) l'inasprimento dello standard di diligenza richiesto;
- c) l'alleggerimento dei parametri di riscontro del nesso causale sempre più orientato a radicarsi verso il *"more likely than not"* (più probabile che non).

Se si allarga lo sguardo verso le altre professioni si scopre come il modello classico della responsabilità civile professionale è stato ormai abbondantemente superato in ogni sottosettore e si assiste ad un modello ineluttabile di inasprimento, nonché di crescita della responsabilità civile delle professioni intellettuali in tutti i settori secondo le direttive proprie della responsabilità medica.

Dunque, se si volesse descrivere il fenomeno considerato (responsabilità del professionista) e la direzione evolutiva degli elementi costitutivi, in base alle complessive strutture invarianti fuori dalle differenziazioni tipologiche di attività (oltre la responsabilità medica) occorrerebbe cogliere il modificarsi dell'atteggiarsi di tre componenti:

- a. le norme deontologiche;

- b. la qualificazione della natura della prestazione professionale;
- c. l'orientarsi nuovo dell'onere della prova;

Rispetto alle norme deontologiche, dalla posizione tipica di autodeterminazione dei comportamenti etici degli appartenenti alle professioni protette, ex articolo 33 della Costituzione Italiana, con la ricaduta di effetti riflessi di dette norme al massimo sul piano dell'integrazione contrattuale (ipotizzato attraverso un loro inserimento automatico attraverso l'articolo 1340 del codice civile: v. G. Chiaromonte, *L'obbligazione del professionista intellettuale*, Napoli Esi, 2008, 67), si è passati ad una nuova, nonché diversa funzione normativa svolta dagli ordini professionali che dalla deontologia in senso stretto è sconfinata nell'imposizione e nella disciplina degli obblighi di continuata formazione dei membri della categoria professionale di appartenenza; ciò ha fatto traslare l'intera fenomenologia delle norme deontologiche, divenendo gli ordini sempre più enti pubblici esponenziali di interessi della collettività che operano con norme positivizzate e certificative di uno status che attesta la qualità della prestazione professionale nel complesso dei comportamenti dei suoi appartenenti (cfr. A. Bertani, I poteri normativi degli ordini professionali: un esempio di competenza riservata, in Dir. amm. 2009, 91 ss.).

La distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato che per lungo tempo ha costituito elemento di identificazione della prestazione professionale (di mezzi e non di risultato) ha iniziato a perdere di rilevanza pratica (come evidente nella stessa previsione di un patto quota lite per l'avvocato): la prestazione assume i caratteri di un'attività proceduralizzata e manifesta la sensazione esterna degli

omnes (e soprattutto dei clienti) di rendere possibile comunque un risultato che diventa, se non obbligo vero e proprio, almeno onere del professionista che può pretendere un maggiore corrispettivo proprio per questo; onere che nel tempo tende a diventare sempre più obbligo come aspettativa sociale e che può essere mitigato solo nella dialettica degli accordi contrattuali, attraverso la previsione di un consenso informato ad hoc, assunto questo ad obbligo deontologico dai codici di tutte le professioni intellettuali protette. Come effetto collegato diventa, così, onere probatorio del professionista dimostrare in giudizio la mancanza di un risultato nell'ambito di attività richiedente particolare perizia per l'alto grado di difficoltà della prestazione e che sola legittima l'applicazione della regola di responsabilità mitigata di cui all'articolo 2236 del codice civile.

Con la sentenza n.10297 del 28 maggio 2004 la Suprema Corte di Cassazione ha ricondotto alla disciplina del debitore comune la responsabilità del professionista statuendo altresì il principio in base al quale, indipendentemente dal grado di difficoltà della prestazione, spetta a colui che esercita la professione intellettuale fornire la prova dell'esatto adempimento, come è tenuto a fare un qualsiasi debitore, potendo il creditore limitarsi a denunciare l'inadempimento (Cass. S.U. n.13533/2001); pur essendo il cambiamento di prospettiva più evidente in campo medico, non è esclusivo di settore (cfr. ad es. Cass. n.22026/2004) ed assume potenzialità evolutiva esponenziale se collegato ad un allentamento dell'accertamento rigoroso del nesso causale tra inadempimento e danni (evento di prassi giurisprudenziali già evidenziato nel settore medico, come sopra ricordato).

Si potrebbe ulteriormente valutare con metodo proprio del realismo giuridico lo stato attuale dell’evoluzione (del sistema) della responsabilità del professionista attraverso un’indagine socio-statistica sull’incidenza dell’assicurazione professionale, caldeggiate sino ai limiti della obbligatorietà deontologica dai nuovi codici professionali varati dopo il 2007, rispetto alla maggiore affermazione di una responsabilità da parte dei giudici propensi ad una giustizia distributiva a poco prezzo (il costo dei premi assicurativi) a favore dei danneggiati (in una logica di allocazione ottimale dei danni professionali con gli strumenti dell’analisi economica del diritto), ma certamente non sarebbe questa la sede per farlo.

Ciò che interessa l’interprete e il concreto atteggiarsi della responsabilità professionale in considerazione della diversità dei ruoli. Così, si è potuto constatare che l’attività del notaio negli ultimi anni ha progressivamente sofferto la tendenza di un ampliamento dell’area del danno risarcibile.

L’allargamento dei comportamenti da inquadrare nell’inadempimento ha avuto il suo fulcro proprio per ciò che concerne i danni sofferti dall’acquirente in tema di omesse visure catastali relative all’immobile oggetto del negozio di trasferimento. L’accostamento della responsabilità del notaio alle ipotesi di malpractice medica nell’aumento esponenziale dell’illecito non coinvolge in maniera eguale altre attività autonome. Sul mancato riversamento nei confronti dell’avvocato sulle ire funeste dei propri clienti in maniera diffusa può addursi una duplice spiegazione.

In primo luogo non può negarsi che l’attività del medico e del notaio hanno ad oggetto due beni su cui non solo la Costituzione pone

adeguato risalto e tutela, ma che sono percepiti nell’opinione collettiva con una forte sensibilità. Il bene salute e la proprietà intesa quale abitazione, ovvero, casa hanno acquisito un’importanza sociale tale da rendere intollerabile qualsiasi errore compiuto dal professionista.

In secondo luogo deve porsi la dovuta attenzione sulla circostanza che sulle attività del medico e del notaio sono definitivamente venute meno le zone d’ombra alimentate nel passato dalla scarsa consapevolezza del cittadino disinformato. La pubblicità, non solo intesa quale fonte conoscitiva, ma definita anche quale pubblicità giuridica degli atti contribuiscono a porre in evidenza l’esatto operato del professionista. L’alea connessa all’esercizio della professione non segue tuttavia un percorso univoco nell’ambito della responsabilità del notaio e del medico. Infatti, a differenza del secondo, il primo continua a godere di forte stima nella collettività, eppure entrambe le figure rivestono un ruolo indispensabile nella vita sociale. Sarà una coincidenza, ma il centenario della legge notarile, la n.89 del 16 febbraio 1913, cade sì in un momento di grandi trasformazioni specie nell’area dell’illecito, ma il cittadino riconosce un quid pluris a questa figura, quasi un debito di riconoscimento consolidatosi nel tempo nell’immaginario collettivo.

Il notaio da oltre cent’anni è stato in grado, nel bene o nel male, di garantire l’identità delle persone, la provenienza dei beni e la loro circolazione. Una tradizione quella della figura del notaio che non tramonta, neppure a fronte del confronto comparatistico con i paesi di common law. È vero, in Inghilterra non c’è la figura del notaio, ma per quanto riguarda il passaggio di proprietà (casa) sono presenti una serie di norme che prendono il nome di conveyancing che regolamentano la

disciplina, inoltre, la proprietà può essere in freehold o leasehold, definizioni che stabiliscono tutta una serie molto precisa, di uso della proprietà e diritti sulla proprietà, oltre che circoscrivere chi è il proprietario e anche fino a che punto si è proprietari.

Il sollicitore è un avvocato, d'accordo, quelli che si occupano di compravendita, curano tutto questo aspetto tanto quanto i notai. In Inghilterra non c'è la legittima come in Italia. L'ordinamento inglese insomma ha scelto che la circolazione del patrimonio non sia esente da rischi in partenza.

È dunque la scelta di fondo di maggior rigore nella circolazione delle ricchezze familiari a suscitare un senso di riverenza nei confronti del ruolo del notaio. Ciò non accade con riferimento alla professione medica. Il dato potrebbe essere riletto come una rivincita del sistema patrimoniale che a lungo a contraddistinto il diritto privato, il cui primato è stato progressivamente eroso dal processo di depatrimonializzazione avviato attraverso la rilettura degli istituti civilistici secondo i valori "nuovi" della costituzione italiana. Nell'ambito della figura dell'avvocato e del commercialista, vi è un ulteriore elemento che funge da scudo all'attività professionale e che ancora oggi consente di restringere il campo di applicazione della responsabilità civile del professionista in tali settori. In effetti, l'attività dei menzionati professionisti è proiettata in funzione di un soggetto terzo che prende delle decisioni: il giudice e il fisco. Dunque due volti, due funzioni che incarnano lo Stato sul quale vengono spesso e volentieri riposti sul piano causale gli esiti infausti delle attività professionali svolte. L'avvocato e il commercialista in effetti possono risultare determinanti nelle loro scelte in termini di procedura

ma non di merito. Il medico e il notaio invece sono sempre determinanti e protagonisti assoluti nell'ambito delle proprie scelte operate. Tale elemento chiude il cerchio su un tema delicato ed in continua evoluzione sul quale sarà interessante osservare l'orientamento espresso nei futuri pronunciati delle Corti.

# BIBLIOGRAFIA

## A

*Adragna P., Professioni intellettuali: obbligazioni di risultato, 1964*

*Afferni V., Professioni intellettuali, Enciclopedia Giuridica Treccani, Roma, 1989*

*Albamonte A., In tema di responsabilità del notaio per gli atti pubblici rogati, con riguardo agli atti a venti ad oggetto la compravendita di immobili privi della licenzia edilizia e di abitabilità, 1977*

*Alpa G., La responsabilità medica, 1999*

*Alpa G., La responsabilità civile, Utet, Torino, 1996*

*Alpa G., Il danno biologico, Cedam, Padova, 1993*

*Alpa G., Danno aquiliano, 1990*

*Alpa G., Aspetti attuali della responsabilità del notaio, 1984*

*Alpa G., Danno "biologico" e diritto alla salute davanti alla Corte costituzionale, 1980*

*Alpa G., M. J. Bonell, D. Corapi, L. Moccia, V. Zeno Zencovich e A. Zoppini, Diritto privato comparato, Editori Laterza, Roma-Bari, 2009*

*Alpa G., Bessone M., Bianca C. M., Clarižia R., Del Prato E., Gatt L., Germanò A., Giacobbe E., Giacobbe G., Irti N., Lanchester F., Lariccia S., Oppo G., Palermo G., Patti S., Rescigno P., Saulle M. R., Sirena P., Amato D. V., Vitucci P., Valore della persona e giustizia contrattuale, scritti in onore di Adriano De Cupis, Giuffrè Editore, Milano, 2005*

*Altavilla E., Responsabilità colposa nelle professioni sanitarie, 1950*

*Aluffi Beck Peccoz R., Responsabilità dell'avvocato per negligente scelta dei mezzi difensivi, Enciclopedia Giuridica Treccani, Roma, 1989*

*Ambrosetti F., Piccinelli M., Piccinelli P., La responsabilità nel lavoro medico d'équipe, Profili penali e civili, in Giurisprudenza critica, collana diretta da Cendon P., Utet, Torino, 2003*

*Anastasi A., Professioni intellettuali e subordinazione, Enciclopedia Giuridica Treccani, Roma, 1989*

*Andrioli V., Diritto processuale civile, Jovene, Napoli, 1981*

*Angeloni F., La responsabilità civile del notaio, Cedam, Padova, 1990*

- Angeloni F., La responsabilità del notaio e clausole abusive, Giuffrè Editore, Milano, 1999*
- Antinozzi M., La responsabilità dell'avvocato verso il proprio cliente, 1981*
- Antinozzi M., Considerazioni sulla responsabilità del professionista, 1984*
- Antinozzi M., Responsabilità dell'avvocato verso il cliente per mancata impugnazione della sentenza di primo grado, 1985*
- Antolisei F., Manuale di diritto Penale, Giuffrè Editore, Milano, 2008*
- Anzà G., Limiti della responsabilità civile dell'avvocato per errori ed omissioni, 1982*
- Auteliano G., Le responsabilità del medico ospedaliero, Libreria Cortina, Milano, 1981*

## B

- Balena G., Istituzioni di diritto processuale civile, Cacucci Editore, Bari*
- Baldassarri A., Baldassarri S., La responsabilità civile del professionista, trattato a cura di Cendon P., Giuffrè Editore, Milano, 2006*
- Baratta V., Funzione notarile ed onere per il notaio di accertare la capacità legale delle parti in un atto pubblico, 1972*
- Barbero D., Sistema del diritto privato italiano, Utet, Torino, 1962*
- Bargelli E., Danno e responsabilità, Pisa, 665*
- Barni M., La causalità nella consulenza medico-legale: dalla adeguatezza alla certezza (al di là del ragionevole, dubbio), 2003*
- Barni M., Diritti, doveri, responsabilità del medico: dalla bioetica al biodiritto, Giuffrè Editore, Milano, 1999*
- Barni M., Il medico legale e la dimensione biologica dell'esistenza in Responsabilità civile e previdenza, 2, 1981*
- Bastianon S., Ancora su tariffe professionali (dei geologi e degli avvocati) e diritto antitrust, 2003*
- Bellelli A., Codice di deontologia medica e tutela del paziente, 1995*
- Belloni M. P., La libera circolazione degli avvocati nella Comunità Europea, Cedam, Padova, 1999*
- Bessone M., Ferrando G., Persona fisica (diritto privato), Giuffrè Editore, Milano, 1983*
- Bianca C. M., Trattato di diritto civile, Giuffrè Editore, Milano, 2002*
- Bianca C. M., Inadempimento delle obbligazioni, Zanichelli, Bologna, 1993*

- Bilancetti M., *La responsabilità penale civile del medico*, Cedam, Padova, 1996
- Bilotta F., *La nascita non programmata di un figlio e il conseguente danno esistenziale*, 2002
- Bilotta F., *Profili del danno esistenziale nella procreazione*, 1999
- Bimbi C., *Malpratice e danno esistenziale*, in *Persona e danno, a cura di Cendon P.*, Giuffrè Editore, Milano, 2004
- Brondolo W., Marioliano A., *Danno psichico*, Milano, 1996
- Busoni F., *L'onere della prova nella responsabilità del professionista*, Giuffrè Editore, Milano, 2011

## C

- Calamandrei P., *Limiti di responsabilità del legale negligente*, 1931
- Calculli T., Marzio N., *SOS Stiamo assassinando gli avvocati e la giustizia. Tutti gli studi professionali sono aziende commerciali, compresi gli studi legali*, Graficom Edizioni, Matera, 2011
- Cannavò G., *Sub iudice. La responsabilità professionale del medico*, Collana medico giuridica, Centro Studi Cesare Gerin, Pisa, 1998
- Capiluppi M., *Diritto civile*, Tramontana Editore, 1990
- Carbone V., *Corriere Giuridico*, 1993
- Caringella F., *Corso di diritto amministrativo*, Giuffrè Editore, Milano, 2011
- Caringella F., *Manuale di diritto amministrativo*, Dike Giuridica Editrice, Milano, 2011
- Carresi F., *Responsabilità del notaio per la nullità degli atti da lui rogati*, 1956
- Carusi D., *Responsabilità del medico, prestazione professionale di speciale difficoltà e danno alla persona*, 1991
- Carusi D., *Responsabilità del medico e obbligazione di mezzi*, 1991
- Carusi D., *Contratto d'opera intellettuale*, 1994
- Casetta E., *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè Editore, Milano, 2012
- Cassese E., *Professione e concorrenza nella disciplina dell'Unione europea*, 2003
- Castaldi R., Matricardi C., Romanelli F., *La responsabilità professionale del medico. Tutela civile e profili penali*, 2005
- Castronovo C., *Profili della responsabilità medica*, 1997

- Cataudella A., La tutela della vita privata, Giuffrè Editore, Milano, 1972*
- Cattaneo G., La responsabilità civile del notaio, 1956*
- Cattaneo G., La responsabilità del professionista, Giuffrè Editore, Milano, 1958*
- Cellino G., Profili generali in tema di professionisti intellettuali e di responsabilità professionale, 1966*
- Cendon P., Malformazione del feto, mancata interruzione della gravidanza, danni non patrimoniali dei genitori, 2005*
- Cendon P., Giurisprudenza Italiana, 2003*
- Cendon P., Il danno esistenziale. Una nuova categoria della responsabilità civile, Milano, 2000*
- Cendon P., Responsabilità civile, 1988*
- Cenicola R., Sulla responsabilità notarile nella vendita immobiliare, 1980*
- Ciaroni L., Malpratice medica e danno non patrimoniale, 2005*
- Cipriani G., Il nesso di causalità nella responsabilità medica, 2003*
- Colombini E., La responsabilità del professionista, 1967*
- Comandè G., Danno e Responsabilità, 1999*
- Comandè G., La responsabilità sanitaria tra valutazione e assicurazione, Scuola Superiore di studi Universitari e di perfezionamento Sant'Anna, 2004*
- Conte R., Profili di responsabilità civile dell'avvocato, 200*

## D

- Dalfino D., Questioni di diritto e giudicato, G. Giappichelli Editore, Torino, 2008*
- De Cupis A., Il danno: teoria generale della responsabilità civile, Giuffrè Editore, Milano, 1979*
- De Cupis A., Istituzioni di diritto privato, Giuffrè Editore, Milano, 1978*
- De Cupis A., Teoria e pratica del diritto civile, Giuffrè Editore, Milano, 1967*
- De Luca M., Galione A., Maccioni S., La responsabilità medica. Profili penali, civili, contabili e disciplinari, Edizione Sole 24 ore, 2006*
- De Matteis F., Giurisprudenza Italiana, 1985*
- De Pietro O., In tema di consenso del paziente al trattamento sanitario, 1981*

*De Tilla M., La professione di avvocato, Giuffrè Editore, Milano 1998*

*Dioguardi F., La prova dell'entità del pregiudizio subito nel danno esistenziale, in Giustizia civile, 2004*

*Donati A., Volpe Putzolu G., Manuale di diritto delle assicurazioni, Giuffrè Editore, Milano, 2012*

## F

*Facci G., Famiglia e diritto, 2004*

*Farneti A., Cucci M., Il nuovo danno non patrimoniale, Giuffrè Editore, Milano, 2005*

*Fava P., La responsabilità civile, Giuffrè Editore, Milano, 2009*

*Fiandaca G., Musco E., Diritto penale, Zanichelli Editore, Bologna, 2011*

*Fiorini M., Guida al diritto, 2005*

*Fortino M., La responsabilità civile del professionista, Giuffrè Editore, Milano, 1984*

*Forzati M., La responsabilità contrattuale del medico dipendente: «il contatto sociale» conquista la Cassazione, 1999*

*Franciosi L., La responsabilità professionale del notaio, 2003*

*Franzoni M., Corriere Giuridico, 2003*

## G

*Galgano F., La responsabilità contrattuale: i contrasti giurisprudenziali, 1989*

*Garello A., Piselli D., Scuto S., La responsabilità dell'avvocato, Il sole 24 ore, Milano, 2003*

*Gazzoni F., Manuale di Diritto Privato, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2011*

*Giacobbe G., Professioni intellettuali, Giuffrè Editore, Milano, 1987*

*Giannini G., Onere della prova e responsabilità professionale medica, 1992*

*Girino G., La figura giuridica del notaio, 1985*

*Giusti G. V., Responsabilità civile, 1985*

*Gorgoni M., Sul danno in caso di non riuscito intervento di interruzione della gravidanza: un'anarchica decisione di merito, 1995*

*Gorgoni M., Intervento di vasectomia non riuscito e genitorialità indesiderata: problemi di qualificazione della responsabilità medica e di qualificazione e quantificazione dei danni connessi alla nascita del figlio, 1998*

*Gorgoni M., Il diritto di programmare la gravidanza e risarcimento del danno per nascita indesiderata, 199*

## I

*Ianniello N., Testa S., La responsabilità del professionista e il danno da perdita di chance*

*Iannotta R., Medico (Profili generali), Encyclopedie Giuridica Treccani, Roma, 1990*

*Iadecola S., Consenso del paziente al trattamento medico chirurgo, Liviana, Padova, 1989*

*Ianniruberto G., In tema di responsabilità del professionista, 1964*

*Incampa A., Sul dovere giuridico, Cacucci Editore, Bari 2003*

## L

*Lanotte A., L'obbligazione del medico dipendente è un'obbligazione senza prestazione o una prestazione senza obbligazione?, 1999*

*La Porta U., La responsabilità professionale del notaio. Profili di responsabilità civile e penale del pubblico ufficiale, G. Giappichelli, Torino, 2003*

*Lasagno B., La prova del danno esistenziale, a cura di Cendon P., Cedam, Padova, 2001*

*Latella D., I profili costituzionalistici, in Le professioni intellettuali, Utet, Torino, 1987*

*Lega C., La prestazione del medico come oggetto di obbligazione di mezzi, 1962*

*Lega C., In tema di responsabilità civile dell'avvocato e del procuratore, 1958*

*Leopardi, Responsabilità civile e previdenza, 2004*

*Liserre A., Corriere giuridico, 2004*

## M

*Martines T., Diritto Costituzionale, Giuffrè Editore, Milano, 2007*

*Marinucci G., Dolcini E., Manuale di diritto penale, Giuffrè Editore, Milano, 2011*

## N

*Natoli U., L'attuazione del rapporto obbligatorio, Giuffrè Editore, Milano, 1992*

*Nigro M., Il notaio nel diritto pubblico, 1979*

*Nunzianti G., Coadiutore notarile e responsabilità del notaio titolare ex art. 2049 cod. civ., 1959*

*Nunzianti G., Deviazioni dottrinali in tema di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni, 1954*

## O

*Oertmann P., Recht del schuldverhältnisse, Rapporti giuridici, Heymann, Berlino (Germania), 1929*

## P

*Pannarale L., Il diritto che guarda. Rischi della decisione giuridica, Franco Angeli, Milano, 2011*

*Pannarale L., Pupolizio I., Primavera dei diritti, Pensa Multimedia Editore, Lecce, 2011*

*Peccenini F., Diritto e Giustizia, 2003*

*Pennasilico M., Contratto e interpretazione. Lineamenti di ermeneutica contrattuale, G. Giappichelli Editore, Torino, 2012*

*Pennasilico M., Caravaglios R., Il contratto per persona da nominare, Giuffrè Editore, Milano, 2012*

*Pennasilico M., Metodo e valori nell'interpretazione dei contratti, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2011*

*Pennasilico M., L'interpretazione dei contratti tra relativismo e assiologia, in Rass. dir. civ., 2005*

*Pennasilico M., La regola ermeneutica di conservazione nei «Principi di diritto europeo dei contratti», in Rass. dir. civ., 2003*

*Pierlingieri P., Istituzioni di diritto civile, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2012*

*Pierlingieri P., Manuale di diritto civile, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2007*

*Pierlingieri P., Il diritto civile nella legalità costituzionale, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006*

*Pierlingieri P., Scuole tendenze e metodi. Problemi del diritto civile, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1989*

*Pierlingieri P., L'interpretazione della legge come sistematica ed assiologica. Il brocardo in claris non fit interpretatio, il ruolo dell'art. 12 disp. prel. c.c. e la nuova scuola dell'esegesi, 1985*

*Pierlingieri P., Norme costituzionali e rapporti di diritto civile, in Rass. dir. civ., 1980*

Pierlingieri P., *Interpretazione e qualificazione: profili dell'individuazione normativa*, 1975

Pirni A., *Il Regno dei fini in Kant*, Il Nuovo Melangolo Editore, Genova 2000

Ponzanelli G., *Responsabilità civile*, 1995

Princigalli A., *La responsabilità del medico*, Edizioni Jovene, Napoli, 1983

Procida Mirabelli Di Lauro A., *Danno e responsabilità*, 2003

Pulcella R., *Nuova Giurisprudenza civile I*, 1988

Pulitanò D., *Diritto penale*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2011

## Q

Quadri E., *Profili contrattuali e responsabilità civile nell'attività del chirurgo plastico*, 1987

Querci V., Pasquini F., *In tema di responsabilità del medico dipendente del servizio sanitario nazionale*, 1987

## R

Rescigno P., *Manuale di diritto privato*, Ipsoa Editore, Milano 2000

Rescigno P., *Trattato di diritto privato*, Utet Giuridica, Torino 2007

Rodotà S., *La vita e le regole*, Feltrinelli Editore, Milano, 2006

Rodotà S., *Il diritto di avere diritti*, Editori Laterza, Roma-Bari, 2012

Roppo V., *Trattato del contratto*, Giuffrè Editore, Milano, 2006

Rossetti M., *Diritto e Giustizia*, 2002, 2004

Ruffolo U., *La responsabilità medica*, Giuffrè Editore, Milano, 2004

## S

Scognamiglio R., *Risarcimento del danno*, 1969

Sgobbo R., *Materiali per lo studio della responsabilità medica*, 1987

Somarè C., *Alcune considerazioni in tema di diligenza*, 1984

Suppa M. P., *Giurisprudenza Italiana*, 1998

## T

*Torrente A., La prestazione d'opera intellettuale, 1962*

*Torrente A., Schlesinger P., Manuale di diritto privato, Giuffrè Editore, Milano, 2011*

*Tosi C., La responsabilità del notaio, 1982*

## V

*Volpe F., La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2004*

*Volpe F., Nuovi casi di diritto privato, G. Giappichelli Editore, Torino, 2013*

## Z

*Zeno Zencovich V., Responsabilità e risarcimento per mancata interruzione della gravidanza, 1986*

*Zoja R., Stucchi R., La liquidazione del danno esistenziale: apporto medico-legale e proposta applicativa, in responsabilità civile e previdenza, 2003*

*Zivizz P., Giurisprudenza Italiana, 2003*

*Zivizz P., Responsabilità civile, 2003*

*Zivizz P., La valutazione del danno esistenziale, in Giurisprudenza Italiana, 2002*

*Zivizz P., Responsabilità civile e previdenza, 1998*