

Leopold-Franzens-Universität

Innsbruck

Diplomarbeit

Zur Erlangung des akademischen Grades eines Magisters der Rechtswissenschaften

**La responsabilità professionale del prestatore d'opera intellettuale,
evoluzione della responsabilità medica e dell'avvocato, cenni comparatistici.**

Eingereicht bei:

Prof. Dr. Francesco A. Schurr

Von:

Joseph Engl Bisignano

Innsbruck, im März 2018

I. Indice

II. Abbreviazioni	5
III. Introduzione	6
IV. La disciplina del contratto d’opera intellettuale	7
A. Definizione di prestatore d’opera intellettuale	7
B. <i>L’intuitus personae</i> , il rapporto speciale di fiducia intercorrente tra cliente e professionista	8
C. Le figure associative e le società tra professionisti. Breve cenni alla legge mercato e concorrenza 2016, S.p.A. avvocati	9
D. Il contratto d’opera intellettuale	11
1. La prestazione dovuta dal professionista	12
2. Obblighi accessori, obblighi di informazione gravanti sul professionista	14
3. L’obbligo di ottemperanza alle istruzioni del cliente	20
V. Diligenza e colpa professionale	21
VI. Il nesso di causalità	24
VII. Limitazione della responsabilità ex 2236 c.c.	28
VIII. La responsabilità contrattuale	30
A. Regime dell’onere probatorio	32
B. Prescrizione ex art. 2946 c.c.	34
C. Danno risarcibile	35
D. I tipi di danni risarcibili.....	37
1. Il danno patrimoniale	37
2. Il danno non patrimoniale	38
IX. La responsabilità aquiliana	43
A. Elementi costitutivi della responsabilità aquiliana.....	44
1. Il danno ingiusto	44

2.	Il fatto illecito	49
3.	L'elemento soggettivo.....	50
4.	L'imputabilità	51
B.	Regime dell'onere probatorio ex art. 2697 c.c.	52
C.	Prescrizione ex art. 2947 c.c.	53
D.	Danno risarcibile.....	54
X.	La responsabilità professionale medica	56
XI.	Evoluzione della responsabilità del medico dipendente.....	58
A.	Rapporto intercorrente tra paziente e struttura	58
B.	Rapporto intercorrente tra paziente e medico dipendente	61
XII.	Il consenso informato del paziente	66
XIII.	Il danno risarcibile	69
XIV.	Il nesso di causalità	69
XV.	La responsabilità dell'équipe medica	69
XVI.	Ipotesi particolari di responsabilità professionale del medico	71
A.	La responsabilità del chirurgo	71
B.	La responsabilità dell'anestesista	72
C.	La responsabilità del ginecologo	73
D.	La responsabilità dell'odontoiatra	74
E.	La responsabilità del radiologo	74
F.	La responsabilità dello psichiatra	75
G.	La responsabilità del medico d'urgenza.	76
XVII.	L'onere probatorio nella responsabilità medica	77
XVIII.	La responsabilità civile del professionista forense	78
XIX.	Evoluzione storica	78
A.	L'avvocato nel diritto tedesco	79
B.	L'avvocato nel diritto francese	79

C.	L'avvocato nel sistema del common law.....	80
D.	L'avvocato europeo	81
XX.	La responsabilità civile dell'avvocato	82
XXI.	L'oggetto della prestazione professionale dovuta dall'avvocato.....	84
XXII.	Il nesso eziologico	85
XXIII.	Il codice nazionale forense.	86
XXIV.	L'obbligo di informazione	88
XXV.	I danni risarcibili.....	88
A.	Il danno patrimoniale	89
B.	Il danno non patrimoniale	89
XXVI.	L'onere della prova.....	89
XXVII.	Cenni de iure condito e de iure condendo sulla responsabilità processuale dell'avvocato	90
XXVIII.	Ottica comparativista	92
XXIX.	Comparazione delle due responsabilità	96
XXX.	Conclusione.	99
XXXI.	Abstract.....	101
XXXII.	Bibliografia.....	104

II. Abbreviazioni

n.	numero
p.	pagina
s.	seguinte
ss.	seguinti
etc.	eccetera
art.	articolo
artt.	articoli
co.	comma
cost.	Costituzione
c.c.	codice civile
c.p.	codice penale
c.p.c.	codice procedura civile
l.	legge
d.l.	decreto legge
d.lgs.	decreto legislativo
r.d.	regio decreto
t.u.	testo unico
Cass. S.u.	Corte di Cassazione a sezioni unite
trib.	Tribunale

III. Introduzione

Questo elaborato non mira ad apprendere e riprodurre ogni dettaglio, ogni tesi e ogni orientamento giurisprudenziale sulla responsabilità professionale, proprio perché tale materia, così discussa e in costante evoluzione sia dal punto di vista della società, sia dal punto di vista della giurisprudenza e dottrina, non lo permetterebbe. L'obiettivo perseguito è invece quello di creare una sintesi della complessa tematica della responsabilità professionale, focalizzata sugli aspetti ritenuti più importanti, anche alla luce della nuova riforma della responsabilità civile del medico realizzata con la l. 8.3.2017, n.24 detta Gelli-Bianco, che permette al lettore di comprendere gli istituti fondamentali della materia, le possibili conseguenze incombenti sul professionista che violi le regole impostegli dall'ordinamento, e di rendere con ciò possibile un approfondimento fondato, ponderato e completo della materia al lettore interessato. Inoltre l'elaborazione della responsabilità civile del medico e della responsabilità civile del professionista forense permetteranno al lettore una comparazione delle due sottocategorie alla luce del quadro normativo generale, e allo stesso tempo uno sguardo alla disciplina della responsabilità professionale in altri ordinamenti, interessanti per ogni esercente una professione intellettuale, e soprattutto per quelli all'interno dell'unione europea.

IV. La disciplina del contratto d'opera intellettuale

A. Definizione di prestatore d'opera intellettuale

Il prestatore d'opera intellettuale, in assenza di una definizione normativa generale, essendo assolutamente impertinente la nozione di professionista nel codice del consumatore,¹ va individuato avendo riguardo sia agli elementi soggettivi, cioè attinenti alla persona del professionista, sia quelli oggettivi, attinenti alla prestazione d'opera intellettuale. Per quanto riguarda i primi, l'art. 2229 c.c. stabilisce che *“La legge determina le professioni intellettuali per l'esercizio delle quali è necessaria l'iscrizione in appositi albi o elenchi”*. Tuttavia è pacifico che per aversi prestazione d'opera intellettuale non è necessario che il prestatore d'opera sia un professionista iscritto in un apposito albo² (c.d. professionisti ordinistici), tesi confermata dall'art. 2231 c.c. che prevede che l'attività professionale può (e dunque non deve) essere subordinata all'iscrizione in un albo o elenco. La Corte di Cassazione nella sentenza n. 2185, 17-10-1961 ha stabilito che *“[...] per aversi esercizio professionale di un attività occorre che questa non sia saltuaria, e priva [sic] del carattere di abitualità, mentre non è necessario il fine di lucro. Allo stesso modo non è necessaria l'iscrizione ad un albo professionale [Cass 18-6-1965, n. 1226] ed essa può avvenire anche nell'ambito di un rapporto di lavoro subordinato.”*³ Per quanto riguarda gli elementi oggettivi, analizzando e valutando le caratteristiche intrinseche dell'attività svolta è possibile individuare chiaramente i requisiti necessari per poter qualificare un'attività come prestazione intellettuale, e di conseguenza il soggetto che la svolge come prestatore d'opera

¹ Naddeo, F. (2012). Responsabilità del prestatore d'opera intellettuale, in Trattato della responsabilità civile, volume 1, diretto da Pasquale Stanzone. CEDAM, p. 1295.

² Vincenzo Ianni, gli artt. 1218 e 1229 c.c., in Responsabilità civile, diretto da Paolo Cendon, volume secondo, responsabilità contrattuale, Vicenza, 2017, UTET, p.1615-1616.

³ Monateri, P. G. (1998). Trattato di diritto civile, diretto da Rodolfo Sacco, le fonti delle obbligazioni 3, la responsabilità civile. Torino, UTET, p. 744.

intellettuale⁴. Si tratta innanzitutto della professionalità ed intellettualità⁵ della prestazione. La professionalità va intesa non come continuità della prestazione, ma come attività caratterizzata da una particolare preparazione tecnica.⁶ Il criterio dell'intellettualità della prestazione descrive il ruolo predominante dell'intelligenza e cultura del soggetto che svolge la prestazione, necessario per potersi configurare una prestazione d'opera intellettuale, e non una semplice attività lavorativa.⁷ Ulteriori criteri distintivi sono poi ravvisabili nella personalità della prestazione ex art. 2232 c.c., che pur permettendo al professionista di avvalersi di sostituti ed ausiliari, fa comunque gravare su di lui la responsabilità in caso di inadempimento, e nella discrezionalità nell'esecuzione, entrambi tuttavia riconducibili al principio dell'intellettualità della prestazione d'opera intellettuale. Conseguenza diretta e più rilevante della qualificazione di un'attività come prestazione di opera intellettuale è l'applicabilità dell'art.2236 c.c.. Cioè dell'esclusione della responsabilità del professionista per colpa lieve se la prestazione implica problemi tecnici di speciale difficoltà, norma applicabile sia alla responsabilità contrattuale che a quella extracontrattuale.⁸

B. *L'intuitus personae*, il rapporto speciale di fiducia intercorrente tra cliente e professionista

L'art. 2232 c.c. sancisce la personalità dell'incarico assunto dal prestatore d'opera intellettuale. Il professionista deve eseguire personalmente l'incarico assunto,

⁴ Giuseppe Cassano, la responsabilità del professionista, Torino, 2008, Giappichelli, p. 1-5.

⁵ Paolo Cendon, Commentario al codice civile, artt. 2135-2246, Milano, 2008, Giuffrè, p. 724-725, art. 2229.

⁶ Naddeo, F. (2012). Responsabilità del prestatore d'opera intellettuale, in Trattato della responsabilità civile, volume 1, diretto da Pasquale Stanzone. CEDAM, p. 1297.

⁷ Paolo Cendon, Commentario al codice civile, artt. 2135-2246, Milano, 2008, Giuffrè, p. 728, art. 2229.

⁸ Naddeo, F. (2012). Responsabilità del prestatore d'opera intellettuale, in Trattato della responsabilità civile, volume 1, diretto da Pasquale Stanzone. CEDAM, p. 1298.

Monateri, P. G. (1998). *Trattato di diritto civile, diretto da Rodolfo Sacco, le fonti delle obbligazioni 3, la responsabilità civile*. Torino : UTET, p. 745 ss.

qualificabile di conseguenza come un *facere infungibile*. Lo stesso articolo poi prevede l'ammissibilità di ausiliari e dipendenti del professionista, se il contratto di prestazione d'opera intellettuale o gli usi lo ammettono, ferma restando la responsabilità del professionista per il loro operato. Inoltre la collaborazione deve essere compatibile con l'oggetto del contratto d'opera intellettuale.⁹ La facoltà del professionista di avvalersi di ausiliari o dipendenti “[...] *non comporta mai che costoro diventino parte del rapporto di clientela, restando invece la loro attività giuridicamente assorbita da quella del prestatore d'opera che ha concluso il contratto col il cliente [...]*”¹⁰ La collaborazione “[...] *non può riguardare l'esecuzione di una prestazione professionale che ecceda l'abilitazione del professionista incaricato*”, venendo in tal caso logicamente a mancare la competenza direttiva del professionista incaricato.¹¹

C. Le figure associative e le società tra professionisti.

Breve cenni alla legge mercato e concorrenza 2016, S.p.A. avvocati

La costituzione di società aventi ad oggetto l'espletamento di professioni intellettuali protette era a lungo vietato ex art. 2 l. n. 1815 del 1939¹², che prevedeva che tra esercenti le professioni protette (ai sensi dell'art. 2229 co 1 c.c.) era ammessa solamente la possibilità di costituire studi associati. Società costituite da professionisti potevano di conseguenza accettare solo incarichi professionali estranei alle attività protette, e senza fare uso del contratto d'opera intellettuale. Infatti veniva negata dalla giurisprudenza la

⁹ Giuseppe Musolino, *Contratto d'opera professionale*, in *Il codice civile, commentario fondato da Piero Schlesinger, diretto da Francesco D. Busanelli*, seconda edizione, Milano, 2014, Giuffrè, p. 276. Cassazione Civile, sez. II, 04/04/2014, n. 8036.

¹⁰ Tribunale Salerno, sez. II, 11/01/2016, n. 100.

¹¹ Cassazione Civile, sez. II, 17/03/1995, n. 3108.

¹² http://www.professionisti24.ilsole24ore.com/art/Professionisti24/Diritto/2009/01/L_1815_1939.pdf 04/10/2017.

domanda di prescrizione presuntiva dei crediti dei professionisti ex art. 2956 n.2 c.c.¹³, proprio perché le società non erano in grado di assumere impegni di quel genere. Successivamente con l'art. 24 l. n. 266 del 1997¹⁴ è stato abrogato l'art. in questione, rendendo ammissibile la costituzione da parte di prestatori d'opera intellettuale di altre forme societarie¹⁵, ferma restando la possibilità di ricorrere alla forma di studio associato.¹⁶ La l 12 novembre 2011, n. 183 all'art.10¹⁷ ha poi previsto la possibilità di costituire società per svolgere attività professionali secondo i ordinari modelli societari ordinari regolati dal c.c., sempre rispettando i limiti dettati dalle molteplici deroghe del c.c. per via delle numerosissime leggi speciali. Per quanto riguarda l'attività dell'avvocato, è da segnalare che con la legge sul mercato e sulla concorrenza (l 124/2017, commi 141 ss.¹⁸) sono state apportate rilevanti modifiche alla l 31 dicembre 2012, n. 247, art.4 (riforma forense), semplificando per gli avvocati la possibilità di costituire società, prevista ma di rado usata per l'estrema rigidità della disciplina già nel decreto legislativo 96/2001. Nelle società professionali così costituite possono entrare soci di capitale non professionisti fino ad un terzo del capitale sociale. Superato tale limite infatti la società si scioglie. Inoltre è prevista la facoltà per l'avvocato di partecipare a reti di imprese miste e a far parte di consorzi stabili professionali.¹⁹

La responsabilità del professionista che opera nell'ambito di una società *supra* menzionate rimane tuttavia personale, in quanto il rapporto tra cliente e professionista, caratterizzato come detto dall'intuitus personae, non può che essere conferito a singolo professionista. Di conseguenza *“È nullo, per violazione del combinato disposto di cui agli art. 2232 c.c. e 1 e 2 l. 23 novembre 1939, n.1815 il contratto di prestazione d'opera intellettuale conferito all'associazione di professionisti impersonalmente.”*²⁰

¹³ Cassazione civile, sez. un, 25/06/2015, n. 13144.

¹⁴ <http://www.camera.it/parlam/leggi/97266l02.htm> 04/10/2017.

¹⁵ Giuseppe Cassano, la responsabilità del professionista, Torino, 2008, Giappichelli, p. 27-28.

¹⁶ Cassazione Civile, sez. II, 29/02/2016, n. 3926.

¹⁷ <http://www.gazzettaufficiale.it/gunewsletter/dettaglio.jsp?service=1&datagu=2011-11-14&task=dettaglio&numgu=265&redaz=011G0234&tmstp=1321432013426> 04/10/2017.

¹⁸ <http://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2017/08/14/17G00140/sg> 04/10/2017.

¹⁹ <http://www.ilsole24ore.com/art/norme-e-tributi/2017-08-28/cosi-cambiano-studi-legali-associazione-altri-professionisti-e-soci-capitale-100657.shtml?uuid=AECrQx0B> 04/10/2017.

<http://www.altalex.com/documents/news/2017/08/02/legge-delega-mercato-e-concorrenza> 04/10/2017.

²⁰ Tribunale Verona, 15/07/2002.

Cassazione Civile, sez. I, 23.05.1997, n. 4628, in de jure.

D. Il contratto d’opera intellettuale

Il contratto d’opera intellettuale come contratto tipico ad effetti obbligatori per entrambe le parti è un fenomeno relativamente nuovo, essendo la disciplina delle c.d. *operae liberales*, sino all’entrata in vigore del nuovo codice civile del 1942, non disciplinata dalla legge, e di conseguenza regolata secondo le regole risalenti all’epoca del diritto romano.²¹ Ove il professionista abbia concluso il contratto direttamente con il cliente non vi è dubbio sulla natura contrattuale della responsabilità, mentre nei casi in cui il professionista opera in un rapporto di lavoro subordinato, l’individuazione del titolo della responsabilità del professionista risulta più ardua, problematica e afflitta da frequenti cambiamenti dell’orientamento dominante sia in dottrina che in giurisprudenza. Per la risoluzione di questa problematica si rimanda tuttavia a una parte successiva, mentre in questa sede si tratterà brevemente il contratto d’opera intellettuale, nominato dall’art. 2230 c.c., che rimanda sia alle norme seguenti dello stesso capo (professioni intellettuali), sia, in quanto compatibili, alle norme del capo precedente (contratto d’opera in generale). *“Il contratto d’opera intellettuale è un contratto sinallagmatico di scambio, tendenzialmente oneroso, consensuale e ad effetti obbligatori, in cui un contraente si obbliga a compiere una prestazione d’opera intellettuale ed il cliente è tenuto a corrispondere il compenso.”*²²

È tuttavia possibile che il soggetto beneficiario della prestazione intellettuale sia un soggetto diverso da quello stipulante il contratto col professionista.²³ In questi casi l’obbligo di informazione gravante ex bona fide sul professionista, derivante dalla necessità di mitigare l’asimmetria conoscitiva tra cliente e professionista e rendere il primo capace di controllare l’operato del secondo, dovrà essere adempiuto fornendo al beneficiario, e non al contraente, tutte le informazioni necessarie per consentire al cliente un consenso informato.

²¹ Naddeo, F. (2012). Responsabilità del prestatore d’opera intellettuale, in Trattato della responsabilità civile, volume 1, diretto da Pasquale Stanzone. CEDAM, p. 1301.

²² Raffaella De Matteis, Il contratto d’opera intellettuale, profili generali e obblighi delle parti, in Trattato dei contratti, Vincenzo Roppo, volume 3, Giuffrè, 2014, p. 609ss.

²³ Naddeo, F. (2012). Responsabilità del prestatore d’opera intellettuale, in Trattato della responsabilità civile, volume 1, diretto da Pasquale Stanzone. CEDAM, p. 1303.

Si dovranno tuttavia distinguere due tipi di informazioni dovute al cliente, cioè quelle dirette alla specificazione della prestazione oggetto del contratto, che come tali verranno assorbiti nella responsabilità contrattuale e andranno a riflettersi sull'eventuale inadempimento del professionista (configurando una specie di obbligazione di risultato se poi il risultato della prestazione risulta non soddisfacente) e quelle che invece permettono al cliente una scelta consapevole, e come tali se mancanti o inesatte danno luogo a una responsabilità autonoma (pur sempre tutelata ex 1218cc) rispetto a quella dell'inadempimento per l'obbligazione principale.²⁴

1. La prestazione dovuta dal professionista

Come *supra* accennato, la prestazione nel contratto d'opera intellettuale si distingue dalla prestazione nel contratto d'opera manuale proprio per l'intellettualità e personalità della prestazione, che consiste nella maggior parte in un'attività intellettuale del professionista che impiega la sua intelligenza e cultura per adempiere all'obbligazione. In questo ambito si colloca la tradizionale distinzione tra obbligazione di mezzi²⁵ e di risultato, originata nel diritto francese²⁶, applicata per distinguere le due subspecies del medesimo genus²⁷, la prestazione d'opera manuale, nella quale l'oggetto della prestazione dovuta consiste proprio in una modifica reale del mondo empirico/reale, cioè in sostanza nel risultato pattuito, e la prestazione d'opera intellettuale, nella quale invece il lavoro, cioè l'impiego dei mezzi e delle abilità e conoscenze del professionista, è la prestazione dovuta, mentre il risultato sperato dal cliente sarà un *post factum* irrilevante entro i limiti posti dall'art. 1176 co 2 c.c. quando sancisce che *“Nell'adempimento delle obbligazioni inerenti*

²⁴ Raffaella De Matteis, Il contratto d'opera intellettuale, profili generali e obblighi delle parti, in Trattato dei contratti, Vincenzo Roppo, volume 3, Giuffrè, 2014, p. 609ss.

²⁵ Paolo Cendon, Commentario al codice civile, artt. 2135-2246, Milano, 2008, Giuffrè, p. 810-811, art. 2230.

²⁶ Fava, P. (2009). La responsabilità civile. Milano: Giuffrè. Marco Catalano p. 1807.

²⁷ Naddeo, F. (2012). Responsabilità del prestatore d'opera intellettuale, in Trattato della responsabilità civile, volume 1, diretto da Pasquale Stanzone. CEDAM, p. 1302.

all'esercizio di un'attività professionale, la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata”, facendo riferimento dunque non alla diligenza in astratto del *bonus pater familias*, ma alla diligenza in concreto del c.d. *homo eiusdem conditionis et professionis*²⁸, cioè la diligenza professionale, commisurata alla natura dell'attività professionale esercitata²⁹ e conforme al grado di specializzazione del professionista³⁰, ad eccezione di casi di colpa grave o dolo del professionista nella soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà ex art. 2236 c.c.. L'imperizia viene p.es. esclusa dalla Cassazione, nel caso di un chirurgo estetico, se ha impiegato *“tecniche chirurgiche largamente codificate e condotte rigorosamente”*³¹. L'art. 2236 c.c. tuttavia trova applicazione esclusivamente in casi di imperizia, essendo i concetti di imprudenza e negligenza incompatibili con la ratio di esclusione della responsabilità del professionista per colpa lieve in casi di problemi tecnici di particolare difficoltà che l'attività professionale in concreto renda necessario affrontare.³²

La qualificazione delle prestazioni d'opera intellettuale come obbligazioni di mezzi viene giustificata dal fatto che, mentre sul professionista grava comunque l'obbligo di eseguire la prestazione osservando le *legis artis* e la necessaria diligenza ex 1176 c.c. per conseguire l'interesse del cliente, l'esito del suo sforzo sfugge, per la natura complessa e inestricabilmente aleatoria³³ della prestazione, al suo controllo e non gli sarà dunque addebitabile. Esempio classico sarebbe l'obbligazione del avvocato che pur compiendo le scelte migliori, non potrà, e non dovrà comunque garantire l'esito positivo del processo, in quanto nel processo entrano in gioco innumerevoli fattori esterni all'operato del professionista che sfuggono al suo controllo. D'altronde l'obbligazione dell'avvocato potrebbe essere considerata di mezzi quando la prestazione consiste in atti come l'interruzione della prescrizione o appello contro una sentenza, poiché si tratterebbe di prestazioni realizzabili senza fattori esterni incontrollabili, e dunque rientranti nella sfera di controllo del debitore. E' da segnalare che alcuni orientamenti giurisprudenziali e dottrinali

²⁸ Paolo Cendon, Commentario al codice civile, art.1173-1320, Milano 2009, Giuffrè, p. 84, art. 1176.

²⁹ Cesare Ruperto, La giurisprudenza sul codice civile coordinata con la dottrina, Libri IV Delle obbligazioni, Tomo I, Milano, 2005, Giuffrè, p. 50.

³⁰ Maurizio Iacono Quarantino, La responsabilità per l'inadempimento, in Le obbligazioni: diritto sostanziale e processuale, a cura di Pasquale Fava, tomo I, Milano, 2008, Giuffrè, p.718.

³¹ Cassazione Civile, sez. III 03/12/1997, n. 12253.

³² Cian Trabucchi, Commentario breve al Codice Civile, 2015, Wolters Kluwer, p. 2968, art. 2236.

³³ Gianluca Montanari Vergallo, La colpa sanitaria verso la fase del bilanciamento: analisi de iure condito e proposte di riforma, Milano, 2016, Giuffrè, p. 8.

propongono di qualificare alcune prestazioni d'opera intellettuale come obbligazioni di risultato, con conseguente responsabilità per inadempimento del professionista che non abbia raggiunto il risultato sperato. Esempio emblematico di tale orientamento è la prestazione del chirurgo estetico, che secondo alcuni, proprio perché il chirurgo estetico ha la facoltà di astenersi dall'intervento, configurerebbe una obbligazione di risultato.³⁴ Si tratterebbe di una specie di culpa in re ipsa del medico, che dovrà provare che il fallimento della procedura di routine non è a lui imputabile.³⁵ Altra parte della dottrina, avallata dalla giurisprudenza, ha tuttavia evidenziato che anche in questi casi si tratta pur sempre di un'obbligazione di mezzi³⁶, in quanto anche il successo dell'operato del chirurgo estetico dipende da fattori esterni al suo controllo.³⁷ Soluzione della perpetua problematica della qualificazione di suddette obbligazioni può essere ravvisata nel qualificare come risultato dovuto non il fatto materiale conseguente all'attività del professionista, ma la stessa attività, che dovrà essere compiuta con la diligenza richiesta.

2. Obblighi accessori, obblighi di informazione gravanti sul professionista

I doveri di informazione nella loro attuale estensione sono un fenomeno relativamente nuovo, contrastato dall'orientamento assolutamente prevalente nel XIX secolo che escludeva la configurabilità di obblighi di informazione in capo ai contraenti, sostenendo addirittura che ognuno possa non solo perseguire nelle trattative il suo personale interesse, ma inoltre sfruttare in pieno eventuali vantaggi derivanti da posizioni di maggiore conoscenza, applicando il principio del *caveat emptor (stia in guardia l'acquirente)*, nel

³⁴ Naddeo, F. (2012). Responsabilità del prestatore d'opera intellettuale, in Trattato della responsabilità civile, volume 1, diretto da Pasquale Stanzone. CEDAM, p. 1309.

³⁵ Alessandro Farolfi, Le riforme legislative: dalla legge Balduzzi alla legge Gelli sulla responsabilità professionale, in Responsabilità civile, diretto da Paolo Cendon, volume secondo, responsabilità contrattuale, Vicenza, 2017, UTET, p. 2858.

³⁶ Cassazione civile, Sez. III, 03/12/1997, n. 12253.

³⁷ Naddeo, F. (2012). Responsabilità del prestatore d'opera intellettuale, in Trattato della responsabilità civile, volume 1, diretto da Pasquale Stanzone. CEDAM, p. 1309-1310.

common law in parte ancora oggi attuale, anche se ormai contrapposto da numerose *counterrules*, di entità tale da poter ritenere vigente anche nel common law il principio del *caveat venditor* (*stia in guardia il venditore*).³⁸ Nel corso del XX secolo, seguendo le tesi di Jhering del 1861, in un certo senso padre della responsabilità da culpa in contrahendo, che per primo si adoperò per risolvere la, vista dalla prospettiva odierna enorme, lacuna consistente nella totale mancanza di tutela del soggetto leso dal comportamento doloso o colposo nelle trattative ove non sia poi stato concluso un contratto³⁹, tale concetto si è poi gradualmente invertito, prevedendo inizialmente un obbligo di informazione solo se esplicitamente previsto dalla legge, sino ad arrivare, a partire dagli anni 70, alla concezione attuale, che pone a carico del contraente complessi obblighi di informazione, qualificabili come obblighi strumentali⁴⁰ rispetto alla prestazione principale, derivanti dall'obbligo generale di buona fede, principio cardine dell'intero precetto civile. Per quanto riguarda l'obbligo di informazione gravante sul medico, l'art. 32 Cost sancisce che *“nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento terapeutico se non per disposizione di legge”*, norma che pur implicando la necessità del consenso del paziente, per molto tempo veniva interpretata dalla giurisprudenza decisamente restrittivamente, riducendola alla necessità del consenso al contratto di cura, ed escludendo che il paziente debba consentire anche alle singole cure o i mezzi terapeutici impiegati dal sanitario.⁴¹ Nell'art. 5 della Convenzione di Oviedo del 1997 è stato inoltre sancita l'assoluta necessità del consenso informato del paziente⁴², consenso che ovviamente implica il dovere di informazione, in quanto un paziente carente delle informazioni necessarie non può dare un consenso informato⁴³. La problematica principale inerente alla discussione sugli obblighi di informazione tuttavia si colloca nella difficile identificazione della linea di demarcazione tra informazioni dovute ed informazioni legittimamente omissibili. Tale confine, in mancanza di una definizione normativa esplicita, che come giustamente osserva Gallo renderebbe il sistema troppo

38 Fabio Fortinguerra, Sara Tommasi, Antonio de Mauro, La responsabilità precontrattuale, 2007, Cedam, p. 33.

39 Fabio Fortinguerra, Sara Tommasi, Antonio de Mauro, La responsabilità precontrattuale, 2007, Cedam, p. 44-45.

40 Naddeo, F. (2012). Responsabilità del prestatore d'opera intellettuale, in Trattato della responsabilità civile, volume 1, diretto da Pasquale Stanzone. CEDAM, p. 1318.

41 Giulio Pellegrino, Il rapporto medico/paziente e l'alleanza terapeutica, in Responsabilità civile, diretto da Paolo Cendon, volume secondo, responsabilità contrattuale, Vicenza, 2017, UTET, p.2752-2754.

42 <https://www.coe.int/it/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/090000168007d003> 20.11.2017.

43 Riccardo Fresa, La colpa professionale in ambito sanitario, gennaio 2008, UTET, p. 101.

rigido e incapace di adeguarsi al costante mutamento delle necessità della società, va individuato avendo riguardo alla politica attuale e alla sensibilità sociale nei confronti di certe problematiche. Sarà di conseguenza arduo compito del giudice valutare l'ambito delle informazioni dovute secondo *l'id quod plerumque accidit*. Elemento mai rientrante nell'ambito delle informazioni dovute è la convenienza⁴⁴ dell'affare, in quanto ogni soggetto deve curare i propri interessi.⁴⁵ La risposta all'interrogativo del perché un bene come l'informazione, che ha comunque un valore economico non trascurabile, venga preteso gratuitamente da chi lo possiede, viene data dall'economista Aklerhof⁴⁶ nei suoi studi sulle informazioni asimmetriche nel mercato delle macchine usate, che ha rilevato che quest'ultime, se non contrastate da leggi che proteggono la parte meno informata, finiscono col distruggere il mercato, creando un circolo vizioso di progressiva diminuzione sia del prezzo che il mercato è disposto a pagare per un certo bene, sia della qualità delle merci.⁴⁷

L'obbligo di informazione gravante sul professionista deriva, oltre che dai relativi codici deontologici, dall'art. 1337 c.c., che impone alle parti contrattuali un comportamento secondo buona fede oggettiva nelle trattative, cioè inteso come comportamento sorretto da lealtà e correttezza, mentre una lettura soggettiva della buona fede ex art. 1337 c.c. implicherebbe un accertamento dello stato soggettivo dei contraenti. Sarà dunque sufficiente che il comportamento tenuto dal soggetto, eludendo le aspettative della controparte, risulti obiettivamente contrastante con quelle regole di correttezza e lealtà enunciate dall'art. 1337 c.c.⁴⁸ La responsabilità per culpa in contrahendo è di natura extracontrattuale, come tale soggetta a prescrizione quinquennale.⁴⁹ Tuttavia non mancano sostenitori della tesi che inquadra la responsabilità precontrattuale come responsabilità contrattuale⁵⁰, nascente da un rapporto giuridico instauratosi tra i contraenti

⁴⁴ Fabio Fortinguerra, Sara Tommasi, Antonio de Mauro, *La responsabilità precontrattuale*, 2007, Cedam, p. 154.

⁴⁵ Fabrizio Fedeli, *Correttezza e buona fede*, in *Le obbligazioni: diritto sostanziale e processuale*, a cura di Pasquale Fava, tomo I, Milano, 2008, Giuffrè, p.412.

⁴⁶ Paolo Gallo, *Contratto e buona fede, buona fede in senso oggettivo e trasformazione del contratto*, seconda edizione, 2014, UTET, p. 268.

⁴⁷ Paolo Gallo, *Contratto e buona fede, buona fede in senso oggettivo e trasformazione del contratto*, seconda edizione, 2014, UTET, p.260 ss.

⁴⁸ Antonio De Mauro, Fabio Fortinguerra, Sara Tommasi, *La responsabilità precontrattuale*, seconda edizione, Padova, 2007, CEDAM. P.77 ss.

⁴⁹ Cian Trabucchi, *Commentario breve al Codice Civile*, 2015, Wolters Kluwer, p. 1474, art. 1337

⁵⁰ Fabio Fortinguerra, *La responsabilità del medico chirurgo*, in *Codice della responsabilità civile e rc auto*, a cura di Ugo Carnevali, Giovanni Bonilini, Massimo Confortini, 2015, UTET, p. 760.

con l'inizio delle trattative.⁵¹ Per quanto riguarda la responsabilità del medico per violazione dei suoi obblighi di informazione invece, non vi è orientamento unitario in dottrina e giurisprudenza.⁵² Ce chi la ritiene qualificabile come responsabilità precontrattuale⁵³ per violazione del dovere di buona fede nelle trattative ex art. 1337 c.c., argomentando che *“La omessa informazione del paziente lede, in primis, altro bene primario del paziente, vale a dire il diritto, costituzionalmente protetto ex art.32 comma 2 Cost, all'autodeterminazione nel sottoporsi ad interventi sanitari incidenti sull'integrità fisica [...]”*⁵⁴ Inoltre viene osservato come una violazione degli obblighi di informazione faccia nascere, a prescindere da ogni successiva discussione, già di per se l'obbligo di risarcimento del danno da responsabilità aquiliana ex art. 2043 c.c., poiché l'attività medica come attività che incide sull'integrità fisica del soggetto è lecita, applicando il principio del *consentienti et volenti non fit iniuria*, solo se compatibile con quanto previsto dall'art.5 c.c., che sancisce che la liceità della prestazione se non contraria alla legge, l'ordine pubblico o il buon costume. Il consenso volontario e informato del paziente è richiesto dalla legge (artt. 12 e 32 Cost, art. 33 legge n. 833/78^{55,56}) per rendere lecito un intervento chirurgico/medico.⁵⁷

Tesi diametralmente opposta è quella, avallata da altra parte della giurisprudenza, che colloca l'obbligo di informazione nell'ambito di un contratto già concluso⁵⁸, postulando che il contratto sanitario abbia come oggetto una prestazione complessa, comprendente sia la fase diagnostica che quella terapeutica.⁵⁹ Una eventuale violazione degli obblighi di informazione cadrebbe dunque nella fase diagnostica, e non già nella fase delle trattative, e sarebbe di conseguenza risarcibile ex art. 1218 c.c..⁶⁰ Questo ragionamento

⁵¹ Nicola Disasto, *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale* a cura di Walter Bigiavi, Torino, 1980, UTET, p.343 ss.

⁵² Stefano Rossi, *Consenso informato e diritto di scelta del paziente*, in *Responsabilità civile*, diretto da Paolo Cendon, volume secondo, responsabilità contrattuale, Vicenza, 2017, UTET, p. 2808.

⁵³ Cassazione Civile, Sez. III, 25.11.1994, n. 10014, in de jure.

⁵⁴ Corte d'Appello Venezia, 23.6.2003, in de jure.

⁵⁵ http://www.salute.gov.it/imgs/C_17_normativa_231_allegato.txt 30/09/2017.

⁵⁶ Cassazione Civile, sez. III, 14.03.2006, n. 5444 in de jure.

⁵⁷ Natalino Sapone, *la responsabilità precontrattuale*, Milano, 2008, Giuffrè, p.821.

⁵⁸ Cassazione Civile, Sez. III, 29.09.2009, n. 20806, in de jure.

⁵⁹ Cassazione Civile, Sez. III, 23.05.2001, n. 7027, in de jure.

⁶⁰ Cass 23.5.2001, n 7027, FI 2001, I, 2509, cit. in Natalino Sapone, *la responsabilità precontrattuale*, Milano, 2008, Giuffrè, p. 823.

Maurizio Hazan, Daniela Zorzit, *Assicurazione obbligatoria del medico e responsabilità sanitaria*, Giuffrè, 2013, p 529.

viene applicato dalla giurisprudenza maggioritaria non solo al professionista medico, ma in generale alle c.d. professioni protette. È individuabile infatti una chiara tendenza di riqualificazione della violazione dell'obbligo di informazione del professionista, tradizionalmente inquadrato come extracontrattuale ex art. 1337 c.c.⁶¹, oggi come contrattuale⁶² ex art. 1218 c.c., proprio perché la fase preliminare di informazione viene ricondotta nell'ambito della prestazione principale.⁶³ Essendo poi l'obbligo di informazione un'obbligazione di risultato, la reticenza del professionista su informazioni pertinenti configura inadempimento ex art. 1218 c.c..⁶⁴ Punto cruciale della discussione è la qualificazione del contratto. Mentre i sostenitori della responsabilità ex 1218 c.c. inquadrano sia la fase diagnostica, sia la fase terapeutica in un unico contratto a prestazioni complesse, i sostenitori della responsabilità aquiliana propendono per la configurazione di due contratti, uno avente ad oggetto l'attività diagnostica, l'altro poi l'attività terapeutica. Tale costruzione ammette infatti che si formi uno spazio di vacanza contrattuale tra l'adempimento del primo e la stipulazione del secondo, e proprio in questo spazio andrebbe collocato l'obbligo di informazione di natura precontrattuale. Una terza tesi, a mio parere preferibile per la configurabilità della responsabilità contrattuale e dunque della maggiorata difesa del paziente senza dover ricorrere alla struttura del contratto unico complesso, è quella delle tre fasi nell'assistenza medica, e di conseguenza di tre contratti distinti, aventi ad oggetto interessi/beni diversi. Spesso infatti il paziente non porta a termine tutte le fasi, ma si ferma dopo la diagnosi, o dopo l'informazione, comportamento assolutamente compatibile con predetta tesi, mentre potrebbero sorgere dubbi sulla compatibilità con la tesi dell'unicità del contratto. Tali interessi vengono individuati da N.Sapone nell'interesse a conoscere il proprio stato di salute, nell'interesse alla autodeterminazione⁶⁵, peraltro visto da parte della dottrina e giurisprudenza come autonomo diritto risarcibile addirittura in assenza di un danno conseguente, per la

⁶¹ Cassazione Civile, sez. III, 14.03.2006, n. 5444 in de jure.

⁶² Giuseppe Cassano, *La responsabilità civile, con ampio formulario e giurisprudenza sul nuovo danno non patrimoniale*, Milano, 2012, Giuffrè, p. 111.

⁶³ Naddeo, F. (2012). *Responsabilità del prestatore d'opera intellettuale*, in *Trattato della responsabilità civile*, volume 1, diretto da Pasquale Stanzone. CEDAM. P. 1318 ss.

⁶⁴ Antonino Procida, Mirabelli di Lauro, Maria Feola, *Sistemi giuridici comparati, studi di diritto civile e comparato, La responsabilità civile*, volume III, Torino, 2008, Giappichelli, p. 232.

⁶⁵ Cassazione Civile, sez. III, 13.10.2017, n. 24072 in de jure, *che ha qualificato la domanda di risarcimento del danno derivante dall'inadempimento dell'obbligo di informazione come mutatio libelli inammissibile*.

Cassazione Civile, Sez. III, 12.06.2015, n. 12205, in de jure. Cassazione Civile, sez. III, 20/08/2013, n. 19220.

semplice lesione del diritto ad una scelta consapevole⁶⁶ e infine nell'interesse alla guarigione/al miglioramento.⁶⁷ Si fa notare che dell'inadempimento all'obbligo di informazione risponde non solo il medico, ma direttamente anche l'ente ospedaliero⁶⁸, per insufficiente gestione ed organizzazione⁶⁹ del flusso informativo tra paziente e medico.⁷⁰

Per quanto riguarda i limiti dell'obbligo di informazione del medico, a parte i casi di stato di necessità e urgenza⁷¹, si indica la sentenza della corte d'appello di Venezia che ha definito il limite *“Informazione completa e corretta, comprensiva delle prospettive che comporta la scelta in un senso piuttosto che in un altro: in definitiva quali siano i rischi concreti cui il paziente va incontro ove non accolga il consiglio che, nella situazione data, deve essere fornito per un favorevole esito secondo lo stato d'arte”*,⁷² Il professionista è inoltre sempre tenuto ad informare il cliente di ogni fatto sopravvenuto che possa incidere sulla prestazione e soprattutto sul risultato sperato, determinando una rivalutazione necessaria delle probabilità di successo e dunque della volontà del cliente di far portare avanti l'attività. Si tratta dell'obbligo di informazione c.d. conoscitiva⁷³, sicuramente e pacificamente rientrante nella responsabilità *ex contractu* siccome sorge durante l'esecuzione della prestazione dovuta. L'obbligo di informazione da parte del professionista si estende persino al periodo successivo all'estinzione del rapporto ove necessario per conservare il risultato o comunque l'utilità conseguita dal cliente.⁷⁴

⁶⁶ Trib. Venezia 4.10.2004, GM 2005, 5, p. 1033.

⁶⁷ Natalino Sapone, la responsabilità precontrattuale, Milano, 2008, Giuffrè, p.834.

⁶⁸ Giuseppe Cassano, la responsabilità del professionista, Torino, 2008, Giappichelli, p. 78-79.

⁶⁹ Giovanni Toscano, Informazione, consenso e responsabilità sanitaria, Milano, 2006, Giuffrè, p. 94-96.

⁷⁰ Maurizio Hazan, Daniela Zorzit, Assicurazione obbligatoria del medico e responsabilità sanitaria, Giuffrè, 2013, p 535.

⁷¹ Paolo Cendon, Commentario al codice civile, artt. 2135-2246, Milano, 2008, Giuffrè, p. 867, art. 2230.

⁷² Corte d'Appello Venezia, 16.09.2004, in de jure.

⁷³ Naddeo, F. (2012). Responsabilità del prestatore d'opera intellettuale, in Trattato della responsabilità civile, volume 1, diretto da Pasquale Stanzone. CEDAM, p. 1320.

⁷⁴ Naddeo, F. (2012). Responsabilità del prestatore d'opera intellettuale, in Trattato della responsabilità civile, volume 1, diretto da Pasquale Stanzone. CEDAM, p. 1324.

3. L'obbligo di ottemperanza alle istruzioni del cliente

Il prestatore d'opera intellettuale è tenuto ad informare il cliente delle conseguenze delle sue scelte, e dei danni che ne potrebbero derivare. Se poi il cliente insiste in una prestazione che il professionista non può eseguire, perché contraria ai suoi consigli o alle sue convinzioni, al professionista non resta che sciogliersi dal rapporto, senza incorrere in alcuna responsabilità precontrattuale in quanto si scioglie in buona fede, informare il cliente delle conseguenze della sua scelta e di tutte le misure necessarie ad evitare danni, e liberarsi in tal modo da ogni obbligazione. Infatti il professionista che sceglie di eseguire l'ordine impartitogli dal cliente non potrà poi usare tale circostanza come scusante, in quanto come professionista spetta in prima linea a lui stesso la scelta sulla strategia da seguire e sui mezzi da impegnare, e un ordine manifestamente insensato o addirittura nocivo da parte del cliente non può essere eseguito mantenendo la diligenza richiesta ex. art. 1176 c.c. per non incorrere nella responsabilità professionale.

V. Diligenza e colpa professionale

Essendo la prestazione dovuta dal professionista qualificabile come obbligazione di mezzi, l'inadempimento non può essere fatto derivare automaticamente dalla mancata realizzazione del risultato voluto, ma sarà necessario accertare la violazione degli obblighi di diligenza gravanti sul professionista. Tale violazione a sua volta presuppone la colpa o il dolo del professionista nell'esecuzione della prestazione.

Per poter individuare l'ambito della responsabilità professionale è dunque assolutamente necessario individuare preliminarmente il concetto di colpa, sulla quale il Codice Civile poi costruisce in capo al professionista, e in generale in capo a ogni autore di un fatto illecito, le rispettive responsabilità. Il codice civile, pur parlando di colpa (art. 2043 c.c., 1176 c.c.), non ne fornisce una definizione. Tale definizione viene dunque individuata nell'art. 43 comma 3 c.p., che sancisce che il fatto "è colposo, o contro l'intenzione, quando l'evento, anche se preveduto, non è voluto dall'agente e si verifica a causa di negligenza o imprudenza o imperizia, ovvero per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline"

⁷⁵ In questo ambito si colloca la distinzione in concezione soggettiva di colpa, che rimette all'analisi della volontà del soggetto, e la concezione oggettiva della colpa, che invece rimette semplicemente a una comparazione tra comportamento imposto dalla regola cautelare e comportamento de facto tenuto dal soggetto.⁷⁶ È da notare che entrambi i concetti vanno applicati complementariamente, non l'uno escludendo l'altro.⁷⁷ La giurisprudenza maggioritaria ritiene il concetto di colpa unitario, applicabile analogicamente alla disciplina penale e civile, e di conseguenza ritiene che l'accertamento della colpa del soggetto in un giudizio penale renda inutile ogni successiva attività istruttoria riguardante l'elemento soggettivo nel conseguente giudizio civile.⁷⁸

⁷⁵ G. Facci, La responsabilità civile del professionista, in I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale, diretto da Francesco Galgano, Padova, 2006, Cedam, p. 11.

⁷⁶ Guido Alpa, Vincenzo Mariconda, Commentario al Codice Civile, tomo II, Milano, 2013, Wolters Kluwer, p. 2607, art. 2043.

⁷⁷ Cristina Coppola, La colpa, in Codice della responsabilità civile e rc auto, a cura di Ugo Carnevali, Giovanni Bonilini, Massimo Confortini, 2015, UTET, p. 136.

⁷⁸ Cristina Coppola, La colpa, in Codice della responsabilità civile e rc auto, a cura di Ugo Carnevali, Giovanni Bonilini, Massimo Confortini, 2015, UTET, p. 134

A monte dell'analisi della colpevolezza è necessario accertare la c.d. *suitas* del soggetto, cioè la coscienza e volontà di agire richiesta dall'art. 42 co 1 c.p., e dalla costituzione repubblicana all'art. 27, che sancendo la personalità della responsabilità penale secondo la storica sentenza 346/1988 della Corte Costituzionale richiede come requisito minimo dell'imputabilità la colpevolezza.⁷⁹ Infatti la volontà del soggetto agente è presupposto assolutamente necessario per l'imputabilità dell'evento. In generale si afferma che non è in tale ambito richiesta la volontà dell'atto concreto (altrimenti la disposizione sarebbe un doppione della disciplina del dolo), ma è sufficiente che la condotta origini in un "impulso cosciente".⁸⁰ Definizione secondo Antolisei non sufficiente, in quanto non considera la problematica degli atti c.d. automatici, cioè riflessi, istinti, abitudini. La soluzione individuata sta nel creare una sottocategoria degli atti automatici, ossia quella degli atti che possono teoricamente essere impediti dalla volontà, e quella degli atti che invece non possono essere impediti, e dunque sfuggono alla volontà del soggetto, ed attribuire solo la prima delle categorie alla coscienza e volontà richiesta dal Codice Penale. La definizione proposta è dunque non il criterio della volontà dell'evento, ma l'attribuibilità al volere del soggetto.⁸¹

Accertata la *suitas* della condotta, va poi accertata la colpa del soggetto, intesa come mancanza della volontà dell'evento concreto realizzato dal soggetto. Inoltre il fatto deve consistere nella violazione di una regola di cautela imposta dall'ordinamento o dalla società, e deve essere rimproverabile al soggetto, cioè deve sussistere le prevedibilità ed evitabilità dell'evento lesivo.⁸² Il fatto deve essere il prodotto di imprudenza, negligenza, imperizia o inosservanza di leggi e regolamenti del soggetto.⁸³ L'imprudenza è configurabile ogniqualvolta una regola cautela imponga al soggetto di astenersi dal

⁷⁹ Alberto Cadoppi, Paolo Veneziani, Manuale di diritto penale, parte generale e parte speciale, terza edizione, Padova, 2007, Cedam, p.114-115.

⁸⁰ F. Antolisei, Manuale di diritto penale, parte generale, sedicesima edizione aggiornata e integrata da L.Conti, Milano, 2003, Giuffrè, p. 341.

⁸¹ F. Antolisei, Manuale di diritto penale, parte generale, sedicesima edizione aggiornata e integrata da L.Conti, Milano, 2003, Giuffrè, p. 343-344.

Alberto Cadoppi, Paolo Veneziani, Manuale di diritto penale, parte generale e parte speciale, terza edizione, Padova, 2007, Cedam, p. 217.

⁸² Forti, Seminara, Zuccalá, commentario breve al codice penale, edizione per prove concorsuali ed esami, Breviaria iuris fondati da G.Cian e A. Trabucchi, Milano, 2017, Cedam, p.322, art. 43. Alberto Cadoppi, Paolo Veneziani, Manuale di diritto penale, parte generale e parte speciale, terza edizione, Padova, 2007, Cedam, p. 326.

⁸³ F. Antolisei, Manuale di diritto penale, parte generale, sedicesima edizione aggiornata e integrata da L.Conti, Milano, 2003, Giuffrè, p. 367-368.

compiere una certa azione, e il soggetto agisce violando tale regola cautelare. La negligenza, figura opposta all'imprudenza, invece è ravvisabile ogniqualvolta un soggetto che secondo una regola di condotta dovrebbe attivarsi, resta inerte. L'imperizia infine, che ricomprende sia la negligenza, sia l'imprudenza, è caratterizzata da un *quid pluris* individuabile nelle speciali abilità/qualifiche tecnico-professionali del soggetto agente, dunque in una violazione delle *legis artis* e best practices.⁸⁴ La colpa può essere cosciente o incosciente.

Il primo caso costituisce l'eccezione, è il limite della colpa col dolo eventuale, in quanto il soggetto ha previsto la possibilità del realizzarsi dell'evento lesivo, ma non ha accettato il rischio, fidandosi delle sue abilità di evitarlo. La seconda ipotesi invece è il caso ordinario, il soggetto agisce violando una regola cautelare, ed ignorando la possibilità del realizzarsi dell'evento lesivo, che però sarebbe stato prevedibile ed evitabile.⁸⁵ Un'ulteriore distinzione della colpa va fatta tra colpa specifica, che si ha ogniqualvolta il soggetto viola una norma cautelare impostagli direttamente dalla legge, regolamento, ordini o discipline, e la colpa generica, configurabile invece ogniqualvolta il soggetto abbia agito con negligenza, imprudenza o imperizia.⁸⁶

Il grado della colpa esprime la maggiore o minore rimproverabilità della violazione di regola cautelare. Mentre nella disciplina civilistica si usa lavorare con la bipartizione in colpa lieve e colpa grave, nella disciplina penalistica un'estensione analogica degli istituti civilistici che prevedono graduazioni dell'intensità della colpa, come il noto art. 2236c.c., non appare applicabile. Il codice penale impone al giudice ex art. 133 c.p. di valutare il grado della colpa, ma poi non definisce un limite di demarcazione tra i gradi, lasciando tale compito alla discrezionalità del giudice.⁸⁷ Il Codice Penale infatti non opera alcuna distinzione dei gradi di colpa, e li considera soltanto per quanto riguarda la commisurazione della pena.⁸⁸

⁸⁴ Alberto Cadoppi, Paolo Veneziani, Manuale di diritto penale, parte generale e parte speciale, terza edizione, Padova, 2007, Cedam, p. 327.

Forti, Seminara, Zuccalá, commentario breve al codice penale, edizione per prove concorsuali ed esami, Breviaria iuris fondati da G. Cian e A. Trabucchi, Milano, 2017, Cedam, p. 327, art. 43.

⁸⁵ F. Antolisei, Manuale di diritto penale, parte generale, sedicesima edizione aggiornata e integrata da L. Conti, Milano, 2003, Giuffrè, p. 378-379.

⁸⁶ Alberto Cadoppi, Paolo Veneziani, Manuale di diritto penale, parte generale e parte speciale, terza edizione, Padova, 2007, Cedam, p. 327.

⁸⁷ Alberto Cadoppi, Paolo Veneziani, Manuale di diritto penale, parte generale e parte speciale, terza edizione, Padova, 2007, Cedam, p. 335.

⁸⁸ Forti, Seminara, Zuccalá, commentario breve al codice penale, edizione per prove concorsuali ed esami, Breviaria iuris fondati da G. Cian e A. Trabucchi, Milano, 2017, Cedam, p. 330, art. 43.

VI. Il nesso di causalità

La necessità del nesso eziologico tra la condotta del soggetto e l'evento dannoso è regola fondamentale del nostro ordinamento e della logica comune, in quanto sarebbe assolutamente assurdo addebitare ad un soggetto un evento che la sua condotta non ha creato o almeno concorso a creare. La prova del nesso causale e il conseguente accertamento da parte del giudice è condizione necessaria per poter procedere alla valutazione dell'elemento soggettivo dell'illecito, cioè alla colpa o al dolo del danneggiante.

⁸⁹ La problematica dell'accertamento del nesso causale, come anche quella della colpa, viene risolta da giurisprudenza e dottrina applicando le regole enunciate dal codice penale, che disciplina compiutamente entrambi elementi.⁹⁰ Le teorie sul nesso causale sono tre, la prima delle quali è la teoria della *condicio sine qua non* sancita dall'art. 40 c.p., cioè del c.d. giudizio controfattuale. La condotta è pertanto causa dell'evento ogniqualvolta l'eliminazione della condotta porti alla non-realizzazione dell'evento, o in altre parole quando la condotta del soggetto è antecedente indispensabile per il realizzarsi dell'evento.⁹¹

Il problema principale della pura *condicio sine qua non* è che non permette una selezione degli antecedenti rilevanti, arrivando p.es. assurdamente ad addebitare l'omicidio ai genitori dell'assassino (regresso all'infinito). Sono pertanto stati sviluppati dei correttivi alla teoria condizionalistica. Il correttivo della causalità addizionale sancisce il cumulo di cause che cumulativamente hanno determinato l'evento lesivo, e la responsabilità di tutti i soggetti agenti.⁹² La causalità alternativa ipotetica invece sancisce la responsabilità di tutti i soggetti coinvolti se le loro azioni fossero comunque state da sole sufficienti a produrre l'evento lesivo.⁹³ La teoria della *condicio sine qua non* tuttavia, non selezionando in alcun modo le concause, e ritenendole

⁸⁹ Pasquale Fuschino, il risarcimento del danno, in *Le obbligazioni: diritto sostanziale e processuale*, a cura di Pasquale Fava, tomo I, Milano, 2008, Giuffrè, p. 792.

⁹⁰ Pasquale Fuschino, il risarcimento del danno, in *Le obbligazioni: diritto sostanziale e processuale*, a cura di Pasquale Fava, tomo I, Milano, 2008, Giuffrè, p. 793.

⁹¹ Alberto Cadoppi, Paolo Veneziani, *Manuale di diritto penale, parte generale e parte speciale*, terza edizione, Padova, 2007, Cedam, p. 223-224.

⁹² Filippo Curcuruto, dei fatti illeciti, in *La giurisprudenza sul codice civile, coordinata con la dottrina*, volume IV, a cura di Filippo Curcuruto e Saverio Ruperto, Milano, 2005, Giuffrè, p. 7814.

⁹³ Alberto Cadoppi, Paolo Veneziani, *Manuale di diritto penale, parte generale e parte speciale*, terza edizione, Padova, 2007, Cedam, p. 224-225.

semplicemente tutte rilevanti alla produzione dell'evento, estende eccessivamente l'ambito di applicazione. Per combattere questa problematica sono state concepite diverse teorie. La teoria della causalità adeguata introduce come ulteriore criterio di selezione l'adeguatezza dell'azione a causare l'evento secondo l'*id quod plerumque accidit*, cioè esclude l'imputabilità per eventi che rispetto all'azione del soggetto sono straordinari o atipici.⁹⁴ La teoria della causalità umana (Antolisei) riconduce nell'ambito delle condotte addebitabili al soggetto quelle che hanno avuto come risultato un evento dominabile dal soggetto, cioè rientranti nella "sfera di signoria" del soggetto. Il soggetto è autore del risultato la quale realizzazione poteva dominare, e perciò l'evento gli sarà imputabile.⁹⁵ Perciò il concorso di fatti eccezionali, non dominabili dall'uomo, andrà ad escludere l'imputabilità⁹⁶, tesi tra l'altro favorita dalla giurisprudenza civile per quanto riguarda il nesso causale.⁹⁷ L'art. 41 co 2 c.p. sancisce espressamente l'esclusione del rapporto di causalità nel caso di cause sopravvenute da sole sufficienti a produrre l'evento. Terza teoria da menzionare è la teoria dell'imputazione oggettiva del rischio (*objektive Zurechnungslehre*), che configura l'imputabilità dell'evento al soggetto se costui con la sua condotta ha approfondito un rischio disapprovato dall'ordinamento giuridico⁹⁸, e l'evento poi concretamente realizzatosi è la realizzazione di tale rischio illecito (se il rischio fosse accettato dall'ordinamento non sarebbe configurabile illecito, p. es. attività chirurgica).⁹⁹

Per stabilire se una determinata condotta è stata *condicio sine qua non* dell'evento è inoltre necessario spiegare la produzione dell'evento lesivo con ricorso a leggi scientifiche. Si usa distinguere a tal fine tra leggi scientifiche universali e leggi scientifiche statistiche, le prime essendo leggi per le quali non esistono eccezioni, le seconde invece leggi statistiche che prevedono la realizzazione dello stesso risultato

⁹⁴ Alberto Cadoppi, Paolo Veneziani, Manuale di diritto penale, parte generale e parte speciale, terza edizione, Padova, 2007, Cedam, p. 226.

⁹⁵ F. Antolisei, Manuale di diritto penale, parte generale, sedicesima edizione aggiornata e integrata da L.Conti, Milano, 2003, Giuffrè, p. 245-246.

⁹⁶ F. Antolisei, Manuale di diritto penale, parte generale, sedicesima edizione aggiornata e integrata da L.Conti, Milano, 2003, Giuffrè, p. 247.

⁹⁷ Maurizio Hazan, Daniela Zorzit, Assicurazione obbligatoria del medico e responsabilità sanitaria, Giuffrè, 2013, p. 463.

⁹⁸ Pasquale Fuschino, il risarcimento del danno, in Le obbligazioni: diritto sostanziale e processuale, a cura di Pasquale Fava, tomo I, Milano, 2008, Giuffrè, p. 794.

⁹⁹ Alberto Cadoppi, Paolo Veneziani, Manuale di diritto penale, parte generale e parte speciale, terza edizione, Padova, 2007, Cedam, p. 239.

sussequente alla stessa condotta in una certa percentuale di casi.¹⁰⁰ La causalità va distinta inoltre in causalità generica, consistente nella probabilità del collegamento tra due dati eventi in un dato periodo, in una data popolazione, e in causalità specifica che va analizzata con un giudizio ex ante, valutando tutte le circostanze concrete del caso. Infatti proprio dalla inidoneità *per definitionem* delle leggi statistiche a provare con certezza la genesi causale di un certo evento nasce la necessità di integrare tale prova con tutti gli elementi rilevanti del caso concreto.¹⁰¹ Nella nota sentenza Franzese¹⁰², tra l'altro più che pertinente in questo elaborato in quanto tratta proprio di un caso di responsabilità medica omissiva, la Cassazione ha confermato la necessità della sussunzione sotto leggi scientifiche per arrivare ad una spiegazione causale dell'evento che escluda ogni ragionevole dubbio, cioè con una probabilità statistica del quasi 100%, e ha inoltre sancito la necessità di un'alta probabilità non solo statistica, ritenuta da sola non sufficiente a provare il nesso condizionalistico richiesto, ma anche logica, e la possibilità per il giudice di ricorrere a massime di esperienza, arrivando così a realizzare la certezza processuale necessaria.¹⁰³ Qui giova menzionare la distinzione tra causalità scientifica, ravvisabile nella probabilità della causalità dal punto di vista scientifico, e la c.d. causalità giuridica, che come sancito nella sentenza Franzese deve ricomprendere più della mera causalità scientifica, aggiungendo le massime di esperienza e la probabilità logica.¹⁰⁴

La Cassazione¹⁰⁵, osservando che la disciplina penale per quanto riguarda il nesso di causalità orbita attorno alla figura del reo, mentre l'illecito civile ha come centro la figura del danneggiato¹⁰⁶, ha poi chiarito che i principi enunciati nella sentenza Franzese non sono integralmente applicabili alla responsabilità civile del medico/professionista, in quanto la causalità civile, non essendo aggravata dai principi costituzionali fondamentali

¹⁰⁰ Alberto Cadoppi, Paolo Veneziani, Manuale di diritto penale, parte generale e parte speciale, terza edizione, Padova, 2007, Cedam, p. 229.

¹⁰¹ Elisa Bucci, Nesso di causa nella responsabilità civile medica: la regola del più probabile che non, in Responsabilità civile, diretto da Paolo Cendon, volume secondo, responsabilità contrattuale, Vicenza, 2017, UTET, p. 2889-2890.

¹⁰² Cassazione Penale, Sez. un., 10.07.2002, n. 30328, in de jure.

¹⁰³ Riccardo Fresa, La colpa professionale in ambito sanitario, gennaio 2008, UTET, p. 29.

¹⁰⁴ Stefano Rossi, Oneri probatori e prova liberatoria nella responsabilità civile medica, in Responsabilità civile, diretto da Paolo Cendon, volume secondo, responsabilità contrattuale, Vicenza, 2017, UTET, p. 2926.

¹⁰⁵ Cassazione Civile, Sez III, 16.10.2007, n. 21619, in de jure.

¹⁰⁶ Maurizio Hazan, Daniela Zorzit, Assicurazione obbligatoria del medico e responsabilità sanitaria, Giuffré, 2013, p. 470.

che dominano il diritto penale¹⁰⁷, specialmente l'art. 27 Cost., non segue il criterio enunciato dalla sentenza Franzese, cioè quello della prova ogni ragionevole dubbio, ma secondo giurisprudenza costante della Cassazione¹⁰⁸ quello del “*più probabile che non*”.¹⁰⁹ Il diritto civile infatti, non essendo aggravato dalla presunzione di innocenza e dalla personalità della pena, conosce sia le presunzioni di responsabilità, sia la responsabilità oggettiva, e dunque non riscontra problemi nell'affermare la responsabilità del medico ove il paziente provi anche solo con leggi statistiche che il realizzarsi dell'evento lesivo sia derivato dalla condotta del medico in un'ottica del “*più probabile che non*” (standard della “*preponderanza dell'evidenza*”¹¹⁰), cioè di una probabilità statistica superiore al 50%.¹¹¹ Tale impostazione peraltro comporta un inversione dell'onere della prova, che secondo il principio generale spetterebbe all'attore, ma de facto grava sul medico, che dovrà provare l'esatto adempimento o la sopravvenienza di fatti esterni e a lui non imputabili.¹¹²

La distinzione tra causalità materiale e causalità giuridica, come sottocategorie del nesso di causalità, viene tradizionalmente adoperata dalla dottrina per distinguere, rispettivamente, il nesso tra la condotta e l'evento lesivo, e il nesso tra evento lesivo e danno prodotto.¹¹³

¹⁰⁷ Elisa Bucci, Nesso di causa nella responsabilità civile medica: la regola del più probabile che non, in Responsabilità civile, diretto da Paolo Cendon, volume secondo, responsabilità contrattuale, Vicenza, 2017, UTET, p. 2893.

¹⁰⁸ Cassazione Civile, Sez. III, 16.01.2009, n.975, in de jure.

¹⁰⁹ Mauro Sella, Le prove, in N. Todeschini, La responsabilità medica, 2016, UTET, p. 1153. Cassazione Civile, Sez. III, 18.06.2012, n. 9927, in de jure.

¹¹⁰ Stefano Rossi, Oneri probatori e prova liberatoria nella responsabilità civile medica, in Responsabilità civile, diretto da Paolo Cendon, volume secondo, responsabilità contrattuale, Vicenza, 2017, UTET, p. 2927.

¹¹¹ Elisa Bucci, Nesso di causa nella responsabilità civile medica: la regola del più probabile che non, in Responsabilità civile, diretto da Paolo Cendon, volume secondo, responsabilità contrattuale, Vicenza, 2017, UTET, p. 2895.
Cassazione Civile, Sez. Un., 11.01.2008, n. 581, in de jure.

¹¹² Elisa Bucci, Nesso di causa nella responsabilità civile medica: la regola del più probabile che non, in Responsabilità civile, diretto da Paolo Cendon, volume secondo, responsabilità contrattuale, Vicenza, 2017, UTET, p. 2896.

¹¹³ Ugo Carnevali, Giovanni Bonilini, Massimo Confortini, Codice della responsabilità civile e rc auto, 2015, UTET, p. 174.

Stefano Rossi, Oneri probatori e prova liberatoria nella responsabilità civile medica, in Responsabilità civile, diretto da Paolo Cendon, volume secondo, responsabilità contrattuale, Vicenza, 2017, UTET, p. 2928.

Si ritiene opportuno segnalare che il nesso di causalità fra condotta del professionista e evento dannoso, se accertato dal giudice con motivazione congrua e immune da vizi, è insindacabile in sede di legittimità.¹¹⁴

VII. Limitazione della responsabilità ex 2236 c.c.

Il regime speciale della colpa professionale, con forti vantaggi e privilegi per il professionista, si giustifica storicamente sia nella natura particolare dell'attività prestata, che richiede un elevato livello di discrezionalità non realizzabile senza i relativi esimenti per eventuali fallimenti, sia nell'appartenenza di gran parte dei professionisti al ceto borghese, e dunque alla classe sociale codificatrice.¹¹⁵ Simbolo classico del trattamento speciale riservato ai professionisti in materia è l'art. 2236 c.c., che sancisce che *“Se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o di colpa grave.”* La dottrina tradizionale individuava nell'art. 2236 c.c. il fondamento della qualificazione dell'obbligazione del prestatore d'opera intellettuale come di mezzi¹¹⁶, argomentando che tale articolo, escludendo la responsabilità del professionista ove questo non ha agito con dolo o colpa grave, implica che il professionista che diligentemente esegue la sua obbligazione non risponde del risultato prodotto, anche se addirittura nocivo per il cliente.¹¹⁷ Si usava in tale contesto distinguere tra le obbligazioni in di routine e di non routine, considerando le prime di (quasi) risultato, le seconde invece di mezzi. Tale distinzione è tuttavia criticabile sotto più aspetti, dal fatto che se si trattasse di obbligazioni di risultato non rilevarebbe affatto la diligenza del debitore, essendo per tali obbligazioni prevista come prova liberatoria solo il sopravvenire di cause di impossibilità

¹¹⁴ Cassazione Civile, Sez.III, 04.11.2002, n. 15404, in de jure.

¹¹⁵ G. Alpa – M. Bessone – V. Zeno-Zenovich: i fatti illeciti, in Trattato di diritto privato 14, tomo sesto, obbligazioni e contratti, diretto da Pietro Rescigno, Torino, 2006, UTET, p. 84.

¹¹⁶ Cassazione Civile, sez. II, 27.03.2006, n. 6967 in de jure.

¹¹⁷ Paolo Zatti, Manuale di diritto civile, terza edizione, Padova, 2007, CEDAM, p. 783.

della prestazione non imputabili al debitore ex art. 1256 c.c., alla situazione di speciale svantaggio che graverebbe sul creditore nel caso di pura obbligazione di mezzi, in quanto dovrebbe provare la colpa grave o la insussistenza della situazione di speciale difficoltà tecnica. Ormai la giurisprudenza¹¹⁸ sembra essersi discostata dallo schema delle obbligazioni di mezzi/risultato, interpretando l'art. 2236 c.c. come norma generale attenuante della responsabilità del professionista, sul quale graverà tuttavia l'onere di provare¹¹⁹ quel "*quid pluris*"¹²⁰, cioè la "[...] circostanza oggettiva ed eccezionale in cui la prestazione d'opera intellettuale implichi la soluzione di problemi [...]"¹²¹ inerenti alla prestazione di speciale difficoltà tecnica.¹²² L'esonero dalla responsabilità sancito dall'art. 2236 c.c. opera solo con riguardo all'imperizia¹²³, mentre il professionista risponderà anche per colpa lieve in caso di imprudenza e negligenza.¹²⁴ La casistica giurisprudenziale ha reso individuabili alcune figure sintomatiche dell'imperizia, cioè a) la mancanza delle conoscenze minime necessarie per chi esercita la professione sanitaria, b) l'ignoranza o inosservanza delle *leges artis*, che costituiscono il limite del rischio che l'ordinamento si accolla, e dunque se superate fanno cadere il medico nella zona non coperta, c) la mancanza di quel minimo di abilità nell'uso di mezzi manuali.¹²⁵

¹¹⁸ Cassazione Civile, sez. un. 30/10/2001 n. 13533.

¹¹⁹ Tribunale Lucca, 12/12/2016, n. 2578.

¹²⁰ Cassazione Civile, sez. II 23/04/2002 n. 5928.

¹²¹ Giovanna Visintini, Trattato breve della responsabilità civile, Fatti illeciti, inadempimento, danno risarcibile, Padova, 2005, Cedam. P. 277.

¹²² Anna Paola Ugas, Commentario del codice civile, Enrico Gabrielli, Torino, 2014, Wolters Kluwer, p.

880.

¹²³ Maurizio Hazan, Daniela Zorzit, Assicurazione obbligatoria del medico e responsabilità sanitaria, Giuffrè, 2013, p. 416.

¹²⁴ Cassazione Civile, sez. III, 19.05.1999, n. 4852, in de jure.

¹²⁵ Gianfranco Iadecola, Marco Bona, La responsabilità dei medici e delle strutture sanitarie, profili penali e civili, Milano, 2009, Giuffrè, p. 74.

VIII. La responsabilità contrattuale

La responsabilità civile ricomprende tutte le forme di responsabilità nascenti dalla realizzazione di un danno illecito, extracontrattuale e contrattuale, regolando le ipotesi e i modi in cui l'autore del danno sarà tenuto al risarcimento.¹²⁶ In generale si può affermare che se un soggetto non adempie un obbligo specifico, vi sarà responsabilità contrattuale, mentre se non adempie ai principi generali di buona condotta e viola con ciò il principio fondamentale del *neminem laedere*, incorrerà nella responsabilità extracontrattuale.¹²⁷ La problematica nascente dalla responsabilità contrattuale per violazione dei c.d. obblighi di protezione, cioè di obblighi derivanti dalla legge, costituenti elementi integranti del contratto, che come obblighi generici seguendo la distinzione tradizionale dovrebbero, se violati, far sorgere responsabilità aquiliana, può essere risolta modificando la distinzione tra responsabilità contrattuale e extracontrattuale, rimettendo il tutto alla qualificazione soggettiva dei soggetti coinvolti e configurando la responsabilità contrattuale in casi ove i soggetti sono entrati in contatto e sussiste un accordo, e la responsabilità extracontrattuale nel caso di una condotta antigiuridica realizzata tra soggetti tra i quali non intercorre alcun accordo.¹²⁸ Gli artt. 1218 c.c. ss. regolano la responsabilità contrattuale, cioè la responsabilità nascente dall'inadempimento contrattuale. Per i professionisti la chiave di valutazione per l'eventuale inadempimento va individuata nell'art. 1176 comma 2 c.c., essendo la diligenza richiesta per non incorrere nella responsabilità professionale un elemento di valutazione variabile, modificabile con riguardo alla natura dell'attività svolta. La responsabilità contrattuale nasce dalla violazione di un accordo contrattuale, avente forza di legge tra le parti ex art. 1372 c.c., connettendo il risarcimento, istituto fondamentale del nostro ordinamento con funzione sia sanzionatoria (ove non ci si trova dinanzi a responsabilità oggettiva) che

¹²⁶ Giovanna Visintini, inadempimento e mora del debitore, in *Il codice civile, commentario fondato da Piero Schlesinger, diretto da Francesco D. Busanelli*, seconda edizione, Milano, 2006, Giuffrè, p. 28.

¹²⁷ Luigi Viola, in *Il contratto, validità, inadempimento, risarcimento*, a cura di Luigi Viola, tomo primo, Padova, 2009, CEDAM, p. 1112.

¹²⁸ Luigi Viola, in *Il contratto, validità, inadempimento, risarcimento*, a cura di Luigi Viola, tomo primo, Padova, 2009, CEDAM, p.1113,1114.

ripristinatoria¹²⁹, all'inadempimento degli obblighi assunti.¹³⁰ L'imputabilità dell'inadempimento richiede un grado minimo di rimproverabilità, individuabile nella colpa lieve, poiché l'art. 1218 c.c. esclude la responsabilità ove l'inadempimento sia stato determinato da evento non imputabile al debitore. L'inadempimento è di conseguenza ogni mancata o inesatta prestazione dovuta dal debitore e imputabile a quest'ultimo. Nella responsabilità professionale, come già elaborato, ci troviamo di regola di fronte a un'obbligazione di mezzi, nella quale l'adempimento ha come oggetto non un determinato risultato materiale, ma un comportamento del soggetto conforme alle *leges artis* e alle best practices ex art. 1176 comma 2 c.c., non potendo e dovendo il prestatore d'opera intellettuale garantire il conseguimento del risultato sperato. L'esonero della responsabilità del debitore contemplata dall'art. 1256 c.c. prevede l'irresponsabilità del debitore se la prestazione diviene ineseguibile per un fatto esterno, cioè a lui non imputabile. È da notare che l'impossibilità in tal caso è un concetto relativo, non necessariamente limitato alla impossibilità giuridica o materiale, ma da valutare avendo riguardo alla complessa dinamica del concreto rapporto giuridico intercorrente tra le parti.¹³¹ In questo ambito si collocano le due teorie della natura dell'inadempimento contrattuale. I sostenitori della teoria oggettiva infatti sostengono che, verificatosi l'inadempimento, il debitore sarà sempre tenuto al risarcimento, a prescindere dalla propria colpa, in quanto l'impossibilità della prestazione dovrebbe essere oggettivamente impossibile, a prescindere dallo stato soggettivo del debitore. Sarà fondamento dell'obbligazione dunque non l'inadempimento imputabile, ma il semplice inadempimento.¹³² Verrebbero di conseguenza imputati al debitore non già tutti i danni derivanti da una sua inadempienza colposa, ma tutti gli inadempimenti non causati da impossibilità assoluta e oggettiva. Tale tesi tuttavia sarebbe applicabile solo alle obbligazioni di dare, in quanto per le obbligazioni di fare sarebbe comunque da accertare l'elemento soggettivo.¹³³ Tesi opposta, e a mio avviso più condivisibile, è quella

¹²⁹ Francesco Maria Bernicchi, Funzione della responsabilità civile, in Responsabilità civile, diretto da Paolo Cendon, volume primo, Vicenza, 2017, UTET, p. 5,6,7.

¹³⁰ Luigi Viola, in Il contratto, validità, inadempimento, risarcimento, a cura di Luigi Viola, tomo primo, Padova, 2009, CEDAM, p. 1113.

¹³¹ Vincenzo Ianni, gli artt. 1218 e 1229 c.c., in Responsabilità civile, diretto da Paolo Cendon, volume secondo, responsabilità contrattuale, Vicenza, 2017, UTET, p. 1383.

¹³² Maurizio Iacono Quarantino, La responsabilità per l'inadempimento, in Le obbligazioni: diritto sostanziale e processuale, a cura di Pasquale Fava, tomo I, Milano, 2008, Giuffrè, p. 710.

¹³³ Maurizio Iacono Quarantino, La responsabilità per l'inadempimento, in Le obbligazioni: diritto sostanziale e processuale, a cura di Pasquale Fava, tomo I, Milano, 2008, Giuffrè, p. 711.

del fondamento soggettivo dell'inadempimento, che rimette alla colpa, intesa come mancanza della diligenza richiesta ex 1176 c.c., come criterio generale per l'individuazione dell'inadempimento del debitore. L'integrazione dell'art. 1176 c.c. nella funzione dell'art. 1218 c.c. crea una nozione di inadempimento sorretta dal principio di colpevolezza, esonerando il debitore dalla responsabilità over questo si sia comportato diligentemente nel tentativo di realizzare l'interesse del creditore, diligenza come detto scalata a seconda della qualifica del debitore.¹³⁴

A. Regime dell'onere probatorio

Onus probandi ei incumbit qui agit, non qui negat

La regola generale dell'onere della prova è sancita dall'art. 2697 c.c., che prevede che chi vuole agire in giudizio per far valere un suo diritto deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento. Tale disposizione viene poi integrata con le diverse norme che disciplinano certi rapporti, potendo esse prevedere anche regimi diversi da quello generale. Sull'attore grava l'onere di provare i fatti costitutivi del suo diritto, mentre sul convenuto grava l'onere di provare i fatti estintivi, impeditivi e modificativi del diritto.¹³⁵ Il regime dell'onere probatorio nella responsabilità contrattuale ex art. 1218 c.c. è decisamente più favorevole per il creditore. Infatti il soggetto leso dovrà provare solo l'esistenza dell'obbligazione, il pregiudizio arrecatogli dalla condotta del debitore, e il nesso causale. Cade invece sul convenuto, sia esso la struttura sanitaria o il medico dipendente, provare l'assenza della colpa, che è prevista dall'art. 1218 c.c. come presunzione *iuris tantum*, de facto allegando fatti impeditivi esterni o comunque non imputabili al convenuto e dimostrando il rispetto delle linee guida e *leges artis*, e eventualmente l'applicabilità

¹³⁴ Maurizio Iacono Quarantino, La responsabilità per l'inadempimento, in *Le obbligazioni: diritto sostanziale e processuale*, a cura di Pasquale Fava, tomo I, Milano, 2008, Giuffrè, p. 715-716.

¹³⁵ Galgano Francesco, *Trattato di diritto civile* 2014, edizione terza, 2014, Cedam, p. 966.

dell'art. 2236 c.c. dimostrando che si trattava di obbligazione comportante la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà.¹³⁶ Nell'ambito delle prestazioni del medico la Cassazione ha sancito la necessità di differenziare tra interventi di routine e interventi di alta complessità, essendo nel primo caso sufficiente per il paziente provare la natura routinaria dell'intervento, e graverà sul medico l'onere di provare che l'esito negativo non è dipeso da negligenza o imprudenza, mentre nella seconda ipotesi il medico potrà limitarsi a provare la speciale difficoltà tecnica dell'intervento, e sarà poi onere dell'attore provare le modalità di esecuzione inadeguate.¹³⁷ La distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato, in ogni caso ormai superata nell'ambito della responsabilità professionale¹³⁸, è comunque irrilevante, in quanto l'onere della prova rimane identico.¹³⁹ Nel rapporto tra debitore e creditore si può in certi casi manifestare la c.d. inversione dell'onere probatorio, istituto discendente dal principio di buona fede e correttezza vigente tra le parti, che pone a carico della parte più vicina alla prova l'onere di provarlo. Si tratta del c.d. principio di vicinanza¹⁴⁰ della prova.¹⁴¹ E 'da notare tuttavia che tale principio, creato dalla giurisprudenza sul fondamento normativo costituzionale dell'art. 24 Cost. che vieta interpretazioni della legge tali da renderne impossibile l'esercizio¹⁴², non comporta automaticamente l'inversione dell'onere della prova ogniqualvolta si tratti di provare fatti negativi¹⁴³, in quanto la giurisprudenza consolidata conferma che tale prova è comunque a carico di colui che vanta il diritto, ed è da provare col fatto positivo contrario, anche per mezzo di presunzioni. Per quanto riguarda la responsabilità civile medica e in generale la responsabilità professionale è da segnalare che il rapporto chiaramente sbilanciato tra le parti, con chiara posizione di vantaggio per il professionista, ha indotto la giurisprudenza costante ad attribuire a quest'ultimo, applicando il principio della vicinanza della prova,

¹³⁶ Alessandro Farolfi, Le riforme legislative: dalla legge Balduzzi alla legge Gelli sulla responsabilità professionale, in *Responsabilità civile*, diretto da Paolo Cendon, volume secondo, responsabilità contrattuale, Vicenza, 2017, UTET, p. 2870.

¹³⁷ Cassazione Civile, Sez. III, 04.02.1998, n. 1127, in de jure.

¹³⁸ Stefano Rossi, Oneri probatori e prova liberatoria nella responsabilità civile medica, in *Responsabilità civile*, diretto da Paolo Cendon, volume secondo, responsabilità contrattuale, Vicenza, 2017, UTET, p. 2911.

¹³⁹ Mauro Sella, Le prove, in N. Todeschini, *La responsabilità medica*, 2016, UTET, p. 1156.

¹⁴⁰ Tribunale Roma, sezione XIII, 01.03.2017, n.4169, in de jure.

¹⁴¹ Galgano Francesco, *Trattato di diritto civile* 2014, edizione terza, 2014, Cedam, p. 968.

¹⁴² Stefano Rossi, Oneri probatori e prova liberatoria nella responsabilità civile medica, in *Responsabilità civile*, diretto da Paolo Cendon, volume secondo, responsabilità contrattuale, Vicenza, 2017, UTET, p. 2918.

¹⁴³ Cassazione Civile, Sez. III, 11.01.2007, n. 384, in de jure.

l'onere della prova di tutti i fatti nella sua sfera d'azione.¹⁴⁴ Infatti ove il paziente lamenti l'inesatto adempimento, sarà al medico provare l'esatto adempimento se vuole sfuggire alla condanna, poiché in assenza di tale prova liberatoria l'inadempimento sarà presunto.¹⁴⁵ I fatti vanno provati con specifici mezzi di prova, quali la prova documentale, la prova testimoniale, la confessione, il giuramento e le presunzioni, e vengono valutate liberamente dal giudice.¹⁴⁶

B. Prescrizione ex art. 2946 c.c.

La prescrizione per obbligazioni nascenti da contratto o da atti unilaterali è di regola quella ordinaria di 10 anni ex art. 2946 c.c., “*salvi i casi in cui la legge dispone diversamente.*”. Come ipotesi di prescrizione ultradecennale si segnala la prescrizione di diritti di godimento, mentre per quanto riguarda i termini di prescrizione infradecennali si rimanda agli artt. 2947-2953 c.c. Non sono cumulabili ipotesi di prescrizione speciale e di prescrizione ordinaria, tuttavia è pacificamente ammesso che se da un'azione deriva sia responsabilità contrattuale che responsabilità extracontrattuale, le azioni sono cumulabili e la prescrizione di una delle azioni non pregiudica l'esperimento della seconda.¹⁴⁷ L'individuazione del *dies a quo* della prescrizione ordinaria è rimessa “*al giorno in cui il diritto può essere fatto valere*” ex art. 2935 c.c.. Il termine dunque non decorre dalla realizzazione del fatto *contra ius*, ma dal momento in cui è possibile agire per eliminarlo. Si tratta del c.d. principio della realizzazione.¹⁴⁸ Nel tema di risarcimento

¹⁴⁴ Stefano Rossi, *Oneri probatori e prova liberatoria nella responsabilità civile medica*, in *Responsabilità civile*, diretto da Paolo Cendon, volume secondo, responsabilità contrattuale, Vicenza, 2017, UTET, p. 2919.

¹⁴⁵ Stefano Rossi, *Oneri probatori e prova liberatoria nella responsabilità civile medica*, in *Responsabilità civile*, diretto da Paolo Cendon, volume secondo, responsabilità contrattuale, Vicenza, 2017, UTET, p. 2920.

Cassazione Civile, Sez. un., 11.01.2008, n. 577, in *de jure*.

¹⁴⁶ Galgano Francesco, *Trattato di diritto civile 2014*, edizione terza, 2014, Cedam, p. 969.

¹⁴⁷ Paolo Cendon, *Commentario al codice civile*, artt. 2907-2969, Milano, 2008, Giuffrè, p. 554-556, art. 2946.

¹⁴⁸ Paolo Cendon, *Commentario al codice civile*, artt. 2907-2969, Milano, 2008, Giuffrè, p. 428, art. 2935.

del danno il *dies a quo* decorre dal momento in cui il danno si è verificato, e non dal momento in cui è stato posto in essere il comportamento illecito.¹⁴⁹

Breve menzione merita la prescrizione presuntiva ex art. 2945 c.c. ss., e specialmente l'art. 2956 c.c., che disciplina il termine di prescrizione presuntiva per i professionisti. La prescrizione presuntiva, a differenza della prescrizione estintiva, non estingue il diritto del soggetto, ma crea una presunzione di avvenuto pagamento, fondata sull'uso di pagare immediatamente certe obbligazioni, che introduce una presunzione *iuris tantum* a carico del professionista, che ha solo il mezzo del giuramento della controparte, e la conseguente azione per falso giuramento, per dimostrare l'esistenza del suo credito. La prescrizione presuntiva per il prestatore d'opera intellettuale è di 3 anni.¹⁵⁰

C. Danno risarcibile

Il fondamento della risarcibilità del danno per violazione della responsabilità contrattuale è da individuare nell'art. 1223 c.c., che sancisce “*Il risarcimento del danno per l'inadempimento o per il ritardo deve comprendere così la perdita subita dal creditore come il mancato guadagno, in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta.*” Sarà dunque da risarcire sia il *damnum emergens*, sia il *lucrum cessans*. Per quanto riguarda il danno emergente, che consiste in ogni perdita di utilità già presenti nel patrimonio del danneggiato¹⁵¹, nel caso di difformità della prestazione, il danno da risarcire sarà da calcolare valutando il valore residuale tra la prestazione effettivamente effettuata e la prestazione concordata.¹⁵² Il lucro cessante invece va individuato nel venir meno di un guadagno a causa dell'inadempimento. Per rendere risarcibile il lucro cessante

¹⁴⁹ Paolo Cendon, Commentario al codice civile, artt. 2907-2969, Milano, 2008, Giuffrè, p. 432, art. 2935.

¹⁵⁰ Paolo Cendon, Commentario al codice civile, artt. 2907-2969, Milano, 2008, Giuffrè, p. 697, art. 2956.

¹⁵¹ Simona Falsaca, Manuela Rinaldi, Danni patrimoniali, in *La prova e il quantum*, tomo 1, a cura di Paolo Cendon, Dicembre 2013, UTET, p. 11.

¹⁵² Vincenzo Ianni, gli artt. 1218 e 1229 c.c., in *Responsabilità civile*, diretto da Paolo Cendon, volume secondo, responsabilità contrattuale, Vicenza, 2017, UTET, p. 1391.

è necessario provare che l'evento favorevole si sarebbe prodotto con ragionevole certezza.¹⁵³ In questo ambito si colloca poi anche la c.d. perdita di chance¹⁵⁴, cioè il venir meno di una possibilità concreta per il creditore di realizzare un'utilità. È da notare che non vi è unanimità per quanto riguarda la collocazione della perdita di chance, in quanto c'è chi sostiene che si tratti di una forma di lucro cessante, ma non manca chi invece opta per la qualifica come danno emergente. Conseguenza della diversa classificazione è un diverso onere probatorio, in quanto se si tratta di danno emergente sarà da provare solo la maggiore o minore probabilità dell'evento favorevole, mentre ove si qualifica il tutto come lucro cessante sarà da provare con ragionevole certezza che senza l'illecito contrattuale/extracontrattuale si sarebbe realizzata la chance, e poi la minore o maggiore probabilità che dalla chance sarebbe sorta un'utilità per il danneggiato.¹⁵⁵ Saranno poi inoltre risarcibili i danni non patrimoniali in quanto derivanti dalla lesione di un bene costituzionalmente protetto.¹⁵⁶ L'art. 1225 c.c., peraltro rilevabile d'ufficio¹⁵⁷, nel codificare il brocardo latino *quis ex culpa sua damnum sentit, non intellegitur damnum sentire*¹⁵⁸, delimita il risarcimento del danno, ove non cagionato dolosamente, al danno prevedibile nel tempo in cui è sorta l'obbligazione, mentre l'art. 1227, nel codificare la locuzione latina "*Quod quis ex sua culpa damnum sentit, damnum sentire non videtur*", disciplina il concorso colposo¹⁵⁹ del creditore, escludendo la risarcibilità di danni che avrebbero potuto essere evitati se il creditore avesse agito con l'ordinaria diligenza. Se invece dall'illecito deriva causalmente un vantaggio per il danneggiato, tale vantaggio va compensato con il danno prodotto, onde evitare un arricchimento del creditore. Si tratta della c.d. *compensatio lucri cum danno*.¹⁶⁰ La *compensatio lucri cum danno*¹⁶¹ è tuttavia discussa in dottrina, poiché ne manca il fondamento normativo esplicito. Mentre la ratio

¹⁵³ Simona Falsaca, Manuela Rinaldi, Danni patrimoniali, in *La prova e il quantum*, tomo 1, a cura di Paolo Cendon, Dicembre 2013, UTET, p. 11.

¹⁵⁴ Tribunale Pisa, 08.08.2017, n. 1004, in de jure.

¹⁵⁵ Simona Falsaca, Manuela Rinaldi, Danni patrimoniali, in *La prova e il quantum*, tomo 1, a cura di Paolo Cendon, Dicembre 2013, UTET, p. 13-15.

¹⁵⁶ Vincenzo Ianni, gli artt. 1218 e 1229 c.c., in *Responsabilità civile*, diretto da Paolo Cendon, volume secondo, responsabilità contrattuale, Vicenza, 2017, UTET, p. 1392.

¹⁵⁷ Tribunale Monza, Sez. I, 30.11.2015, n. 2973, in de jure.

¹⁵⁸ Pasquale Fuschino, il risarcimento del danno, in *Le obbligazioni: diritto sostanziale e processuale*, a cura di Pasquale Fava, tomo I, Milano, 2008, Giuffrè, p. 800.

¹⁵⁹ Cassazione Civile, Sez. III, 27.07.2015, n. 15750, in de jure.

¹⁶⁰ Simona Falsaca, Manuela Rinaldi, Danni patrimoniali, in *La prova e il quantum*, tomo 1, a cura di Paolo Cendon, Dicembre 2013, UTET, p. 19.

¹⁶¹ Filippo Curcuruto, dei fatti illeciti, in *La giurisprudenza sul codice civile, coordinata con la dottrina*, volume IV, a cura di Filippo Curcuruto e Saverio Ruperto, Milano, 2005, Giuffrè, p. 7816.

dell'istituto può essere individuata nel principio generale del divieto di arricchimento senza causa, una norma regolatrice viene individuata da dottrina e giurisprudenza solo nell'art. 1223 c.c. in quanto prevede *solo* il risarcimento del danno e nient'altro. Tale piuttosto debole fondamento ha sicuramente contribuito alla eliminazione de facto dell'istituto in questione, poiché sia dottrina che giurisprudenza hanno elaborato un sistema di limiti che lo rende nella prassi mai utilizzabile. Esempio di una *compensatio lucri cum danno* ammessa dalla giurisprudenza è quella del lavoratore licenziato illegittimamente che svolge altra attività lavorativa.¹⁶²

D. I tipi di danni risarcibili

I danni risarcibili, sia per illecito aquiliano, sia per illecito contrattuale, sono suddivisi in danni patrimoniali e danni non patrimoniali, a loro volta poi specificati con le relative sottocategorie.

1. Il danno patrimoniale

Il danno patrimoniale veniva originariamente individuato semplicemente nella differenza negativa¹⁶³ del patrimonio del soggetto danneggiato, con conseguenziale risarcimento in denaro al fine di eliminare tale differenza. Si tratta della c.d. "*Differenztheorie*"¹⁶⁴

¹⁶² Pasquale Fuschino, il risarcimento del danno, in *Le obbligazioni: diritto sostanziale e processuale*, a cura di Pasquale Fava, tomo I, Milano, 2008, Giuffrè, p. 804.

¹⁶³ Andrea Torrente, Piero Schlesinger, *Manuale di diritto privato*, XXII edizione, a cura di Franco Anelli e Carlo Granelli, Milano, 2015, Giuffrè, p. 946.

¹⁶⁴ Rocco Favale, *La responsabilità civile del professionista forense*, Padova, 2011, Cedam, p. 196.

elaborata da Friedrich Mommsen.¹⁶⁵ Questo sistema viene completato dalla previsione della reintegrazione sostanziale in forma specifica ex art. 2058 c.c., che mira a sanare il pregiudizio arrecato all'individuo dall'altrui comportamento illecito.¹⁶⁶ Come già elaborato il danno patrimoniale si divide in danno emergente e lucro cessante. La figura del danno emergente ricomprende anche il danno emergente futuro, da tener ben distinto dal lucro cessante. Si ha danno emergente futuro ogniqualvolta dall'illecito scaturiscano spese future, p.es. una protesi che sarà da sostituire ogni tot di anni. Per evitare locupletazioni del danneggiato tale risarcimento va tuttavia adeguato all'inflazione e alla redditività presumibilmente realizzabile nel periodo intercorrente tra danno e spesa futura.¹⁶⁷

2. Il danno non patrimoniale

In via generale si può affermare che danno non patrimoniale è tutto ciò che, pur essendo danno, non è danno patrimoniale. Tale definizione generale va poi tuttavia adeguata per renderla compatibile col precetto vigente. Il danno non patrimoniale, che trova il suo fondamento nell'art. 2059 c.c., veniva originariamente interpretato restrittivamente, applicandolo solo alle ipotesi di danno derivante da violazione del precetto penale, sancendo la norma in questione la risarcibilità del danno non patrimoniale solo nei casi previsti dalla legge, dunque secondo la tesi più restrittiva¹⁶⁸ solo per l'ipotesi contemplata dal secondo comma art. 185 c.p., che fa nascere in capo al reo l'obbligo di risarcire sia danni patrimoniali, che non patrimoniali. È da notare che entrambi i codici (Rocco 1931, Civile 1942) precedono la costituzione repubblicana del 1946, e di conseguenza ne

¹⁶⁵ Simona Falsaca, Manuela Rinaldi, Danni patrimoniali, in *La prova e il quantum*, tomo 1, a cura di Paolo Cendon, Dicembre 2013, UTET, p. 4.

¹⁶⁶ Aldo Carnevale, Generoso Scarano, il danno alla persona, Maggio 2010, CEDAM, p. 61.

¹⁶⁷ Roberta Annaratone, Il danno emergente, in *La prova e il quantum*, tomo 1, a cura di Paolo Cendon, Dicembre 2013, UTET, p. 28-29.

¹⁶⁸ Andrea Torrente, Piero Schlesinger, *Manuale di diritto privato*, XXII edizione, a cura di Franco Anelli e Carlo Granelli, Milano, 2015, Giuffrè, p. 948.

ignorano i principi e valori, fatto deducibile chiaramente anche dalla relazione del portasigilli del 1941¹⁶⁹, rendendo necessaria una lettura costituzionalmente adeguata delle norme in questione.¹⁷⁰ Tale impostazione è poi stata superata con le prime decisioni della Consulta, che andando a creare la definizione tradizionale estensiva, aveva integrato la lettura restrittiva con l'estensione della tutela ai danni derivanti dalla lesione di posizioni soggettive direttamente tutelate dalla costituzione.¹⁷¹ Ormai, anche se parte della dottrina rimane tuttora fedele alla definizione restrittiva¹⁷², si è arrivati alla definizione del danno non patrimoniale come illecito atipico, risarcibile ogniquale volta sia stato leso un bene personale costituzionalmente¹⁷³ protetto adeguatamente consolidato¹⁷⁴, e dunque sganciato dal corsetto dell'art. 185 co 2 c.p., in quanto il rinvio operato dall'art. 2059 c.c. viene oggi interpretato come rinvio non solo alla legge penale, ma anche ai valori costituzionalmente protetti.¹⁷⁵ Si è con ciò tornati al sistema bipolare, ri-includendo il danno biologico nel danno non patrimoniale, mentre prima per risarcire il danno biologico si ricorreva ad una forzatura di un *tertium genus* di danno.¹⁷⁶ Il danno non patrimoniale, pur trattandosi di un concetto unico¹⁷⁷ disciplinato dall'art. 2059 c.c.¹⁷⁸, viene dalla dottrina suddiviso in tre categorie: danno morale, biologico e esistenziale.

¹⁶⁹ <http://www.brocardi.it/codice-civile/libro-quarto/titolo-ix/art2059.html?q=2059+cc&area=codici>
11.12.2017.

¹⁷⁰ Giovanni Battista Petti, il risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale della persona, il diritto attuale n33, Torino, 1999, UTET, p.29-30.

¹⁷¹ Giovanni Battista Petti, il risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale della persona, il diritto attuale n33, Torino, 1999, UTET, p. 31.

¹⁷² Giuseppe Cassano, la giurisprudenza del danno esistenziale, 2002, CasaEditriceLaTribuna, p. 33.

¹⁷³ Aldo Carnevale, Generoso Scarano, il danno alla persona, Maggio 2010, CEDAM, p. 58.

¹⁷⁴ Pasquale Fava, la rivitalizzazione costituzionalmente orientata del rapporto obbligatorio, gli orientamenti della giurisprudenza costituzionale, di quella di legittimità e della scienza giuridica italiana, in Le obbligazioni: diritto sostanziale e processuale, a cura di Pasquale Fava, tomo I, Milano, 2008, Giuffrè, p. 212.

¹⁷⁵ Filippo Curcuruto, dei fatti illeciti, in La giurisprudenza sul codice civile, coordinata con la dottrina, volume IV, a cura di Filippo Curcuruto e Saverio Ruperto, Milano, 2005, Giuffrè, p. 7946.

¹⁷⁶ Aldo Carnevale, Generoso Scarano, il danno alla persona, Maggio 2010, CEDAM, p. 58.

¹⁷⁷ Cassazione Civile. Sez. un., 11.11.2008, n. 26972.

Giuseppe Cassano, La responsabilità civile, con ampio formulario e giurisprudenza sul nuovo danno non patrimoniale, Milano, 2012, Giuffrè, p. 614-616.

¹⁷⁸ Cassazione Civile, Sez. III, n. 8827 e n. 8828, 31 maggio 2003: superata la tripartizione in danno patrimoniale, danno non patrimoniale (solo danno morale) e danno biologico.

a) *Il danno morale (pretium doloris)*

Il danno morale, come figura contrapposta al danno patrimoniale pacificamente e agevolmente risarcibile ex art. 2043 c.c., spesso descritto con una definizione meramente negativa, cioè includendo tutto ciò che non è danno patrimoniale, è individuabile nelle sofferenze morali che colpiscono una persona come conseguenza di un illecito.¹⁷⁹ La Corte Costituzionale lo ha definito come “*danno morale subiettivo*” o anche “*sofferenza interiore*”¹⁸⁰, consistente in un “*transeunte turbamento psicologico*”¹⁸¹, risarcibile come c.d. *pretium doloris* tradizionalmente se la sofferenza è derivata da reato, tesi ormai superflua poiché il danno non patrimoniale è omnicomprensivo, e sganciato dalla sola rilevanza in casi di reato.¹⁸²

b) *Il danno biologico*

La Corte Costituzionale, con la storica sentenza 184/1986, ha aperto lo schema dualistico e estremamente restrittivo vigente all’epoca, che consentiva il risarcimento del danno non patrimoniale solo in caso di danno morale soggettivo, creando la figura del danno biologico, ossia del danno consistente nella lesione dell’integrità psico-fisica della persona. Siccome a quell’epoca la lettura dell’art. 2059 c.c. non permetteva la configurabilità del danno biologico, si ricorreva come fondamento normativo all’art. 2043 c.c. in combinazione con il disposto degli artt. seguenti e dell’art. 32 Cost, che tutela la salute, andando così a creare un sistema tripartito di risarcibilità del danno.¹⁸³ Il danno biologico viene definito dagli artt. 138 e 139 c. ass. (d.lg. 7 settembre 2005, n. 209) come

¹⁷⁹ Renato Scognamiglio, *responsabilità civile e danno*, Torino, 2000, Giappichelli, p. 356.

¹⁸⁰ Cass. S.U.11.11.2008, n26972-26975.

¹⁸¹ Corte Costituzionale, 14 luglio 1986, n. 184.

¹⁸² Tribunale Napoli, 01.03.2005, in de jure.

¹⁸³ Paolo Cendon, Rita Rossi, *Danni non patrimoniali*, in *Commentario del codice civile, dei fatti illeciti*, diretto da Enrico Gabrielli, a cura di Ugo Carnevali, art. 2044-2059, Milano, 2011, UTET, p. 683-685.

lesione temporanea o permanente all'integrità psico-fisica della persona suscettibile di accertamento medico-legale¹⁸⁴ che esplica un'incidenza *in pejus* sulle attività quotidiane e sugli aspetti dinamico-relazionali della vita del danneggiato, indipendentemente (prima degli anni 70 il danno biologico era riconosciuto solo nella forma di lesione della produttività e conseguente mancanza di reddito del soggetto¹⁸⁵) da eventuali ripercussioni sulla sua capacità di produrre reddito.¹⁸⁶ Gli artt. *supra* menzionati contengono inoltre le tabelle per la valutazione del danno biologico per le c.d. microlesioni (patologia invalidante sino al 9%) conseguente l'esercizio della professione medica.¹⁸⁷

c) *Il danno esistenziale*

Il danno esistenziale può essere visto come una figura di chiusura, per lungo tempo ritenuta un *tertium genus* di responsabilità civile riconducibile nell'ambito di operatività dell'art. 2043 c.c., ed oggi invece ricondotta nell'ambito dell'art. 2059 c.c.¹⁸⁸, che da un lato ricomprende il danno riconducibile oggi al danno biologico, cioè il danno "esistenziale-biologico" che incide negativamente sulle attività quotidiane del soggetto leso, dall'altra i pregiudizi arrecati al soggetto senza lesione della salute (bene costituzionalmente protetto ex art. 32 Cost).¹⁸⁹ Definito dalla Cassazione "[...] ogni pregiudizio provocato sul fare areddittuale del soggetto [...]"¹⁹⁰, si ha danno esistenziale nelle ipotesi di peggioramento della situazione di vita, delle abitudini, delle attività realizzatrici della personalità e in generale del fare areddittuale del soggetto, cioè

¹⁸⁴ Cassazione Civile, sez. un., 24.03.2006, n. 6572 in de jure.

¹⁸⁵ Antonello Negro, Il danno biologico, in N. Todeschini, La responsabilità medica, 2016, UTET, p. 39

¹⁸⁶ Antonello Negro, il danno alla persona, vecchi e nuovi modelli risarcitori, in La responsabilità civile, i danni esistenziali, Paolo Russo, Febbraio 2014, UTET, p. 10.

¹⁸⁷ Alessandro Farolfi, Le riforme legislative: dalla legge Balduzzi alla legge Gelli sulla responsabilità professionale, in Responsabilità civile, diretto da Paolo Cendon, volume secondo, responsabilità contrattuale, Vicenza, 2017, UTET, p. 2872.

¹⁸⁸ Paolo Cendon, il risarcimento del danno esistenziale nel sistema di tutela della persona, in Studi in onore di Piero Schlesinger, tomo III, Milano, 2004, Giuffrè, p. 2084.

¹⁸⁹ Antonello Negro, il danno alla persona, vecchi e nuovi modelli risarcitori, in La responsabilità civile, i danni esistenziali, Paolo Russo, Febbraio 2014, UTET, p. 11-13.

¹⁹⁰ Cassazione Civile, sez. un., 24.03.2006, n. 6572 in de jure.

ogniqualevolta risulti leso un interesse/valore costituzionalmente protetto diverso dalla salute.¹⁹¹

Il danno non patrimoniale costituisce danno conseguenza¹⁹², non danno evento e ancor meno danno in re ipsa, e dovrà dunque essere allegato e provato.¹⁹³ Per quanto riguarda la valutazione in concreto sia del danno morale che del danno biologico, la giurisprudenza, chiamata a valutarlo con un giudizio equativo¹⁹⁴, si aiuta con delle tabelle, tuttavia diverse, a parte quella delle micropermanenti *supra* menzionata, nei vari distretti giudiziari, con conseguente mancanza di unicità nel risarcimento a livello nazionale, soprattutto perché le tabelle non vengono sindacate dal giudice di legittimità.¹⁹⁵ Per i danni non patrimoniali è ammessa la prova testimoniale, documentale e presuntiva.¹⁹⁶

Ulteriori sottocategorie del danno non patrimoniale sono individuabili nel: danno parentale, danno estetico, danno relazionale, danno reputazionale, danno da lutto, danno da mobbing etc.

¹⁹¹ Antonello Negro, il danno alla persona, vecchi e nuovi modelli risarcitori, in *La responsabilità civile, i danni esistenziali*, Paolo Russo, Febbraio 2014, UTET, p. 13-14.

¹⁹² Cassazione Civile, sez. un., 11.11.2008, n. 26972 in de jure.

¹⁹³ Antonello Negro, il danno alla persona, vecchi e nuovi modelli risarcitori, in *La responsabilità civile, i danni esistenziali*, Paolo Russo, Febbraio 2014, UTET, p. 124.

¹⁹⁴ Filippo Curcuruto, dei fatti illeciti, in *La giurisprudenza sul codice civile, coordinata con la dottrina*, volume IV, a cura di Filippo Curcuruto e Saverio Ruperto, Milano, 2005, Giuffrè, p. 7952.

¹⁹⁵ Paolo Cendon, il risarcimento del danno esistenziale nel sistema di tutela della persona, in *Studi in onore di Piero Schlesinger*, tomo III, Milano, 2004, Giuffrè, p. 2228.

¹⁹⁶ Cassazione Civile, sez. un., 11.11.2008, n. 26972 in de jure.

IX. La responsabilità aquiliana

Neminem laedere

L'art. 1173 c.c., nell'enumerare le fonti delle obbligazioni, ricomprende tra tali fonti anche i fatti illeciti¹⁹⁷, cioè ex art. 2043 c.c.: qualunque fatto doloso o colposo che cagiona ad altri un danno ingiusto. La responsabilità aquiliana, o anche extracontrattuale, si qualifica proprio per la mancanza di un preesistente vincolo contrattuale o comunque obbligatorio che sta a base della responsabilità contrattuale. Tale vincolo peraltro poi sorge come conseguenza dell'illecito aquiliano, che crea in capo al danneggiante l'obbligazione consistente nel risarcimento del danno, obbligazione che, se a sua volta violata, fa nascere non più responsabilità extracontrattuale, ma responsabilità per inadempimento ex art. 1218 c.c..¹⁹⁸ Il "vincolo", come sostenuto dai "giusnaturalisti", che viene leso nella responsabilità aquiliana è semplicemente quello del principio universale, presente in tutti i sistemi giuridici del mondo, del *neminem laedere*, cioè del non arrecare danni ad altri.¹⁹⁹ Il diritto positivo invece ravvisa come fondamento della responsabilità aquiliana non già la lesione di un vincolo, che essendo un obbligazione finirebbe per creare inesattezze teoriche, ma nella creazione di un fatto illecito ai sensi dell'art. 2043 c.c..²⁰⁰ L'art. 2043 c.c. inoltre non ricopre l'intera disciplina del danno extracontrattuale, in quanto non menziona né la responsabilità del committente, né i casi di responsabilità oggettiva.²⁰¹ Gli elementi costitutivi dell'illecito aquiliano sono scindibili in due categorie, cioè negli elementi oggettivi quali il fatto commesso, il danno ingiusto, e il nesso di causalità giuridica, e l'elemento soggettivo consistente nella colpa o nel dolo del soggetto e nell'imputabilità. Alcuni elementi costitutivi possono mancare per talune fattispecie di danno extracontrattuale, mentre altri, come il danno ingiusto, sono universali e sempre necessari per potersi configurare la responsabilità aquiliana.²⁰² La

¹⁹⁷ Guido Alpa, Vincenzo Mariconda, Commentario al Codice Civile, tomo II, Milano, 2013, Wolters Kluwer, p. 2580, art. 1173.

¹⁹⁸ Galgano Francesco, Trattato di diritto civile 2014, edizione terza, 2014, Cedam, p. 117.

¹⁹⁹ Galgano Francesco, Trattato di diritto civile 2014, edizione terza, 2014, Cedam, p. 115-116.

²⁰⁰ Galgano Francesco, Trattato di diritto civile 2014, edizione terza, 2014, Cedam, p. 116.

²⁰¹ Galgano Francesco, Trattato di diritto civile 2014, edizione terza, 2014, Cedam, p.118.

²⁰² Galgano Francesco, Trattato di diritto civile 2014, edizione terza, 2014, Cedam, p. 119.

scissione delle diverse ipotesi di responsabilità extracontrattuale operata dagli artt. 2043 c.c.- 2059c.c. rende impossibile una concezione unitaria di fatto illecito, e le deroghe ai principali elementi costitutivi enunciati nell'art. 2043 c.c. sono di misura tale da rendere tale articolo in realtà l'eccezione, la disciplina residua applicabile ove non vi sia disciplina speciale applicabile.²⁰³ In questa opera basterà soffermarci brevemente sugli elementi costitutivi *supra* enunciati per chiarire il concetto della responsabilità extracontrattuale e soprattutto il contenuto degli elementi che poi saranno oggetto dell'onere della prova delle parti.

A. Elementi costitutivi della responsabilità aquiliana

1. Il danno ingiusto

Il danno ingiusto consiste nella lesione di un diritto altrui (*damnum contra ius*), senza giustificazione derivante dal principio del *qui ius suo utitur, neminem laedit*, cioè *non iure*. Il *damnum contra ius* è *in re ipsa* ogniqualvolta il fatto costituisce reato, mentre nelle altre ipotesi l'ingiustizia deve essere riconnessa alla violazione di diritti soggettivi, situazioni di fatto o interessi legittimi del soggetto.²⁰⁴ Il diritto leso deve sempre e comunque consistere almeno in un interesse giuridicamente protetto o meritevole di tutela giuridica, rispettivamente ove l'ordinamento lo disciplina espressamente, o ove il giudice nella valutazione della situazione di fatto, attenendosi a quanto prestabilito dall'ordinamento, lo ritenga comunque meritevole di tutela. Si parla in tale contesto della c.d. atipicità dell'illecito civile²⁰⁵, diametralmente opposta alla concezione di illecito nel

²⁰³ Galgano Francesco, Trattato di diritto civile 2014, edizione terza, 2014, Cedam, p. 120.

²⁰⁴ Filippo Curcuruto, dei fatti illeciti, in La giurisprudenza sul codice civile, coordinata con la dottrina, volume IV, a cura di Filippo Curcuruto e Saverio Ruperto, Milano, 2005, Giuffrè, p. 7764.

²⁰⁵ Galgano Francesco, Trattato di diritto civile 2014, edizione terza, 2014, Cedam, p. 141.

diritto penale, ove gli artt. 25 Cost e 1 c.p., sancendo il principio del *nullum crimen, nulla poena sine lege poenali*, richiedono una precisa individuazione da parte del legislatore di ogni fatto illecito.²⁰⁶ Mentre la lesione di diritti assoluti come i diritti della personalità o i diritti reali è storicamente sempre stata accettata come fonte di responsabilità aquiliana, la costante evoluzione dell'istituto, accelerata dalla giurisprudenza, ha portato ad individuare anche nella lesione di diritti soggettivi relativi, e poi anche nella lesione di interessi legittimi meritevoli di tutela la configurabilità del danno ingiusto.²⁰⁷ Un esempio di lesione di un diritto soggettivo è ravvisabile nella lesione di diritti di credito²⁰⁸, la lesione di una situazione di fatto²⁰⁹ invece può essere individuata nel caso emblematico della “*uccisione del concubino*”, cioè dell'uccisione del convivente *more uxorio* che manteneva la famiglia, evento che lede una mera situazione di fatto, ma viene comunque tutelato dall'ordinamento.²¹⁰ La lesione di interessi legittimi è invece connessa all'attività della pubblica amministrazione, che violando regole di comportamento poste nell'interesse generale, viola indirettamente la situazione del singolo.²¹¹ Essenziale per poter avvalersi della tutela offerta dalla disciplina della responsabilità extracontrattuale è dunque una situazione caratterizzata dalla sussistenza di un rapporto con il bene leso, sia pure solo di fatto, e dalla meritevolezza di tutela di tale bene. È con quanto appena esposto inoltre individuabile il limite negativo all'atipicità dell'illecito civile, in quanto la meritevolezza della tutela dell'ordinamento pone un limite alla, in assenza di tale sbarramento, potenzialmente infinita individuazione di sempre nuove lesioni risarcibili.²¹²

L'elemento negativo necessario per la configurabilità di un danno ingiusto è la sua natura *non iure*, cioè il non essere giustificato dall'esercizio di un proprio diritto concesso

²⁰⁶ Andrea Torrente, Piero Schlesinger, Manuale di diritto privato, XXII edizione, a cura di Franco Anelli e Carlo Granelli, Milano, 2015, Giuffrè, p. 908.

²⁰⁷ Galgano Francesco, Trattato di diritto civile 2014, edizione terza, 2014, Cedam, p. 143-144.

²⁰⁸ Andrea Torrente, Piero Schlesinger, Manuale di diritto privato, XXII edizione, a cura di Franco Anelli e Carlo Granelli, Milano, 2015, Giuffrè, p. 909.

²⁰⁹ Andrea Torrente, Piero Schlesinger, Manuale di diritto privato, XXII edizione, a cura di Franco Anelli e Carlo Granelli, Milano, 2015, Giuffrè, p. 910.

²¹⁰ Galgano Francesco, Trattato di diritto civile 2014, edizione terza, 2014, Cedam, p. 156.

²¹¹ Galgano Francesco, Trattato di diritto civile 2014, edizione terza, 2014, Cedam, p. 159.

²¹² Galgano Francesco, Trattato di diritto civile 2014, edizione terza, 2014, Cedam, p. 158.

dall'ordinamento, come gli artt. 50,51, 52 e 54 c.p., che rendono il danno causato *secundum ius*.²¹³

Volenti et consentienti non fit iniuria

L'art. 50 c.p. prevede la prima delle classiche quattro scriminanti, cioè la non punibilità, e di conseguenza l'esclusione del relativo illecito civile²¹⁴, del fatto commesso con il consenso dell'avente diritto, consenso attuale, prestato da soggetto capace di prestarlo²¹⁵, che può vertere tuttavia solo sui c.d. diritti relativamente disponibili come l'integrità fisica (entro i limiti dell'art. 5 c.c.), e su diritti assolutamente disponibili come il patrimonio.²¹⁶ Tale istituto è, per evidenziare un campo applicativo pertinente a codesta opera, essenziale nel caso del medico, che senza il consenso informato del paziente, e comunque nei casi difformi a quanto previsto dal combinato disposto dell'art. 50 c.p. e dell'art. 5 c.c., incorrerà in responsabilità penale e civile per la lesione dell'integrità fisica del soggetto, non scriminata ai sensi dell'art. 50 c.p.. Una categoria emblematica a tale riguardo sono le attività sportive, ove il soggetto accetta il rischio inerente all'attività svolta nel rispetto delle regole sportive, e con ciò scrimina l'avversario (si pensi al pugilato, sport con elevatissime probabilità di lesioni) per eventuali danni derivanti dall'esercizio dell'attività sportiva.²¹⁷

²¹³ Andrea Torrente, Piero Schlesinger, Manuale di diritto privato, XXII edizione, a cura di Franco Anelli e Carlo Granelli, Milano, 2015, Giuffrè, p. 912.

²¹⁴ Filippo Curcuruto, dei fatti illeciti, in La giurisprudenza sul codice civile, coordinata con la dottrina, volume IV, a cura di Filippo Curcuruto e Saverio Ruperto, Milano, 2005, Giuffrè, p. 7772.

²¹⁵ Riccardo Mazzon, Le cause di giustificazione nella responsabilità per illecito, Milano, 2017, Giuffrè, p. 282-283.

²¹⁶ Salvatore Donato Messina, Giorgia Spinnato, Manuale breve di diritto penale, edizione XII, Milano, 2017, Giuffrè, p. 205-206.

²¹⁷ Filippo Curcuruto, dei fatti illeciti, in La giurisprudenza sul codice civile, coordinata con la dottrina, volume IV, a cura di Filippo Curcuruto e Saverio Ruperto, Milano, 2005, Giuffrè, p. 7772.

Qui ius suo utitur neminem laedit

L'esercizio di un proprio diritto, come previsto espressamente dall'art. 51 c.p., opera da scriminante, in quanto esclude la responsabilità di chi agisce. A parte i casi espressamente previsti dalla legge, tale principio può in teoria essere applicato ad ogni diritto del soggetto, tenendo presente tuttavia che sarà necessario un bilanciamento tra il diritto vantato, e diritti di altri che ne rimarrebbero lesi. Caso emblematico di tale problematica

è il diritto di cronaca²¹⁸, che spesso va a scontrarsi col diritto all'onore, rendendo necessario un bilanciamento, realizzato tramite regole di correttezza che i giornalisti sono tenuti ad osservare.²¹⁹ In generale va affermato che, proprio perché è sempre necessario un bilanciamento dei diritti e interessi in gioco, la antica locuzione latina va integrata col: " *non qui suo iure abutitur*", cioè che l'esercizio del proprio diritto è ammesso, l'abuso invece no.²²⁰

Vim vi repellere licet

La legittima difesa ex art. 52 c.p. trova una propria disciplina anche nel codice civile, nell'art. 2044 c.c., che peraltro altro non fa che confermare e rinviare²²¹ a quanto detto nella disciplina penalistica. Si tratta peraltro in termini penalistici di una scriminante a piena efficacia esterna, cioè operativa anche sul piano civilistico. Ed infatti chi agisce secondo la massima del *vim vi repellere licet*, difendendo se o altri da un'offesa concreta, attuale ed ingiusta, non causata volontariamente, e agendo proporzionalmente²²² all'offesa (proporzione presunta nelle ipotesi di cui ai commi 2 e 3 art. 52 c.p.), sarà

²¹⁸ Filippo Curcuruto, dei fatti illeciti, in *La giurisprudenza sul codice civile, coordinata con la dottrina*, volume IV, a cura di Filippo Curcuruto e Saverio Ruperto, Milano, 2005, Giuffrè, p. 7765-7768.

²¹⁹ Salvatore Donato Messina, Giorgia Spinnato, *Manuale breve di diritto penale*, edizione XII, Milano, 2017, Giuffrè, p. 207-208.

²²⁰ Galgano Francesco, *Trattato di diritto civile 2014*, edizione terza, 2014, Cedam, p. 175.

²²¹ Andrea Natale, *La legittima difesa*, in *Codice della responsabilità civile e rc auto*, a cura di Ugo Carnevali, Giovanni Bonilini, Massimo Confortini, 2015, UTET, p. 215.

²²² Riccardo Mazzon, *Le cause di giustificazione nella responsabilità per illecito*, Milano, 2017, Giuffrè, p. 200-201.

esonerato da ogni responsabilità per i danni arrecati all'aggressore²²³, in quanto l'ordinamento ammette tale condotta e viene dunque a mancare l'antigiuridicità del fatto, l'elemento *non iure* inerente all'azione del soggetto²²⁴, e di conseguenza l'illeceità del danno.²²⁵

Necessitas non habet legem

L'ultima situazione da nominare in questa sede è lo stato di necessità, disciplinato dall'art. 2045 c.c. e dall'art. 54 c.p., e considerato dalla giurisprudenza ipotesi di responsabilità attenuata.²²⁶ La problematica inerente a tale istituto è il fatto che l'azione danneggiante, permessa dall'art. 54 c.p. solo per salvare se o altri da un grave, attuale, inevitabile ed involontario danno alla persona²²⁷, e non come nella legittima difesa anche beni, non si rivolge verso l'autore della situazione di pericolo, bensì contro un terzo disinvolto. Tale peculiarità giustifica la previsione della commisurazione da parte del giudice di un equo indennizzo al terzo danneggiato, ammorbidendo in tal modo la regola della piena efficacia esterna delle scriminanti, e lasciando dunque perdurare una responsabilità civile per il fatto commesso, sia pure in forma di equo indennizzo²²⁸, valutato dal giudice tenendo conto di tutte le circostanze del caso concreto²²⁹, e non in forma di risarcimento del danno.²³⁰ Lo stato di necessità come scriminante della condotta lesiva acquista tra l'altro grande importanza nell'ambito della medicina²³¹, in quanto il medico che agisce in stato

²²³ Salvatore Donato Messina, Giorgia Spinnato, Manuale breve di diritto penale, edizione XII, Milano, 2017, Giuffrè, p. 211-214.

²²⁴ Andrea Natale, La legittima difesa, in Codice della responsabilità civile e rc auto, a cura di Ugo Carnevali, Giovanni Bonilini, Massimo Confortini, 2015, UTET, p. 217.

²²⁵ Galgano Francesco, Trattato di diritto civile 2014, edizione terza, 2014, Cedam, p. 169.

²²⁶ Raffaele Tuccillo, Lo stato di necessità, in Codice della responsabilità civile e rc auto, a cura di Ugo Carnevali, Giovanni Bonilini, Massimo Confortini, 2015, UTET, p. 237.

²²⁷ Andrea Torrente, Piero Schlesinger, Manuale di diritto privato, XXII edizione, a cura di Franco Anelli e Carlo Granelli, Milano, 2015, Giuffrè, p. 915.

²²⁸ Galgano Francesco, Trattato di diritto civile 2014, edizione terza, 2014, Cedam, p. 171.

²²⁹ Riccardo Mazzon, Le cause di giustificazione nella responsabilità per illecito, Milano, 2017, Giuffrè, p. 128-129.

²³⁰ Salvatore Donato Messina, Giorgia Spinnato, Manuale breve di diritto penale, edizione XII, Milano, 2017, Giuffrè, p. 216-217.

²³¹ Mauro Bilancetti, Francesco Bilancetti, La responsabilità penale e civile del medico, VII edizione, Padova, 2010, Wolters Kluwer, p. 926-298.

di necessità (anche putativo²³²) può, e addirittura deve, prescindere dal consenso del paziente se questo non è capace a darlo, e ove fosse capace potrà sicuramente prescindere dal fornire al paziente tutte le informazioni riguardanti il suo caso, limitandosi al minimo indispensabile.²³³

Si fa inoltre notare che per tutte le scriminanti previste dal Codice Penale ed esaminate in questa sede, l'art. 59 c.p. prevede la rilevanza del putativo, ossia la scriminazione della condotta del soggetto che abbia erroneamente e senza colpa ritenuto sussistenti gli elementi costitutivi della fattispecie scriminata e abbia di conseguenza agito, p. es. il medico che, ritenendo sussistente uno stato di necessità, operi il paziente senza il suo consenso o con il consenso solo presunto. Tale disposizione è da ritenere applicabile anche in sede civile.²³⁴

2. Il fatto illecito

Il secondo elemento costitutivo da analizzare in questa sede è il *fatto illecito*, che ex art. 2043 c.c. risulta rilevante se cagiona ad altri un danno ingiusto. È innanzitutto assolutamente pacifico che la norma ricomprende sia fatti commissivi, sia fatti omissivi.²³⁵

Per quanto riguarda i fatti omissivi tale vincolo è tuttavia configurabile solo ove il soggetto abbia l'obbligo giuridico di attivarsi. Nella disciplina penalistica si distinguono i reati omissivi propri, ove il comportamento omissivo del soggetto realizza già di per se la fattispecie criminosa, e i c.d. reati omissivi impropri, costituiti dall'art. 40 cpv. c.p. ove, sancendo la c.d. clausola di equivalenza, equipara l'omissione di chi aveva l'obbligo giuridico di impedire un evento al cagionamento dell'evento, sempre ove

²³² Cassazione Civile, Sez. III, 15.11.1999, n. 12621, in de jure.

²³³ Giuseppe Cassano, *La responsabilità civile, con ampio formulario e giurisprudenza sul nuovo danno non patrimoniale*, Milano, 2012, Giuffrè, p. 106-107.

²³⁴ Raffaele Tuccillo, *Lo stato di necessità*, in *Codice della responsabilità civile e rc auto*, a cura di Ugo Carnevali, Giovanni Bonilini, Massimo Confortini, 2015, UTET, 240-241.

²³⁵ Galgano Francesco, *Trattato di diritto civile 2014*, edizione terza, 2014, Cedam, p. 177.

L'evento si sia effettivamente realizzato, norma che è da ritenere di portata generale per l'intero ordinamento e dunque applicabile anche alla disciplina civile.²³⁶

Il fatto umano commissivo o omissivo deve poi inoltre essere causa dell'evento lesivo. Si tratta della c.d. causalità giuridica, per la quale si rimanda al capitolo V di questa opera.

3. L'elemento soggettivo

Ulteriore elemento da analizzare nella ricostruzione degli elementi costitutivi della responsabilità aquiliana è l'elemento soggettivo, cioè il dolo o la colpa del soggetto agente. È da notare che, mentre in materia penale la distinzione tra dolo e colpa è fondamentale e l'assenza di dolo finisce col escludere la responsabilità del soggetto ove il fatto non sia previsto come delitto colposo, per quanto riguarda la disciplina dell'illecito aquiliano, è sufficiente la colpa, e dunque appare di prima vista irrilevante²³⁷, accertata la colpa, ogni successiva indagine.²³⁸ Tuttavia vanno segnate ipotesi in cui le conseguenze della condotta sono ben diverse a seconda che il soggetto abbia agito in dolo o in colpa. Infatti p.es. l'assicuratore non è, salvo patto contrario, obbligato a risarcire il danno prodotto dall'assicurato con dolo o colpa grave. Anche ai fini di una successiva azione di regresso tra debitori in solido rileva il grado della colpevolezza, e dunque l'entità della colpa o del dolo.²³⁹ L'elemento soggettivo nell'illecito aquiliano, essendo elemento costitutivo dell'evento lesivo che il danneggiato lamenta, a differenza dell'elemento soggettivo nella responsabilità contrattuale, deve essere provato dall'attore.²⁴⁰ Tale onere della prova viene tuttavia accollato all'autore del fatto in tutte le ipotesi di c.d. *culpa in*

²³⁶ Salvatore Donato Messina, Giorgia Spinnato, Manuale breve di diritto penale, edizione XII, Milano, 2017, Giuffrè, p. 95-97.

²³⁷ Cassazione Civile, Sez. III, 02.12.2014, n. 25423, in de jure.

²³⁸ Guido Alpa, Vincenzo Mariconda, Commentario al Codice Civile, tomo II, Milano, 2013, Wolters Kluwer, p. 2602, art. 2043.

²³⁹ Galgano Francesco, Trattato di diritto civile 2014, edizione terza, 2014, Cedam, p. 187-189.

²⁴⁰ Andrea Torrente, Piero Schlesinger, Manuale di diritto privato, XXII edizione, a cura di Franco Anelli e Carlo Granelli, Milano, 2015, Giuffrè, p. 920.

re ipsa, ossia in casi nei quali la colpa viene presunta dal legislatore, presunzione iuris tantum e dunque eliminabile se il soggetto su cui grava riesce a provare la insussistenza di quanto presunto.²⁴¹ È da notare che nel sistema civile, fondamentalmente diverso in questo punto dal sistema penale che, seguendo la lettura costituzionalmente orientata del Codice Penale ed ormai assolutamente consolidata²⁴², esclude la configurabilità di ogni forma di responsabilità oggettiva, ammette pacificamente l'esistenza di forme di responsabilità oggettiva²⁴³, disciplinate negli artt. seguenti all'art. 2043 c.c.. Infatti la responsabilità del danneggiante viene fondata non sull'accertamento dell'elemento soggettivo, bensì sul mero nesso causale tra la condotta e l'evento dannoso, aggravando il danneggiante con l'onere non già di provare la sua diligenza, perizia e prudenza, ma un evento interruttivo del nesso di causalità.²⁴⁴

4. L'imputabilità

Infine l'ultimo elemento costitutivo da analizzare in questa sede è l'imputabilità del fatto, richiesta esplicitamente dall'art. 2043 c.c. ai fini della configurabilità della responsabilità aquiliana. Richiesta è invero non la capacità di agire, ma semplicemente la capacità di intendere e di volere, cioè la capacità di comprendere il disvalore che la società attribuisce alla propria condotta, e la capacità ad autodeterminarsi, cioè a dirigere coscientemente le proprie azioni verso un certo risultato.²⁴⁵ Ed infatti la c.d. capacità delittuale può sussistere per il minore, l'incapace, l'inabilitato etc., esattamente come per il soggetto nel possesso della capacità negoziale. Il giudice sarà tenuto ad accertare in ogni caso concreto la sussistenza o mancanza della capacità del soggetto di intendere e di volere. Merita

²⁴¹ Galgano Francesco, Trattato di diritto civile 2014, edizione terza, 2014, Cedam, p. 192-193.

²⁴² Corte Costituzionale, sentenza 364/1988.

²⁴³ Andrea Torrente, Piero Schlesinger, Manuale di diritto privato, XXII edizione, a cura di Franco Anelli e Carlo Granelli, Milano, 2015, Giuffrè, p. 921.

²⁴⁴ Galgano Francesco, Trattato di diritto civile 2014, edizione terza, 2014, Cedam, p. 193-194.

²⁴⁵ Andrea Torrente, Piero Schlesinger, Manuale di diritto privato, XXII edizione, a cura di Franco Anelli e Carlo Granelli, Milano, 2015, Giuffrè, p. 916.

inoltre menzione la disciplina delle c.d. *actiones liberae in causa*, cioè l'imputabilità del soggetto per fatti commessi in stato di incapacità di intendere e di volere, ove questa sia stata preordinata o comunque volontaria.²⁴⁶ Nel caso di effettiva incapacità di intendere e di volere del soggetto danneggiante le vie risarcitorie percorribili sono due, consistenti rispettivamente nella pretesa di risarcimento dal soggetto che aveva la sorveglianza sull'incapace, o in mancanza di un tale soggetto, la pretesa di un equo indennizzo dall'incapace.²⁴⁷

B. Regime dell'onere probatorio ex art. 2697 c.c.

L'art. 2697 c.c. sancisce il principio generale secondo il quale chi vuole far valere un proprio diritto deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento. D'altronde il convenuto, cioè colui che si difende dall'azione giudiziale dell'attore, dovrà provare tutti i fatti impeditivi, estintivi o modificativi del diritto preteso dall'attore che intende far valere. Seguendo l'impostazione generale il danneggiato nella responsabilità aquiliana deve provare il danno ingiusto, il nesso causale tra condotta del danneggiante e danno prodotto, il dolo/la colpa del danneggiante e il fatto illecito.²⁴⁸

²⁴⁶ Andrea Torrente, Piero Schlesinger, *Manuale di diritto privato*, XXII edizione, a cura di Franco Anelli e Carlo Granelli, Milano, 2015, Giuffrè, p. 917.

²⁴⁷ Andrea Torrente, Piero Schlesinger, *Manuale di diritto privato*, XXII edizione, a cura di Franco Anelli e Carlo Granelli, Milano, 2015, Giuffrè, p. 918.

²⁴⁸ Tribunale Salerno, Sez. II, 19.10.2015, n. 4270, in de jure.

Andrea Torrente, Piero Schlesinger, *Manuale di diritto privato*, XXII edizione, a cura di Franco Anelli e Carlo Granelli, Milano, 2015, Giuffrè, p. 964.

C. Prescrizione ex art. 2947 c.c.

La prescrizione del risarcimento del danno per illecito extracontrattuale è di regola quella breve prevista dall'art. 2947 c.c., cioè 5 anni. Deroga a tale regola è previsto dallo stesso articolo, che al comma 2 fissa la prescrizione per il risarcimento di danni derivanti dalla circolazione di veicoli a 2 anni, e al comma 3 estende la prescrizione, ove il fatto commesso sia previsto anche come reato, alla prescrizione prevista per il reato commesso. La prescrizione per i reati è di regola ancorata alla pena massima edittale, con modifiche previste per alcune tipologie di soggetti (recidivi, delinquenti abituali, professionali etc.). L'articolo poi continua stabilendo che se il reato si è estinto per ragioni diverse dalla prescrizione, o se è intervenuta sentenza irrevocabile di condanna, il termine torna ad essere quello previsto dai commi precedenti, con decorrenza del termine dalla data dell'estinzione del reato o dalla data in cui la sentenza è divenuta irrevocabile.

La problematica dell'individuazione del *dies a quo*, cioè del giorno dal quale scorre il termine di prescrizione, generalmente individuato nel momento dell'esternalizzazione del danno, va risolta distinguendo tra condotte costituenti illecito istantaneo, e condotte invece qualificabili come illecito permanente²⁴⁹. Per quanto riguarda la prima categoria, la prescrizione del risarcimento del danno inizia a decorrere dal primo momento in cui il danno diviene percepibile.²⁵⁰ Per quanto riguarda i gli illeciti permanenti invece il *dies a quo* decorre ogni giorno successivo al giorno in cui il danno si è manifestato²⁵¹, cioè è divenuto conoscibile al danneggiato²⁵², rendendo risarcibile solo il danno prodotto nei cinque anni antecedenti alla domanda di risarcimento del danno.²⁵³ Eccezioni da tale regola sono ravvisabili nella previsione di ipotesi di responsabilità oggettiva, nella quale

²⁴⁹ Filippo Curcuruto, dei fatti illeciti, in *La giurisprudenza sul codice civile, coordinata con la dottrina*, volume IV, a cura di Filippo Curcuruto e Saverio Ruperto, Milano, 2005, Giuffrè, p. 7815.

²⁵⁰ Andrea Torrente, Piero Schlesinger, *Manuale di diritto privato*, XXII edizione, a cura di Franco Anelli e Carlo Granelli, Milano, 2015, Giuffrè, p. 958.

²⁵¹ Cassazione Civile, Sez. III, 25.05.2017, n. 13156, in de jure.

²⁵² Tribunale Avezano, 11.09.2017, in de jure.

²⁵³ ²⁵³ Andrea Torrente, Piero Schlesinger, *Manuale di diritto privato*, XXII edizione, a cura di Franco Anelli e Carlo Granelli, Milano, 2015, Giuffrè, p. 958.

il danneggiato non deve provare la colpa o il dolo del soggetto, che come *supra* elaborato viene ritenuta in re ipsa.

D. Danno risarcibile

È risarcibile sia il danno prevedibile che quello imprevedibile, siccome l'art. 2056 c.c. non rinvia al 1225 c.c., che delimiterebbe il danno, ove il danneggiante non abbia agito con dolo, al danno prevedibile. Nella responsabilità aquiliana invece il grado di colpevolezza è di norma irrilevante, proprio perché l'effetto sulla misura del danno da risarcibile è identico.

È pacificamente ammesso il cumulo dell'azione risarcitoria contrattuale ed extracontrattuale, ove sussistano i presupposti per entrambe, sia nel caso di due soggetti tenuti in solido al risarcimento (concorso improprio, medico dipendente e struttura sanitaria)²⁵⁴, sia quando da un'unica azione posta in essere da un soggetto derivi una violazione sia contrattuale, sia del principio generale del *neminem laedere*.²⁵⁵ Il soggetto danneggiato è libero di scegliere quale via intraprendere, e potrà riproporre la domanda giudiziale a base dell'altra forma di responsabilità ove la prima sia stata rigettata. Ovviamente l'accoglimento della domanda rende improcedibile la seconda, in quanto il soggetto non può pretendere di conseguire due volte il risarcimento per la stessa lesione.²⁵⁶

La cassazione nelle note sentenze San Martino²⁵⁷ ha chiarito definitivamente che il risarcimento del danno non patrimoniale, ove previsto dalla legge o ove risulti lesa un

²⁵⁴ Paolo Pardolesi, il concorso tra responsabilità extracontrattuale e responsabilità contrattuale, in Codice della responsabilità civile e rc auto, a cura di Ugo Carnevali, Giovanni Bonilini, Massimo Confortini, 2015, UTET, p. 41.

²⁵⁵ Maurizio Hazan, Daniela Zorzit, Assicurazione obbligatoria del medico e responsabilità sanitaria, Giuffrè, 2013, p. 438.

²⁵⁶ Andrea Torrente, Piero Schlesinger, Manuale di diritto privato, XXII edizione, a cura di Franco Anelli e Carlo Granelli, Milano, 2015, Giuffrè, p. 966-967.

²⁵⁷ Cassazione Civile, Sez. un., 11.11.2008, n. 26972-5.

diritto della persona costituzionalmente tutelato, è risarcibile sia nell' ipotesi di responsabilità contrattuale, sia nell' ipotesi di responsabilità extracontrattuale.²⁵⁸

²⁵⁸ Antonino Santoro, La responsabilità da contatto sociale, profili pratici e applicazioni giurisprudenziali, Milano, 2012, Giuffrè, p. 62.

X. La responsabilità professionale medica

Le prime forme di responsabilità medica sono ravvisabili già nel famoso codice di Hammurabi, che dall'art. 215 all'art. 223 si occupa della remunerazione del medico, e della responsabilità nella quale incorre se erra nell'esecuzione dell'intervento. Infatti ex art. 218 codice di Hammurabi: *“Se un medico fa una grande incisione con il coltello operatorio, e lo uccide, o apre un tumore con il coltello operatorio, e taglia l'occhio, gli saranno tagliate le mani.”*.²⁵⁹ La responsabilità medica si è poi col passare dei secoli civilizzata, restando però sempre fermo un qualche obbligo risarcitorio per i danni subiti dal paziente, obbligo che rispecchia chiaramente da un lato la necessità della società a garantire al soggetto svantaggiato una qualche forma di tutela contro azioni danneggianti del professionista, e dall'altra la necessità di conservare il fragile equilibrio necessario per non mortificare l'attività del professionista. L'ambito della responsabilità medica in Italia si è progressivamente allargato, partendo da una posizione favorevole per il medico, tutelato dall' art. 2236cc, sino ad arrivare a riconoscere la responsabilità dell'esercente la professione medica non solo per errori nell' esercizio dell' attività medica in senso stretto, ma anche per la violazione di obblighi di informazione, il mancato aggiornamento scientifico etc.²⁶⁰

Molto più controversa e tormentata appare l'evoluzione dell'inquadramento della responsabilità professionale del medico dipendente, o nell'ambito della responsabilità extracontrattuale ex 2043 c.c., o invece nell'ambito della responsabilità contrattuale ex 1218 c.c., con rilevanti effetti sostanziali per il danneggiato riguardanti la prescrizione dell'azione etc.

Peraltro ritengo opportuno segnalare che la responsabilità medica, per il semplice fatto che costituisce di gran lunga la forma di responsabilità professionale più trattata dalle corti, è oggetto di studi da parte di innumerevoli autori proprio perché è spesso, se non

²⁵⁹ <http://www.studiarapido.it/i-contenuti-del-codice-di-hammurabi-re-di-babilonia/> 11.12.2017.

²⁶⁰

Fava, P. (2009). La responsabilità civile. Milano: Giuffrè. Marco Catalano p. 1785.

sempre, il leading case per le altre forme di responsabilità professionale, che vengono di regola poi trattate adeguando la loro disciplina alle innovazioni e evoluzioni apparse nella disciplina della responsabilità medica. Di conseguenza le considerazioni fatti in codesta opera sulla responsabilità professionale in generale costituiscono in molte ipotesi un quadro analogo alla sottocategoria della responsabilità medica, mentre per altre professioni, come tra l'altro quella dell'avvocato, vengono poi elaborate eccezioni o regole speciali.

XI. Evoluzione della responsabilità del medico dipendente

A. Rapporto intercorrente tra paziente e struttura

L'evoluzione storica del rapporto tra paziente e struttura sanitaria pubblica parte dalla tesi della responsabilità aquiliana della struttura, giustificata dal fatto che mancherebbe la posizione paritaria delle parti contrattuali richiesta per la configurabilità del vincolo contrattuale, trattandosi di ente pubblico, e sia invece ravvisabile solo una responsabilità aquiliana in capo all'ente per violazione del principio generale del *neminem laedere*.²⁶¹ La responsabilità dell'ente per l'operato dei suoi dipendenti veniva poi giustificata con la tesi dell'immedesimazione organica, e dalla responsabilità diretta dei funzionari e dipendenti dello stato e degli enti pubblici, estesa ex art.28 Cost allo stato.²⁶² Chiaramente ricavabile la posizione della dottrina dell'epoca dal citato *“quando l'ospedale è pubblico, ossia amministrato da una persona giuridica pubblica, il rapporto con la persona ricoverata non deriva mai da un contratto, neanche se si tratta di un ricovero a pagamento, ma ha invece origine in un atto amministrativo.”*²⁶³ La successiva evoluzione della concezione di responsabilità dell'ospedale pubblico è stata accelerata sia dal cambiamento dell'ambito economico-sociale, che da importanti modifiche legislative come la L. n. 833/1978 (legge istitutiva del servizio sanitario nazionale), e si è conclusa con la qualificazione dell'ente pubblico non più come ente in posizione di supremazia rispetto al cittadino, ma come struttura erogatrice di servizi, e la speculare trasformazione del cittadino da mero soggetto passivo a utente. La giurisprudenza²⁶⁴ ha recepito tale

²⁶¹ Maurizio Hazan, Daniela Zorzit, Assicurazione obbligatoria del medico e responsabilità sanitaria, Giuffrè, 2013, p. 328.

²⁶² Guido Corso, Manuale di diritto amministrativo, VII edizione, Torino, 2015. Giappichelli, p. 427.

²⁶³ G.Cattaneo, la responsabilità del professionista, Milano, 1958, 347, cit.in Maurizio Hazan, Daniela Zorzit, Assicurazione obbligatoria del medico e responsabilità sanitaria, Giuffrè, 2013, p.

²⁶⁴ Cassazione Civile, sez. III, 21.12.1978, n. 6141, in de jure.

nuovo approccio, discostandosi radicalmente dall'orientamento fino a quel punto prevalente, e postulando una responsabilità professionale derivante da contratto d'opera intellettuale in capo all'ente ospedaliero, essendo il medico da considerare *longa manus* dell'ente, e di conseguenza il primo responsabile per i danni arrecati al paziente dal secondo, sempre nei limiti inerenti alla disciplina del contratto d'opera intellettuale ex 2236 c.c.. La responsabilità dell'ente derivante da un contratto d'opera intellettuale veniva giustificato con una concezione organica dell'ente come "*macroiatra*" e del medico come organo, applicando la responsabilità del singolo ex art.2229 c.c. ss. analogicamente all'intero ente.²⁶⁵ Questa costruzione della giurisprudenza, pur sottraendo la responsabilità dell'ente alla disciplina aquiliana sfavorevole per il danneggiato, venne fortemente criticata dalla dottrina in alcuni punti, a partire dal fatto che configurando la responsabilità dell'ente come speculare a quella del professionista, si finiva per escludere tale responsabilità in mancanza di un illecito addebitabile al medico, fino alla osservazione che l'ente prestava non solo un servizio d'opera intellettuale, ma un complesso sistema di servizi, alcuni meramente materiali (vitto e alloggio), tutti inestricabilmente integrati nella prestazione principale dell'ente, cioè nella cura del paziente. Si osservava infatti che il più delle volte l'evento dannoso era conseguenza non di un illecito di un determinato soggetto, ma il risultato di una concatenazione di piccoli errori o malfunzionamenti non addebitabili al singolo soggetto, ma siccome produttivi di danno comunque necessariamente risarcibili secondo il principio generale del *neminem laedere*. Era necessario dunque trovare un approccio nuovo alla responsabilità dell'ente, discostandosi da quella del professionista. Dalla tesi iniziale di un contratto atipico concluso tra ente e utente, comprensivo di tutte le prestazioni necessarie, la giurisprudenza arrivò poi a qualificare il rapporto intercorrente tra utente e ente come contratto atipico di specialità²⁶⁶, comprensivo di tutti i servizi e tutte le prestazioni necessari per raggiungere l'obiettivo della cura del paziente/utente, e consequenzialmente la responsabilità in capo all'ente anche per deficienze nell'organizzazione.²⁶⁷ L'ente, ormai visto come un imprenditore, e dunque assoggettato agli obblighi accessori e di

²⁶⁵ Maurizio Hazan, Daniela Zorzit, Assicurazione obbligatoria del medico e responsabilità sanitaria, *Giuffrè*, 2013, p. 332-334.

²⁶⁶ Tullio Cristaudo, contratto di specialità e responsabilità da contatto sociale, la natura contrattuale dell'obbligazione, tra conferme e ritrattazioni giurisprudenziali, in *Responsabilità civile*, diretto da Paolo Cendon, volume secondo, responsabilità contrattuale, Vicenza, 2017, UTET, p. 2835.

Cassazione Civile, sez. un, 11/01/2008, n. 577.

²⁶⁷ Cassazione Civile, sez. III, 08/03/2016, n. 4540.

protezione e al rischio imprenditoriale di inadempimento per vizi dell'organizzazione²⁶⁸, poteva dunque essere chiamato a rispondere per danni arrecati al paziente a prescindere da una qualsiasi colpa del personale dipendente, per semplici difetti organizzativi²⁶⁹. La responsabilità del nosocomio alla luce della nuova concezione *supra* illustrata veniva configurata ex art. 1218 c.c.²⁷⁰ per difetti nell'organizzazione, e ex. art. 1228 c.c. nel caso di danno cagionato da fatti dolosi o colposi dei dipendenti, siccome chi si appropria l'operato altrui si assume anche il rischio per i danni arrecati a terzi.²⁷¹ Siccome l'art. 1228 c.c. parla di ausiliari²⁷² e non di dipendenti, il debitore risponderà non solo per i fatti commessi dai suoi dipendenti, ma per tutti i fatti commessi con dolo o colpa da chiunque presti un'attività utilizzata dal debitore per eseguire la prestazione²⁷³, responsabilità che si estende persino all'operato del medico di fiducia del paziente, essendo secondo la S.C. irrilevante l'autonomia di tale rapporto affinché col ricovero del paziente si possa configurare il contratto atipico di specialità con tutte le responsabilità che ne derivano.²⁷⁴ Tale orientamento pare ormai consolidato, come confermato sia dalla dottrina che dalla costante giurisprudenza che inquadra la responsabilità dell'ente tra l'art. 1218 c.c. e 1228 c.c.²⁷⁵

²⁶⁸ Maurizio Hazan, Daniela Zorzit, Assicurazione obbligatoria del medico e responsabilità sanitaria, *Giuffré*, 2013, p. 373.

²⁶⁹ Cassazione Civile, sez. un, 01/07/2002, n. 9556.

²⁷⁰ Tribunale Catania, Sez. V, 15.05.2017, n. 2282, in de jure.

²⁷¹ Tribunale Terni, 13.07.2006, in de jure.

²⁷² Tullio Cristaudo, contratto di specialità e responsabilità da contatto sociale, la natura contrattuale dell'obbligazione, tra conferme e ritrattazioni giurisprudenziali, in *Responsabilità civile*, diretto da Paolo Cendon, volume secondo, responsabilità contrattuale, Vicenza, 2017, UTET, p. 2838.

Tribunale Roma, sez. XIII, 25/01/2017, n. 1256.

²⁷³ C. Massimo Bianca, *diritto civile*, 5 la responsabilità, Milano, 1994, *Giuffré*, p. 62.

²⁷⁴ Cassazione Civile, Sez. III, 14.06.2007, n. 13953, in de jure.

²⁷⁵ Tribunale Napoli, sez. VIII, 03/04/2017, n. 4071.

Maurizio Hazan, Daniela Zorzit, Assicurazione obbligatoria del medico e responsabilità sanitaria, *Giuffré*, 2013, p326 ss.

B. Rapporto intercorrente tra paziente e medico dipendente

Mentre inquadrare il rapporto intercorrente tra un medico privato che offre al paziente i suoi servizi nell'ambito del suo studio privato e il paziente non crea alcuna difficoltà, trattandosi di un normale contratto d'opera intellettuale disciplinato dal Codice Civile, la questione del rapporto intercorrente tra medico dipendente di un ospedale o di una casa di cura, privati o pubblici, e paziente risulta molto più complessa, tormentata e risolta sempre di nuovo in modi diametralmente opposti da dottrina e giurisprudenza. Partendo dalla constatazione che non esiste un contratto tipico o atipico idoneo ad essere applicato a tale peculiare costellazione, a lungo si sosteneva che la responsabilità del medico nel caso di nocimenti alla salute del paziente fosse di natura extracontrattuale, siccome il contratto concluso dal paziente con l'ospedale non può essere esteso in modo tale da ricoprire anche il rapporto diretto, materiale, intercorrente tra paziente e medico dipendente.²⁷⁶ Il medico che aveva cagionato un danno al paziente veniva dunque ritenuto responsabile come autore di fatto illecito ex art. 2043 c.c., con conseguente prescrizione della risarcibilità del danno entro 5 anni ex art. 2947 co 1 c.c. e onere della prova gravante sul paziente, che doveva provare tutti gli elementi costitutivi dell'illecito aquiliano, cioè la condotta colposa o dolosa, l'evento dannoso, il nesso di causalità e l'ammontare del danno.²⁷⁷ L'applicabilità della disciplina speciale contenuta nell' art. 2236 c.c. veniva estesa analogicamente anche ai medici dipendenti, poiché una mancata estensione analogica ai medici dipendenti andrebbe contro la *ratio legis*, cioè il non immobilizzare l'attività professionale.²⁷⁸ Veniva tuttavia ammesso il concorso improprio²⁷⁹ tra l'azione

²⁷⁶ Tullio Cristaudo, contratto di specialità e responsabilità da contatto sociale, la natura contrattuale dell'obbligazione, tra conferme e ritrattazioni giurisprudenziali, in Responsabilità civile, diretto da Paolo Cendon, volume secondo, responsabilità contrattuale, Vicenza, 2017, UTET, p. 2832-2833.

²⁷⁷ Tullio Cristaudo, contratto di specialità e responsabilità da contatto sociale, la natura contrattuale dell'obbligazione, tra conferme e ritrattazioni giurisprudenziali, in Responsabilità civile, diretto da Paolo Cendon, volume secondo, responsabilità contrattuale, Vicenza, 2017, UTET, p. 2840.

²⁷⁸ Tullio Cristaudo, contratto di specialità e responsabilità da contatto sociale, la natura contrattuale dell'obbligazione, tra conferme e ritrattazioni giurisprudenziali, in Responsabilità civile, diretto da Paolo Cendon, volume secondo, responsabilità contrattuale, Vicenza, 2017, UTET, p. 2841.

²⁷⁹ Maurizio Hazan, Daniela Zorzit, Assicurazione obbligatoria del medico e responsabilità sanitaria, Giuffrè, 2013, p. 400.

contrattuale avverso il nosocomio e l'azione di responsabilità extracontrattuale avverso il medico.²⁸⁰

Una prima svolta nella lunga evoluzione della responsabilità del medico dipendente si è poi realizzata con la storica sentenza 589/1999 della Cassazione Civile²⁸¹, che, osservando che il rapporto intercorrente tra medico dipendente e paziente non può assolutamente essere paragonato al rapporto tra danneggiato e “uomo della strada” previsto come modello standard del danneggiante dall'art. 2043 c.c.²⁸², ha postulato la c.d. responsabilità da contatto sociale, individuando nel rapporto fisico intercorrente tra paziente e medico, fonte di affidamento del paziente e di obblighi di protezione inerenti all'attività svolta dal medico²⁸³, combinato col legame legale intercorrente tra paziente e struttura (si ricorda che il contratto ex. art. 1372 c.c. ha forza di legge tra le parti) il fondamento sul quale si istaura una responsabilità contrattuale del medico, argomentazione basata sul disposto normativo dell'art. 1173 c.c., che prevede come fonte di obbligazioni anche “ogni altro fatto o atto idoneo a produrle in conformità con la legge”. In tale abito si colloca peraltro la locuzione, spesso sentita nella tematica della responsabilità medica, del c.d. obbligazione al confine tra contratto e torto, non essendo integralmente realizzata né l'una, né l'altra fattispecie.²⁸⁴ Si configurava dunque in capo al medico un regolare contratto d'opera professionale²⁸⁵, con tutte le conseguenze sul versante dell'onere probatorio e della prescrizione. I presupposti per la configurabilità del contatto sociale erano l'affidamento del paziente ad un professionista appartenente ad una professione protetta, lo status professionale del danneggiante, e una relazione tra le sfere giuridiche delle parti.²⁸⁶ L'attore doveva provare solo l'esistenza dell'obbligazione da contatto sociale, il peggioramento o la nuova patologia sorta, e il nesso eziologico, mentre

²⁸⁰ Antonino Santoro, La responsabilità da contatto sociale, profili pratici e applicazioni giurisprudenziali, Milano, 2012, Giuffrè, p. 52.

²⁸¹ Cassazione Civile, sez. III, 22.01.1999, n. 589.

²⁸² Maurizio Hazan, Daniela Zorzit, Assicurazione obbligatoria del medico e responsabilità sanitaria, Giuffrè, 2013, p. 402.

²⁸³ Stefano Rossi, Oneri probatori e prova liberatoria nella responsabilità civile medica, in Responsabilità civile, diretto da Paolo Cendon, volume secondo, responsabilità contrattuale, Vicenza, 2017, UTET, p. 2907.

²⁸⁴ Maurizio Hazan, Daniela Zorzit, Assicurazione obbligatoria del medico e responsabilità sanitaria, Giuffrè, 2013, p. 404.

²⁸⁵ Tribunale Rimini, 17.08.2015, n. 1035, in de jure.

Galgano Francesco, Trattato di diritto civile 2014, edizione terza, 2014, Cedam, p. 117.

²⁸⁶ Cassazione Civile, sez. III, 22.01.1999, n. 589.

gravava sul medico la prova liberatoria della non-imputabilità dell'inadempimento.²⁸⁷ Questa impostazione appare condivisibile in primis perché la prestazione del medico, dipendente o meno, è e rimane pur sempre una prestazione d'opera intellettuale, e dunque un trattamento diverso sembrerebbe assurdo. La storica sentenza delle sezioni unite della Cassazione²⁸⁸ ha poi ratificato l'orientamento *supra* descritto, in quanto ha affermato sia la responsabilità dell'ente ospedaliero, sia pubblico che privato, conseguente alla conclusione di un contratto atipico di specialità, sia la responsabilità contrattuale²⁸⁹ del medico alla luce della tesi del contatto sociale.²⁹⁰ Grave problematica dell'inquadramento della responsabilità del medico dipendente come contrattuale e della responsabilità penale anche per colpa lieve, con conseguenti effetti positivi per l'azione del paziente, e svantaggi per il difensore, si è poi tristemente manifestata nella c.d. medicina difensiva, ossia in comportamenti dei medici rivolti non a curare il paziente, ma ad evitare di essere ritenuti responsabili per eventuali danni. Nell'ambito della medicina difensiva sono emersi due componenti principali, la prima inquadrabile come un fare positivo, cioè l'eccesso di terapie e atti diagnostici non necessari, la seconda invece ravvisabile nel tentativo di evitare a priori certe categorie di pazienti/terapie.²⁹¹ L'art. 3 l. n. 189/8.11.2012, che come presto vedremo ha messo in crisi l'intero *status quo ante* della responsabilità medica, è stato introdotto proprio per combattere il fenomeno gravissimo della medicina difensiva, come emerge dalla relazione illustrativa decreto sanità.²⁹² L'orientamento precedente, consolidatosi sino ad apparire ormai assolutamente indiscusso, è stato infatti ribaltato (almeno apparentemente) dall'art. 3 l. 8.11.2012, n.189, la c.d. Legge Balduzzi (Renato Balduzzi era il Ministro della salute del governo monti). Infatti l'art. 3 l. n. 189/8.11.2012 sanciva: *“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*

²⁸⁷ Tullio Cristaudo, contratto di specialità e responsabilità da contatto sociale, la natura contrattuale dell'obbligazione, tra conferme e ritrattazioni giurisprudenziali, in Responsabilità civile, diretto da Paolo Cendon, volume secondo, responsabilità contrattuale, Vicenza, 2017, UTET, p. 2842.

²⁸⁸ Cassazione Civile, Sez. Un., 11.01.2008, n. 577, in de jure.

²⁸⁹ Riccardo Fresa, La colpa professionale in ambito sanitario, gennaio 2008, UTET, p. 10.

²⁹⁰ Antonino Santoro, La responsabilità da contatto sociale, profili pratici e applicazioni giurisprudenziali, Milano, 2012, Giuffrè, p. 60.

²⁹¹ N. Todeschini, La responsabilità medica, 2016, UTET, p. 9.

²⁹² <https://www.leggioggi.it/wp-content/uploads/2012/09/relazione-illustrativa-decreto-sanit%C3%A0.pdf> 29.11.2017.

*nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo.*²⁹³ (Abrogato dalla l. 8 marzo 2017, n. 24). Il legislatore col rinvio all'art. 2043 c.c. ha prodotto un autentico caos di interpretazioni. La maggior parte della giurisprudenza²⁹⁴ e della dottrina infatti ha continuato a sostenere che si trattasse pur sempre di responsabilità *ex contractu*, interpretando il rinvio operato dall'art. 3 l. 8.11.2012, n.189 come semplice ricordo che l'esimente penale previsto dalla norma in questione non elimina gli effetti civili della condotta colposa, ma semplicemente esclude la responsabilità penale per colpa lieve del medico, introducendo una specie di depenalizzazione parziale ad efficacia esterna limitata.²⁹⁵ Altra argomentazione valida è quella del Tribunale di Rovereto 29.12.2013, che individua in suddetto rinvio un elemento di rilevanza esclusivamente penale, applicabile a casi di giudizi penali con azione civile. Infatti anche la Cassazione ha evidenziato che il rinvio all'art. 2043 c.c. era da interpretare come un ricordo che *"in lege aquilia et levissima culpa venit"*²⁹⁶, e la novella si limitava dunque ad indicare una particolare evoluzione del diritto penale.²⁹⁷ Mentre la Cassazione propendeva per la soluzione favorevole alla configurabilità della responsabilità del medico dipendente come responsabilità contrattuale²⁹⁸, parte della giurisprudenza di merito continuava a interpretare la norma in questione come abrogazione²⁹⁹ del sistema precedente.³⁰⁰ L'art. 3 legge Balduzzi è poi stato abrogato dall'art. 6 co 2 L. 8.3.2017, n.24.. L'art. 7 della L 8.3.2017, n.24, d'ora in poi chiamata legge Gelli-Bianco, sancisce al primo comma la responsabilità contrattuale ex art. 1218 c.c. e art. 1228 c.c. delle strutture sanitarie, per poi estendere tale disposizione anche alle *"prestazioni sanitarie svolte in regime di libera professione intramuraria ovvero [...] in regime di convenzione con il Servizio Sanitario Nazionale nonché attraverso la telemedicina"*³⁰¹ Il comma 3 art.

²⁹³ <http://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2012/11/10/12A11988/sg> 29.11.2017.

²⁹⁴ Tribunale Milano, sez. V, 20.02.2015, n. 2336 in de jure.

²⁹⁵ N. Todeschini, La responsabilità medica, 2016, UTET, p. 16.

²⁹⁶ Cassazione Civile, sez. VI, 17.04.2014, n. 8940 in de jure.

²⁹⁷ Cassazione Civile, sez. III, 19.02.2013, n. 4030 in de jure.

²⁹⁸ Cassazione Civile, sez. VI, 17.04.2014, n. 8940 in de jure.

²⁹⁹ Tribunale Milano, sez. I, 02.12.2014, n. 14320 in de jure.

³⁰⁰ Tullio Cristaudo, contratto di specialità e responsabilità da contatto sociale, la natura contrattuale dell'obbligazione, tra conferme e ritrattazioni giurisprudenziali, in Responsabilità civile, diretto da Paolo Cendon, volume secondo, responsabilità contrattuale, Vicenza, 2017, UTET, p. 2849.

Tribunale Milano, sez. I, 17.07.2014 in de jure.

³⁰¹ <http://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2017/03/17/17G00041/sg> 29.11.2017.

7 Legge Gelli-Bianco poi sancisce che *“L’ esercente la professione sanitaria ai sensi dei commi 1 e 2 risponde del proprio operato ai sensi dell’art. 2043 c.c., salvo che abbia agito in adempimento di obbligazione contrattuale assunta con il paziente [...]”*³⁰²

Altra novità introdotta dalla legge Gelli-Bianco è individuabile all’art. 6³⁰³, che prevede che le linee guida saranno emesse *“[...] da enti e istituzioni privati o pubblici nonché dalle società scientifiche e tecnico-scientifiche delle professioni sanitarie iscritte in apposito elenco istituito e regolamentato con decreto del Ministero della salute [...]”* Ci troviamo dunque di fronte ad una regolamentazione dell’emissione delle linee guida, che sicuramente potrà essere utile per garantire una maggiore sicurezza sul campo medico e contribuire a combattere la medicina difensiva.

A mio avviso la problematica dell’articolo 3 legge Gelli-Bianco, che a quanto pare qualifica definitivamente la responsabilità del medico dipendente come extracontrattuale³⁰⁴, potrebbe essere individuata nella previsione della responsabilità contrattuale dell’ esercente la professione sanitaria in caso di *“obbligazione contrattuale assunta con il paziente”*, in quanto non mi sembra possibile escludere che ci sarà chi tenterà di ricondurre la responsabilità per contatto sociale nella responsabilità contrattuale, chiudendo il cerchio e rendendo la riforma inutile. Infatti mi si è posto il dubbio sul perché includere tale passo della disposizione, che ove ripettesse semplicemente che un’obbligazione assunta con un contratto ha natura contrattuale sarebbe un doppione inutile dell’art. 1173 c.c., mentre ogni altra interpretazione andrebbe a sabotare nuovamente il cambiamento di rotta, concretizzandosi in una manovra surrettizia che lascia a chi vuole vederla una scappatoia dall’applicabilità della responsabilità *ex delicto*. Che un professionista, come tra l’altro ogni altro soggetto nel nostro ordinamento, risponde *ex contractu* per un vero e proprio contratto concluso è infatti una regola non solo logica, ma un pilastro basilare dell’intero ordinamento, tanto che sicuramente nessuno avrebbe anche solo pensato a vedere nella non-mentione della responsabilità contrattuale per il medico che assume espressa obbligazione contrattuale con il cliente una deroga implicita dell’intera disciplina della responsabilità contrattuale. Invece la menzione esplicita di tale regola a mio avviso mentre nel miglior caso non

³⁰² <http://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2017/03/17/17G00041/sg> 29.11.2017.

³⁰³ <http://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2017/03/17/17G00041/sg> 30.11.2017.

³⁰⁴ Tribunale Avellino, sez. II, 12.10.2017, n. 1806, in de jure.

Tribunale Catania, Sez. V, 15.05.2017, n. 2282, in de jure.

comporta nessuna modifica al sistema giuridico vigente, nel peggior caso finisce, attraverso costruzioni come quella del contatto sociale, col dividere nuovamente i fronti sulla qualificazione della responsabilità medica.

Comunque la legge Gelli-Bianco traccia un nuovo sistema di tutela complessivamente molto promittente, aumentando le tutele dal punto di vista assicurativo, instaurando nuove regole per la definizione delle linee guida, e allo stesso tempo (apparentemente) alleggerendo l' esercente la professione sanitaria, siccome la qualificazione della sua responsabilità come extracontrattuale contribuirà sicuramente a ridurre le liti temerarie che sfortunatamente dominano il contenzioso in materia, e hanno in passato costretto i medici ad aderire alla medicina difensiva.

XII. Il consenso informato del paziente

Voluntas aegroti suprema lex

Rimandando per quanto riguarda l'obbligo di informazione gravante sul professionista al capitolo III.C.2, la disciplina del consenso informato del paziente riveste un ruolo centrale nel sistema della responsabilità medica, innanzitutto perché come detto solo il consenso informato del paziente scrimina la condotta del medico³⁰⁵, che in assenza di tale consenso, e fuori dall'ipotesi di cui all'art. 54 c.p., fa sorgere responsabilità penale in capo al sanitario³⁰⁶. Inoltre il consenso informato, principio fondamentale previsto anche dalla carta dei diritti fondamentali dell'unione europea³⁰⁷, in quanto essenza del diritto ad autodeterminarsi, se violato fa nascere obblighi di risarcimento del danno in capo al medico anche ove poi l'intervento sia andato comunque a buon fine.³⁰⁸ Oltre alla responsabilità penale e civile, dalla violazione degli obblighi di informazione derivano inoltre conseguenze disciplinari, in quanto l'obbligo di informazione, tra le altre fonti³⁰⁹,

³⁰⁵ Cassazione Civile, Sez. III, 14.03.2006, n.5444, in de jure.

³⁰⁶ Cassazione Civile, Sez. III, 29.09.2015, n. 19212, in de jure.

³⁰⁷ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A12012P%2FTXT> 15.12.2017.

³⁰⁸ Cassazione Civile, Sez. III, 12.06.2015, n. 12205, in de jure.

³⁰⁹ Art. 33 l. 23 dicembre 1978 n. 833, art. 32 Cost, art. 13 Cost.

è espressamente enunciato anche dal codice deontologico medico, che all' art. 32 c.d.m. sancisce l'obbligo del medico di fornire al paziente la più idonea informazione su diagnosi, prognosi, prospettive ed eventuali alternative diagnostico-terapeutiche e su prevedibili conseguenze. I requisiti del consenso informato sono la:

- a.) Personalità, in quanto nessuno tranne la persona stessa può disporre del bene della salute costituzionalmente protetto. Il requisito pertanto non è necessariamente la capacità negoziale, ma la semplice capacità di intendere e di volere. Ove venga deciso per un soggetto privo di capacità di agire, ma comunque capace di intendere e di volere infatti il medico dovrà tener conto non solo della decisione del rappresentante legale, ma anche del soggetto stesso ex art. 35 c.d.m..
- b.) L'esplicitezza, dovendo il consenso informato essere espresso, univoco e non condizionato, e inoltre reale ed effettivo e di conseguenza mai solo presunto.³¹⁰
- c.) La libertà, e dunque anche la consequenziale revocabilità del consenso prestato. La libertà del consenso informato implica necessariamente l'obbligo di informazione, in quanto solo un paziente informato è in grado di compiere una scelta libera, espressione del suo diritto all'autodeterminazione,³¹¹ che trova il suo fondamento normativo negli artt. 32 co 2 e 13 Cost.³¹²

La firma da parte del paziente di un modulo³¹³ di informazione prestampato peraltro, tristemente prassi molto diffusa, non basta assolutamente³¹⁴ per adempiere all'obbligo di informazione, ma costituisce semmai un elemento di prova dell'avvenuta informazione del paziente (gravante sul professionista³¹⁵), principio confermato dall'art. 32 c.d.m.³¹⁶ ove sancisce che il consenso del paziente, anche scritto, è elemento integrativo³¹⁷, e non sostitutivo dell'informazione ex art. 33 c.d.m.³¹⁸ Il consenso informato è necessario per

³¹⁰ Fabio Fortinguerra, La responsabilità del medico chirurgo, in Codice della responsabilità civile e rc auto, a cura di Ugo Carnevali, Giovanni Bonilini, Massimo Confortini, 2015, UTET, p. 758.

³¹¹ Riccardo Fresa, La colpa professionale in ambito sanitario, gennaio 2008, UTET, p. 105-106.

³¹² Fabio Fortinguerra, La responsabilità del medico chirurgo, in Codice della responsabilità civile e rc auto, a cura di Ugo Carnevali, Giovanni Bonilini, Massimo Confortini, 2015, UTET, p. 761.

³¹³ Cassazione Civile, Sez. III, 04.02.2016, n. 2177, in de jure.

³¹⁴ Corte d'Appello Milano, Sez. II, 02.12.2014, n.4324, in de jure.

³¹⁵ Cassazione Civile, Sez. III, 23.05.2001, n. 7027, in de jure.

³¹⁶ R. Cataldi, C. Matricardi, F. Romanelli, S. Vagnoni, V. Zatti, La responsabilità professionale del medico, gennaio 2005, Maggioli Editore, p. 342.

³¹⁷ Cassazione Civile, Sez. III, 20.08.2013, n. 19220, in de jure.

³¹⁸ Riccardo Fresa, La colpa professionale in ambito sanitario, gennaio 2008, UTET, p. 106.

ogni fase del trattamento, e da richiedere nuovamente per ogni modificazione del trattamento e dei rischi connessi.³¹⁹ I danni consequenziali all'inadempimento da parte del medico sono sia il danno alla salute, ove sussistente e ove venga dimostrato dal paziente che con un'adeguata informazione gli sarebbe stato possibile evitare quel danno (p.es. mancata informazione sull'inadeguatezza³²⁰ della struttura a condurre un certo intervento), sia il danno autonomo derivante dalla lesione del diritto all'autodeterminazione del paziente.³²¹

Un'evoluzione ulteriore del consenso informato del paziente, al tempo della stesura di questa opera vecchia pochi giorni, è la nuova legge sul c.d. biotestamento, tra l'altro non ancora pubblicata nella G.U.. Elemento innovativo di tale legge è la possibilità, prevista ex art. 4 per ogni maggiorenne capace di intendere e di volere, di disporre, in previsione di una eventuale futura incapacità ad autodeterminarsi, attraverso le c.d. DAT (disposizioni anticipate di trattamento), sui trattamenti sanitari, accertamenti diagnostici e sulle scelte terapeutiche da applicare, ivi comprese le pratiche di nutrizione e idratazione artificiale, in sostanza dando un consenso (informato) o un rifiuto (informato) anticipato e vincolante per il medico. Il soggetto che si avvale della funzione offerta dalle DAT inoltre nomina un fiduciario che lo rappresenterà nelle relazioni con il medico e la struttura sanitaria. Il medico può disattendere quanto previsto dalle DAT del paziente, in accordo con il fiduciario, ove sia palese che le disposizioni siano incongrue o non corrispondenti alla condizione attuale del paziente, o ove siano sopravvenute nuove terapie che promettono concrete possibilità di miglioramento della condizione di vita del paziente. Le DAT vanno redatte per atto pubblico o scrittura privata autenticata, ovvero con scrittura privata consegnata personalmente dal disponente all'ufficio di stato civile del comune di residenza. Ove necessario per ragioni di salute della persona che intende disporre, è ammessa anche la redazione mediante videoregistrazione o dispositivi che consentono di comunicare alla persona disabile. Le DAT sono esenti dall'obbligo di registrazione e ogni forma di tributi, diritti, imposte o tasse. Inoltre la legge all'art.1 conferma, nel rispetto dei principi di cui agli artt. 2,13, e 32 Cost, e gli artt. 1, 2 e 3 carta

³¹⁹ Cassazione Civile, Sez. III, 15.01.1997, n. 364, in de jure.

³²⁰ Maurizio Hazan, Daniela Zorzit, Assicurazione obbligatoria del medico e responsabilità sanitaria, Giuffrè, 2013, p. 422.

³²¹ Fabio Fortinguerra, La responsabilità del medico chirurgo, in Codice della responsabilità civile e rc auto, a cura di Ugo Carnevali, Giovanni Bonilini, Massimo Confortini, 2015, UTET, p. 759.

dei diritti fondamentali dell'unione europea, nuovamente l'assoluta necessità del consenso informato del paziente, ripetendone i principi.³²²

XIII. Il danno risarcibile

I danni risarcibili nelle ipotesi di responsabilità medica sono sia il danno patrimoniale, consistente nel lucro cessante e nel danno emergente, che il danno non patrimoniale, nelle sue forme principali di danno morale, danno biologico e danno esistenziale, e le varie subspecies di tali categorie, ricondotte poi dalla dottrina comunque nell'alveo unico del danno non patrimoniale.

XIV. Il nesso di causalità

Per quanto riguarda il nesso di causalità si rimanda a quanto detto nel Capitolo VII.A e VIII.B.

XV. La responsabilità dell'équipe medica

La realtà odierna, che vede ormai, soprattutto negli interventi chirurgici, assolutamente marginali i casi del medico che opera da solo, rende necessario il trattamento della questione della ripartizione delle responsabilità all'interno dell'équipe operante, costituita

³²² <http://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/17/DDLMESS/1062643/index.html#> 16.12.2017.

spesso non solo da medici, ma anche paramedici, infermiere etc. La soluzione adottata del diritto penale³²³, estendibile analogicamente al diritto civile, è quella dell'affidamento. Il medico, come anche ogni altro partecipante in una situazione rischiosa (guida etc.), tollerata dall'ordinamento, agisce dovendo per forza far affidamento³²⁴ alla corretta esecuzione dell'opera da parte degli altri membri dell'équipe. Tale affidamento non³²⁵ opera come esimente dalla responsabilità per danni arrecati dall'operato di altro membro dell'équipe in due ipotesi, la prima consistente nella figura del soggetto con posizione apicale³²⁶ nella struttura dell'équipe, che risponde sia per *culpa in eligendo* (nel caso del primario) che per *culpa in vigilando*³²⁷, che ha l'obbligo di controllare l'operato degli altri, la seconda consistente nel membro³²⁸ dell'équipe che si accorge di comportamenti scorretti e potenzialmente nocivi per il paziente.³²⁹ Se nell'ambito dell'équipe sussiste, come sarà di regola il caso, un rapporto di subordinazione gerarchica, il sottoposto non ha, per citare *Hannah Arendt* (anche se in un contesto assolutamente diverso), il “*diritto ad obbedire*”. Infatti il sottoposto, sia essi un chirurgo esperto, o anche solo un semplice infermiere, ha l'obbligo³³⁰, se non si vuole veder accollata la responsabilità per l'azione colposa del preposto, di segnalare le sue conoscenze e il suo dissenso con l'operato del preposto. Deve poi tuttavia, a parte il caso di ordini manifestamente criminosi ex art. 51 c.p., eseguire gli ordini del preposto, non essendo però responsabile dell'esito negativo dell'intervento.³³¹

³²³ Salvatore Donato Messina, Giorgia Spinnato, Manuale breve di diritto penale, edizione XII, Milano, 2017, Giuffrè, p. 152.

³²⁴ Tribunale Bari, Sez. II, 16.04.2012, n. 1303, in de jure.

³²⁵ Maurizio Hazan, Daniela Zorzit, Assicurazione obbligatoria del medico e responsabilità sanitaria, Giuffrè, 2013, p. 426.

³²⁶ Cassazione Penale, Sez. IV, 05.05.2015, n. 33329, in de jure.

³²⁷ R. Cataldi, C. Matricardi, F. Romanelli, S. Vagnoni, V. Zatti, La responsabilità professionale del medico, gennaio 2005, Maggioli Editore, p. 114.

³²⁸ Riccardo Fresa, La colpa professionale in ambito sanitario, gennaio 2008, UTET, p. 31.

³²⁹ Gianfranco Iadecola, Marco Bona, La responsabilità dei medici e delle strutture sanitarie, profili penali e civili, Milano, 2009, Giuffrè, p. 87-88.

³³⁰ Giuseppe Cassano, la responsabilità del professionista, Torino, 2008, Giappichelli, p. 87.

³³¹ Giuseppe Cassano, La responsabilità civile, con ampio formulario e giurisprudenza sul nuovo danno non patrimoniale, Milano, 2012, Giuffrè, p. 121-122.

XVI. Ipotesi particolari di responsabilità professionale del medico

Vista l'ampiezza della materia e conseguente impossibilità di elencare tutte le singole ipotesi in cui un medico può incorrere in responsabilità professionale, mi limiterò in questa opera ad enumerare i casi più frequenti trattati da giurisprudenza e dottrina.

A. La responsabilità del chirurgo

La colpa del chirurgo costituisce sicuramente l'ipotesi più frequente di responsabilità medica, conseguenza peraltro logica dell'elevato grado di rischi inestricabilmente connessi a tale attività. L'errore chirurgico emblematico è ravvisabile nella:

- a) Diagnosi errata, e conseguente intervento in realtà controindicato o addirittura nocivo, o invece di omissione di intervento che sarebbe stato necessario.
- b) Prognosi errata, e conseguente intervento intempestivo, con effetti pregiudizievoli per il paziente.
- c) Valutazione della situazione errata, consistente nella falsa valutazione delle proprie capacità, e conseguente mancata intervento per paura di incorrere in errori.
- d) Esecuzione materiale errata, costituita essenzialmente da ipotesi di negligenza e imprudenza, peraltro come esposto non rientranti nella disciplina dell'art. 2236 c.c..³³² Sottospecie emblematiche di tale categorie sono lo scambio di pazienti, la derelizione di oggetti all'interno del paziente, peraltro addebitata non solo al

³³² Gianfranco Iadecola, Marco Bona, La responsabilità dei medici e delle strutture sanitarie, profili penali e civili, Milano, 2009, Giuffrè, p. 118-119.

chirurgo, ma secondo la S.C. all'intera équipe medica³³³, l'asporto dell'organo sbagliato etc.

B. La responsabilità dell'anestesista

L'anestesista dovrebbe, per adempiere alla sua obbligazione consistente non solo nel amministrare e sorvegliare l'anestesia, ma ex art. 1 l 653/1954 anche nel esprimere un parere motivato sulle condizioni del malato e sulla anestesia da applicare, essere esperto in praticamente tutti i campi della medicina, dalla chirurgia alla medicina interna, presupposto *de facto* impossibile in quanto nella medicina, come peraltro anche nella giurisprudenza e in molte altre materie, la possibilità di essere esperti in tutta la materia è preclusa dalla massa di informazioni oggi giorno disponibili. L'anestesista dovrà agire diligentemente ex 1176 co 2 c.c., applicando tutte le sue conoscenze al caso concreto e individuando dunque il trattamento a suo avviso più idoneo. L'anestesista ha l'obbligo di visitare il paziente prima dell'intervento e nell'ambito di una anamnesi dettagliata accertare l'idoneità del paziente (medicinali in uso etc.) all'anestesia programmata, integrando la diagnosi ove necessario. Deve poi eseguire l'anestesia, costantemente sorvegliare lo stato del paziente, ed infine dopo l'esito positivo dell'intervento sorvegliare il risveglio del paziente e la ripristinazione delle funzioni vitali e dei riflessi.³³⁴ I casi emblematici di responsabilità dell'anestesista pertanto sono:

- a) Mancato esame del paziente, con conseguente applicazione di anestetico controindicato per il paziente.
- b) Mancato accertamento di una stato di "*intossicazione acuta da anestetico*".
- c) Mancata sorveglianza del paziente con conseguente impossibilità di un tempestivo intervento in caso di emergenza.

³³³ Cassazione Penale, Sez. IV, 26.05.2004, n. 39062, in de jure.
Corte d'Appello, Roma, Sez. III, 08.03.2011, n. 981, in de jure.

³³⁴ Gianfranco Iadecola, Marco Bona, La responsabilità dei medici e delle strutture sanitarie, profili penali e civili, Milano, 2009, Giuffrè, p. 132-133.

- d) Mancato controllo³³⁵ dell'effettiva operatività dei macchinari prima dell'intervento.³³⁶

C. La responsabilità del ginecologo

Altra ipotesi frequente nella prassi giurisprudenziale è la responsabilità civile dell'ostetrico e ginecologo³³⁷, conseguenza dell'elevato rischio di complicazioni o errori, e del fatto che i soggetti potenzialmente lesi sono due anziché uno. I casi di responsabilità dell'ostetrico vertono nelle maggior parte su ipotesi di negligenza, cioè nel non aver previsto e non essersi preparato per complicazioni che erano assolutamente prevedibili.³³⁸ Altro fenomeno interessante, collegato di norma alla figura professionale del ginecologo, è la responsabilità del medico per nascita indesiderata³³⁹, che è configurabile ove il medico, non adempiendo ai suoi obblighi di informazione, abbia precluso in tal modo alla paziente la possibilità di un aborto tempestivo³⁴⁰ e di conseguenza il suo diritto ad autodeterminarsi.³⁴¹ Anche il medico che negligenzemente ha prescritto ad una coppia un farmaco anticoncezionale inefficace è stato ritenuto responsabile del c.d. danno da nascita indesiderata.³⁴² Il nascituro invece, secondo autorevole dottrina e giurisprudenza, non essendo configurabile nel nostro ordinamento un diritto al nascere sani, non potrà chiedere alcun risarcimento dal medico inadempiente.³⁴³ Ce tuttavia chi propende per una soluzione opposta, agganciandosi all'art. 32 Cost. che nel sancire il diritto alla salute non

³³⁵ Cassazione Penale, Sez. IV, 08.11.2013, n. 7597, in de jure.

³³⁶ Gianfranco Iadecola, Marco Bona, La responsabilità dei medici e delle strutture sanitarie, profili penali e civili, Milano, 2009, Giuffrè, p. 134.

³³⁷ Cassazione Penale, Sez. IV, 18.10.2016, n.53315, in de jure.

³³⁸ Gianfranco Iadecola, Marco Bona, La responsabilità dei medici e delle strutture sanitarie, profili penali e civili, Milano, 2009, Giuffrè, p. 139.

³³⁹ R. Cataldi, C. Matricardi, F. Romanelli, S. Vagnoni, V. Zatti, La responsabilità professionale del medico, gennaio 2005, Maggioli Editore, p. 196-197.

³⁴⁰ Cassazione Civile, Sez. III, 28.02.2017, n.5004, in de jure.

³⁴¹ Corte d'Appello Roma, Sez. III, 28.07.2017, n. 5179, in de jure.

³⁴² Tribunale Milano, Sez. I, 10.03.2014, in de jure.

³⁴³ Cassazione Civile, Sez. Un., 22.12.2015, n. 25767, in de jure.

richiede la capacità giuridica, e osservando che in altre discipline del nostro ordinamento giuridico anche al nascituro vengono concessi certi diritti.³⁴⁴

D. La responsabilità dell'odontoiatra

Menzione a parte merita anche la responsabilità dell'odontoiatra, soprattutto per il fatto che parte (contra³⁴⁵) della giurisprudenza considera parte delle sue prestazioni (protesi e implantologia) come obbligazione di risultato³⁴⁶, con conseguente responsabilità del medico per difetti della protesi, assimilandolo la prestazione a quella della progettazione di costruzioni edilizie, e sancendo la responsabilità del professionista per mancanza del risultato materiale.³⁴⁷

E. La responsabilità del radiologo

La responsabilità del radiologo va suddivisa nel settore della radiodiagnostica e in quello della radioterapia. Nell'ambito della radiodiagnostica³⁴⁸ le fattispecie più frequenti sono:

- a.) Mancato mantenimento delle apparecchiature e dei macchinari, con conseguente lesione del paziente da scosse elettriche etc.

³⁴⁴ R. Cataldi, C. Matricardi, F. Romanelli, S. Vagnoni, V. Zatti, La responsabilità professionale del medico, gennaio 2005, Maggioli Editore, p. 209 ss.

Cassazione Civile, Sez. III, 22.11.1993, n. 11503, in de jure.

³⁴⁵ Cassazione Civile, Sez. III, 23.07.2002, n. 10741, in de jure.

³⁴⁶ Massimo Franzoni, Trattato della responsabilità civile, L'illecito, Milano, 2004, Giuffrè, p. 238-239.

³⁴⁷ G. Facci, La responsabilità civile del professionista, in I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale, diretto da Francesco Galgano, Padova, 2006, Cedam, p. 501-503.

³⁴⁸ Tribunale Milano, Sez. I, 23.08.2016, in de jure.

b.) Mancata diligenza nell'esecuzione dell'esame³⁴⁹, con conseguente irradiazione del paziente, o danni arrecati dall'uso erroneo di mezzi di contrasto.

c.) Erronea interpretazione dei risultati dell'esame radiologico.³⁵⁰

Nell'ambito della radioterapia invece le ipotesi di responsabilità del radiologo più ricorrenti sono l'eccesso di dose, con conseguente irradiazione e lesione del paziente, e il mancato esame del paziente prima dell'intervento per escludere speciali incompatibilità del paziente.³⁵¹

F. La responsabilità dello psichiatra

Lo psichiatra, per la natura della prestazione che mira a curare disturbi psichici, spesso per giunta non appropriatamente identificabili e comunque, essendo la psiche umana un campo ancora lontano dall'essere completamente spiegabile, difficilmente curabili, è spesso limitato a curare i sintomi della malattia anziché la patologia mentale vera. Di conseguenza la sua obbligazione è un caso modello dell'obbligazione di mezzi, essendo ridicola l'idea di pretendere da uno psichiatra il risarcimento per inadempimento perché chi era matto prima non è stato curato con il suo intervento. Ed infatti la responsabilità dello psichiatra non verte quasi mai sulla sua prestazione in se, ma sugli obblighi accessori³⁵² di sorveglianza³⁵³ e custodia³⁵⁴ gravanti sul professionista, mirati ad evitare

³⁴⁹ Cassazione Penale, sez. IV, 19.04.2016, n. 22156, in de jure.

³⁵⁰ Gianfranco Iadecola, Marco Bona, La responsabilità dei medici e delle strutture sanitarie, profili penali e civili, Milano, 2009, Giuffrè, p. 147.

³⁵¹ Gianfranco Iadecola, Marco Bona, La responsabilità dei medici e delle strutture sanitarie, profili penali e civili, Milano, 2009, Giuffrè, p. 154.

³⁵²³⁵² G. Facci, La responsabilità civile del professionista, in I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale, diretto da Francesco Galgano, Padova, 2006, Cedam, p. 544 ss.

³⁵³ R. Cataldi, C. Matricardi, F. Romanelli, S. Vagnoni, V. Zatti, La responsabilità professionale del medico, gennaio 2005, Maggioli Editore, p. 286-287.

³⁵⁴ Cassazione Penale, Sez. IV, 18.05.2017, n.43476,
Cassazione Penale, Sez. III, 20.11.2007, n. 4107, in de jure.

comportamenti lesivi³⁵⁵ o autolesivi del paziente. Lo psichiatra viene pertanto regolarmente ritenuto responsabile³⁵⁶ del mancato accertamento della pericolosità sociale del paziente e della mancata adozione di misure di sicurezza idonee.³⁵⁷ Si fa tuttavia notare che, essendo il ricovero del malato di mente ormai solo *ultima ratio*, lo psichiatra che non avrebbe comunque potuto impedire l'evento per mancanza di possibilità di far impedire coattivamente l'atto autolesivo, non può essere ritenuto responsabile³⁵⁸, mentre viceversa se la possibilità di ordinare il ricovero ospedaliero sussisteva, al medico sarà addebitabile il suicidio del malato di mente.³⁵⁹ Si dovrà pertanto accertare in ogni caso concreto se vi sia stata imperizia del medico nel trattamento del paziente, o invece se l'azione o omissione del medico sia stata una scelta terapeutica consapevole, difficilmente sindacabile ove attinente alle linee guida e best practices.³⁶⁰

G. La responsabilità del medico d'urgenza.

Altro caso speciale che merita di essere menzionato è quello del medico d'urgenza (medico di guardia o pronto soccorso), cioè del sanitario che, specie nel pronto soccorso, si vede confrontato con situazioni di estrema urgenza. La caratteristica della medicina d'urgenza è pertanto la tempestività, rapidità, completezza (relativa a quanto possibile) e l'essenzialità della prestazione. Ove il medico per l'acuta concentrazione di casi non sia in grado di occuparsi di tutti i pazienti, dovrà valutare comparativamente i casi e gli interessi in gioco e ordinarli a seconda dell'urgenza.³⁶¹

³⁵⁵ Tribunale Milano, 08.04.2005, in de jure.

³⁵⁶ Tribunale Rimini, 17.08.2015, n.1035, in de jure.

³⁵⁷ Gianfranco Iadecola, Marco Bona, La responsabilità dei medici e delle strutture sanitarie, profili penali e civili, Milano, 2009, Giuffrè, p. 155-156.

³⁵⁸ Corte d'Appello Cagliari, 9.04. 1991.

³⁵⁹ Tribunale Bologna, 04.04.2007, in de jure.

³⁶⁰ Massimo Franzoni, Trattato della responsabilità civile, L'illecito, Milano, 2004, Giuffrè, p. 237-238.

³⁶¹ Gianfranco Iadecola, Marco Bona, La responsabilità dei medici e delle strutture sanitarie, profili penali e civili, Milano, 2009, Giuffrè, p. 167-168.

XVII. L'onere probatorio nella responsabilità medica

Senza ripetere quanto spiegato³⁶² sull'onere della prova in generale, l'onere della prova nella responsabilità medica contrattuale consiste nell'onere del paziente a provare la fonte negoziale e la tipologia ed entità dei pregiudizi lamentati, mentre dovrà solo allegare la prestazione contestata, l'inadempimento e il nesso causale. Il medico o la struttura sanitaria dovranno poi fornire la prova liberatoria dell'insussistenza del nesso causale, eventualmente della speciale difficoltà tecnica della prestazione, dell'impossibilità dell'adempimento per fattori esterni e non imputabili, o dalla mancanza della prestazione contestata.³⁶³

³⁶² Capitolo VII.A e VIII.B.

³⁶³ Cassazione Civile, Sez. III, 13.10.2017, n. 24073, in de jure.

Gianfranco Iadecola, Marco Bona, La responsabilità dei medici e delle strutture sanitarie, profili penali e civili, Milano, 2009, Giuffrè, p. 359-360.

XVIII. La responsabilità civile del professionista forense

XIX. Evoluzione storica

La professione forense, che trova le sue radici già nelle più primitive culture in forma di stregoni, sacerdoti etc. che esercitavano il diritto in nome degli dei, è rimasta a lungo inestricabilmente legata alla religione, per poi venir laicizzata nel periodo della Repubblica romana. Le prestazioni intellettuali, rientrando nella sfera delle arti, non costituivano in capo al cliente l'obbligo di pagare un corrispettivo, in quanto erano di per se gratuite, anche se poi de facto remunerate comunque, sotto forma del c.d. *honorarium*³⁶⁴, cioè di un ringraziamento pecuniario volontario, prassi degenerata col passare del tempo in modo tale da rendere necessario l'intervento della c.d. *lex cincia*.³⁶⁵

Nell'epoca imperiale venne poi capovolto tale impostazione, e conseguenzialmente ammesso che il professionista pattuisca col cliente un compenso per l'attività da svolgere.³⁶⁶ Dopo un arresto dell'evoluzione della professione forense dovuta al fatto che nel medioevo, soprattutto per la regola processuale della necessaria difesa personale, la figura dell'avvocato, a parte alcuni casi speciali come orfani, vedove etc., era inutile, la professione forense è rifiorita nel rinascimento, con l'avvento del processo di stile romano, con regole troppo complesse per un *quisque de populo*, rendendo necessario l'intervento di un soggetto esperto.³⁶⁷

La bipartizione della professione forense operante in Italia tra procuratore e avvocato, risalente alla l. 8.6.1874, n. 1938, prevedeva delle differenze tra avvocati e procuratori, sia per quanto riguardava le competenze, sia per quanto riguardava i limiti spaziali nei

³⁶⁴ Rocco Favale, La responsabilità civile del professionista forense, Padova, 2011, Cedam, p.2.

³⁶⁵ http://newsletter.cassaforense.it/index.php?option=com_content&view=article&id=334:curiosita-storiche-forensi&catid=78:interventi&Itemid=476 15.12.2017.

Rocco Favale, La responsabilità civile del professionista forense, Padova, 2002, Cedam, p.8-10.

³⁶⁶ Rocco Favale, La responsabilità civile del professionista forense, Padova, 2002, Cedam, p. 11.

³⁶⁷ Rocco Favale, La responsabilità civile del professionista forense, Padova, 2002, Cedam, p. 12.

quali era permesso ai procuratori esercitare la loro funzione. Le due figure erano peraltro cumulabili ove ne sussistevano i presupposti, anche se col divieto di percepire entrambi gli onorari. Venute meno anche le limitazioni delle competenze³⁶⁸, ed alla luce del diritto comunitario, non era più sostenibile tale bipartizione, infatti eliminata con la l.24.2.1997, n. 27.³⁶⁹

A. L'avvocato nel diritto tedesco

Originariamente nel diritto germanico erano previste due tipologie di avvocati, cioè il "Anwalt", difensore della parte in giudizio, il "Vorsprecher", che aveva in primo luogo il compito di trovare la verità, non di conseguire gli interessi delle parti, e il "Ratgeber", che non poteva tuttavia rappresentare il cliente in giudizio. Tale bipartizione è poi stata soppressa con l'abilitazione dell' "Advokat" a rappresentare il cliente in giudizio, eliminando l'unica vera differenza tra le due figure.³⁷⁰

B. L'avvocato nel diritto francese

Nel diritto francese con un'ordinanza di Philippe de Valois del 1327 furono istituiti tre ordini di avvocati, i "consilarii" con funzione consultiva, i "advocati" con funzione di difensore in giudizio, e i "novi", figura comparabile al praticante. Dopo tempi difficili per gli avvocati, soprattutto nel periodo della rivoluzione, in cui vennero vietate le forme associative e di conseguenza anche l'ordine degli avvocati, con la riforma del 1920 vennero eliminati tutti gli avvocati non iscritti, e nel 1941 venne introdotto il "certificat d'Aptitude à la Profession d'Avocat", costituente un ulteriore ostacolo per chi voleva

³⁶⁸ Paolo Cendon, Commentario al codice civile, artt. 2135-2246, Milano, 2008, Giuffrè, p. 755-757, art. 2229.

³⁶⁹ Paolo Cendon, Commentario al codice civile, artt. 2135-2246, Milano, 2008, Giuffrè, p. 760-762, art. 2229.

Rocco Favale, La responsabilità civile del professionista forense, Padova, 2002, Cedam, p. 26.

³⁷⁰ Rocco Favale, La responsabilità civile del professionista forense, Padova, 2002, Cedam, p. 13.

esercitare la professione forense, finché nel 1971 infine vennero fuse le 3 forme di avvocato, creando un'unica forma di esercente la professione forense.³⁷¹

C. L'avvocato nel sistema del common law

Una breve analisi merita anche il sistema inglese della professione forense, caratterizzata dalle figure dei solicitors e dei barristers, e dello stretto legame tra giudici e barristers, essendo i primi scelti dai ranghi dei secondi. Col “*Courts and Legal Services Act*”,³⁷² del 1990 il sistema antecedente che precludeva ai c.d. solicitors la possibilità di difendere i propri clienti dinanzi alle corti superiori è stato abolito, rendendo ora possibile ai solicitors specializzati in “*litigation*” di rappresentare i propri clienti dinanzi a tutte le corti.³⁷³ Inoltre, essendo la nomina dei giudici legata alla capacità di difendere davanti alle corti superiori, dopo la riforma anche i solicitors possono essere nominati giudici.³⁷⁴ Prima della riforma infatti il sistema era caratterizzato dalle due classi, i barristers, spesso classificati come trial lawyers, che erano abilitati ad agire dinanzi alle corti superiori, e sollecitors, chiamati office lawyers, che, mancando il “*right of audience*”,³⁷⁵ presso le corti superiori, difendevano i clienti dinanzi alle corti minori, redigevano testamenti, contratti etc.³⁷⁶

³⁷¹ Rocco Favale, La responsabilità civile del professionista forense, Padova, 2002, Cedam, p.15-18.

³⁷² Smith and Bailey, on the modern English legal system, third edition, London, 1996, Sweet and Maxwell, p. 122.

³⁷³ Smith and Bailey, on the modern English legal system, third edition, London, 1996, Sweet and Maxwell, p. 122.

Rocco Favale, La responsabilità civile del professionista forense, Padova, 2002, Cedam, p. 23.

³⁷⁴ Rocco Favale, La responsabilità civile del professionista forense, Padova, 2002, Cedam, p. 25.

³⁷⁵ Smith and Bailey, on the modern English legal system, third edition, London, 1996, Sweet and Maxwell, p. 133.

³⁷⁶ Rocco Favale, La responsabilità civile del professionista forense, Padova, 2002, Cedam, p. 19-20.

D. L'avvocato europeo

Per quanto riguarda la disciplina dell'avvocato europeo è da segnalare il quadro normativo rilevante, consistente nelle direttive CEE n.77/249 del 1977 e CEE n. 89/48 del 1988, e CEE n. 98/5 del 1998. In sintesi l'avvocato straniero può stabilirsi in Italia, iscriversi in una sezione speciale dell'albo e diventare in tal modo avvocato stabilito. Può poi esercitare tutte le funzioni aperte anche agli avvocati italiani, con la limitazione che per la rappresentanza, assistenza e difesa in giudizio deve agire "*d'intesa*" con un avvocato italiano. Passati i 3 anni l'avvocato stabilito diventa avvocato integrato e può usare il titolo di avvocato italiano senza dover assolvere la prova attitudinale obbligatoria prevista dall'art. 8 d.lgs. n. 115/1992.³⁷⁷ Tale sistema veniva in passato spesso sfruttato da laureati italiani, che per evitare l'esame di Stato andavano in Spagna, si facevano riconoscere il titolo di avvocato spagnolo, e poi tornavano in Italia, ottenendo dopo 3 anni il diritto di avvalersi del titolo di avvocato italiano.

³⁷⁷ https://archivio.pubblica.istruzione.it/normativa/2005/allegati/dlgs115_92.pdf 5.12.2017. Rocco Favale, La responsabilità civile del professionista forense, Padova, 2002, Cedam, p. 31-34.

XX. La responsabilità civile dell'avvocato

Il rapporto intercorrente tra avvocato e cliente, di natura sempre contrattuale, sia esso concluso con l'avvocato singolo o con l'avvocato parte di uno studio associato, viene qualificato dalla giurisprudenza maggioritaria³⁷⁸ come contratto d'opera intellettuale, ex art. 2229 c.c. e seguenti, pur esistendo correnti interpretative che riconducono suddetto rapporto nell'ambito del contratto di mandato, e altri ancora che ritengono applicabile la disciplina del codice del consumatore. La dottrina propende per un inquadramento del rapporto nella disciplina del contratto d'opera intellettuale, e specificamente in una sottocategoria, il c.d. contratto di patrocinio/clientela³⁷⁹, consistente nel rapporto di mandato tra le parti, anche senza procura ad litem.³⁸⁰ Il rapporto che si instaura tra l'avvocato che rappresenta il cliente in giudizio e il cliente rappresentato viene realizzato col mandato *ad litem*, che impone all'avvocato ulteriori obblighi inerenti a tale categoria di contratto, disciplinato ex artt. 1703 c.c. e seguenti, e che costituisce un sub-elemento del contratto d'opera intellettuale stipulato, definito dalla dottrina contratto di clientela.³⁸¹

Sull'avvocato gravano ex art. 1176 co 2 c.c.³⁸², come anche sul medico, complessi obblighi di informazione³⁸³ verso il suo cliente, sia per quanto riguarda la fase precontrattuale, nella quale il professionista è tenuto a delineare chiaramente le possibilità di successo dell'azione, ed eventualmente sconsigliare il perseguimento dell'azione. Il contenuto dell'obbligo di informazione peraltro non è individuabile a priori, ma va concretizzato³⁸⁴ avendo riguardo al caso concreto, in quanto una spiegazione dettagliata degli aspetti giuridici potrebbe risultare inutile per un cliente senza conoscenze nel campo della giurisprudenza, e allo stesso modo una spiegazione superficiale potrebbe risultare insufficiente nei confronti di un soggetto qualificato.³⁸⁵ Una volta concluso il contratto

³⁷⁸ Tribunale Roma, sezione XI, 06.07.2017, n. 13726, in de jure.

³⁷⁹ Fabrizio Moncalvo, La responsabilità dell'avvocato, in Codice della responsabilità civile e rc auto, a cura di Ugo Carnevali, Giovanni Bonilini, Massimo Confortini, 2015, UTET, p. 706.

³⁸⁰ Cassazione Civile, sez. III, 08.06.2017, n. 14276, in de jure.

³⁸¹ Marcello Adriano Mazzola, Responsabilità processuale, 2013, UTET, p. 704-705.

³⁸² Cassazione Civile, sez. VI, 13.09.2017, n. 21173, in de jure.

³⁸³ Marcello Adriano Mazzola, Responsabilità processuale, 2013, UTET, p. 711.

³⁸⁴ Cassazione Civile, Sez. III, 29.09.2015, n. 19212, in de jure.

³⁸⁵ Rocco Favale, La responsabilità civile del professionista forense, Padova, 2011, Cedam, p. 136.

L'avvocato è poi tenuto ad informare il cliente di ogni cambiamento della situazione di fatto che potrebbe essere rilevante o comunque di interesse per il cliente.³⁸⁶ Esistono poi norme specifiche che mirano ad accollare all'avvocato specifici obblighi di informazione, come l'obbligo di informare il cliente della possibilità di avvalersi del procedimento di mediazione ex art. 4 d.lgs. n. 28 del 04.03.2010.³⁸⁷ L'avvocato che promette³⁸⁸ al cliente la vittoria in giudizio peraltro secondo alcuni realizza una promessa del fatto di un terzo, con conseguente obbligo di indennizzare il cliente in caso di mancato conseguimento del risultato promesso ex. art. 1381 c.c.³⁸⁹, mentre altri sostengono che anche la promessa della vittoria in giudizio, come la promessa della guarigione del paziente da parte del medico, non integri la fattispecie della promessa al terzo, bensì una violazione degli obblighi di informazione gravanti sul professionista.³⁹⁰

Nell'adempiere l'obbligazione assunta il professionista può avvalersi di sostituti e ausiliari, del qual operato è responsabile ai sensi degli artt. 1228, 1717 e 2232 c.c.. La possibilità di farsi sostituire da un altro procuratore, introdotta dall' art. 9, R.D.L. 27.11.1933, n. 1578, convertito nella L. 22.1.1934, n. 36 (c.d. legge forense),³⁹¹ è ora prevista dall'art. 14 ordinamento della professione forense.³⁹²

³⁸⁶ Fabrizio Moncalvo, La responsabilità dell'avvocato, in Codice della responsabilità civile e rc auto, a cura di Ugo Carnevali, Giovanni Bonilini, Massimo Confortini, 2015, UTET, p. 707.

³⁸⁷ <http://www.camera.it/parlam/leggi/deleghe/10028dl.htm> 07.12.2017.

³⁸⁸ Rocco Favale, La responsabilità civile del professionista forense, Padova, 2011, Cedam, p. 129.

³⁸⁹ Andrea Torrente, Piero Schlesinger, Manuale di diritto privato, XXII edizione, a cura di Franco Anelli e Carlo Granelli, Milano, 2015, Giuffrè, p. 621.

³⁹⁰ Naddeo, F. (2012). Responsabilità del prestatore d'opera intellettuale, in Trattato della responsabilità civile, volume 1, diretto da Pasquale Stanzone. CEDAM, p. 1310.

³⁹¹ Fabrizio Moncalvo, La responsabilità dell'avvocato, in Codice della responsabilità civile e rc auto, a cura di Ugo Carnevali, Giovanni Bonilini, Massimo Confortini, 2015, UTET, p.707.

³⁹² http://www.consiglionazionaleforense.it/documents/20182/51913/LA_PROF_FORENSE_ONLINE_31_3_2017.pdf/910c832f-33ad-4ca7-ac10-f75c536d0b28 09.12.2017.

XXI. L'oggetto della prestazione professionale dovuta dall'avvocato

La problematica della responsabilità dell'avvocato per l'inadempimento dell'obbligo assunto va poi risolta avendo riguardo alla distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato, già affrontata nella stesura di quest'opera nel capitolo C.1. La giurisprudenza unanime³⁹³ qualifica l'obbligazione assunta dall'avvocato come obbligazione di mezzi, con conseguenziale responsabilità dell'avvocato solo per mancata diligenza nell'esecuzione della prestazione, e non per mancato conseguimento del risultato sperato. Un isolata dottrina insiste tuttavia sulla distinzione in incarichi specifici e incarichi aspecifici, essendo per i primi configurabile un'obbligazione di risultato³⁹⁴, e di conseguenza la responsabilità dell'avvocato per il mancato conseguimento del risultato³⁹⁵, tesi a mio avviso assolutamente condivisibile in quanto appare assurdo sostenere che l'incarico dell'avvocato a scrivere una diffida, ad interrompere la prescrizione con atto giudiziale etc. siano obbligazioni di mezzi.³⁹⁶ L'aleatorietà del risultato che giustifica il trattamento diverso e avvantaggiato dei prestatori di obbligazioni di mezzi è totalmente assente in tali categorie di atti, e dunque il trattamento più favorevole non risulta giustificabile. Si potrebbe d'altronde qualificare anche tali atti come obbligazione di mezzi, e far rispondere il professionista per negligenza³⁹⁷ da colpa gravissima o addirittura dolo, presente *in re ipsa*. Stessa affermazione sulla natura della responsabilità professionale per compiti basilari tuttavia non può essere fatta per il chirurgo estetico, che secondo alcuni negli interventi di routine avrebbe da adempiere un'obbligazione di risultato, in quanto un intervento chirurgico è sempre collegato a rischi ed elementi aleatori, estranei alla sfera del dominabile. È da notare che la giurisprudenza,

³⁹³ Cassazione Civile, sez. II, 22.03.2017, n.7309, Cassazione Civile, sez. III, 10.06.2016, n. 11906, Cassazione Civile, sez. II, 08.09.2015, n. 17758, Cassazione Civile, sez. III, 20.05.2015, n.10289, Cassazione Civile, sez. II, 11.01.2010, n. 230, in de jure.

³⁹⁴ Naddeo, F. (2012). Responsabilità del prestatore d'opera intellettuale, in Trattato della responsabilità civile, volume 1, diretto da Pasquale Stanzone. CEDAM, p. 1313.

³⁹⁵ Fabrizio Moncalvo, La responsabilità dell'avvocato, in Codice della responsabilità civile e rc auto, a cura di Ugo Carnevali, Giovanni Bonilini, Massimo Confortini, 2015, UTET, p.708.

³⁹⁶ Paolo Cendon, Commentario al codice civile, artt. 2135-2246, Milano, 2008, Giuffrè, p. 828, art. 2230.

³⁹⁷ Marcello Adriano Mazzola, Responsabilità processuale, 2013, UTET, p. 717.

per quanto riguarda la responsabilità professionale, sembra discostarsi dall'uso delle categorie dell'obbligazione di mezzo/risultato, propendendo invece per una identificazione della responsabilità del professionista basata sull'art. 1176 c.c., che permette di calibrare la responsabilità del professionista a seconda dell'incarico assunto, imponendo all'interprete di adeguare la diligenza richiesta alla natura più o meno complessa della prestazione, mantenendo una concezione unitaria di tale responsabilità e evitando la scissione in obbligazioni di mezzi o di risultato.³⁹⁸

XXII. Il nesso eziologico

Per poter configurare la responsabilità del professionista forense per un suo inadempimento è necessario l'accertamento del nesso eziologico, presupposto fondamentale di ogni responsabilità. Nella tematica della responsabilità dell'avvocato si devono distinguere due ipotesi fondamentali di danni, la perdita di chance³⁹⁹ e il danno tout court.⁴⁰⁰ Per quanto riguarda la perdita di chance, a lungo negata totalmente, e dopo la sentenza della S.C.⁴⁰¹ configurabile ogniqualvolta l'esito del processo non sarebbe comunque stato certo, il cliente che si ritiene danneggiato dovrà provare il nesso causale, cioè la configurabilità del comportamento dell'avvocato come *condicio sine qua non*, seguendo le regole elaborate nel capitolo V. di questa opera. Peraltro, come disse già Calamandrei, *habent sua sidera lites*⁴⁰², il processo segue il suo fato. Ciò per dire che il processo, essendo costituito da fattori imprevedibili, imponderabili e incontrollabili per l'avvocato, sfugge al suo controllo. Di conseguenza arduo sarà l'onere del danneggiato nel provare che l'esito del processo senza le inadempienze dell'avvocato sarebbe stato favorevole.⁴⁰³ La giurisprudenza è passata dal criterio della ragionevole certezza,

³⁹⁸ Marcello Adriano Mazzola, *Responsabilità processuale*, 2013, UTET, p. 712-713.

³⁹⁹ Cassazione Civile, sez. II, 13.12.2001, n. 15759, in de jure.

⁴⁰⁰ Marcello Adriano Mazzola, *Responsabilità processuale*, 2013, UTET, p. 718-719.

⁴⁰¹ Cassazione Civile, sez. II, 13.12.2001, n. 15759, in de jure.

⁴⁰² Rocco Favale, *La responsabilità civile del professionista forense*, Padova, 2011, Cedam, p. 206.

⁴⁰³ Cassazione Civile, Sez.III, 12.04.2011, n. 8309, in de jure.

abbracciando il criterio applicato alla responsabilità medica, al criterio del “*più probabile che non*”. Tuttavia non mancano orientamenti e sentenze contrarie, che pretendono ancora oggi livelli di attendibilità della spiegazione causale pari alla ragionevole certezza, rendendo *de facto*, vista l’aleatorietà del processo, impossibile tale prova e di conseguenza immune l’avvocato.⁴⁰⁴ Si segnala a tale riguardo una recentissima sentenza della Cassazione⁴⁰⁵ che ha ribadito il principio del “*più probabile che non*” anche in materia di responsabilità del professionista forense. Situazione diversa si prospetta ove in assenza dell’inadempimento dell’avvocato l’esito positivo sarebbe stato certo, come p. es. nella mancata impugnazione della prescrizione o di una usucapione. In tal caso la prova del nesso eziologico risulterà relativamente semplice, e il professionista forense sarà tenuto a risarcire i danni prodotti al cliente.

XXIII. Il codice nazionale forense.

Va inoltre menzionato, alla luce della sentenza della Cassazione a sezioni unite, che le disposizioni contenute nel Codice Nazionale Forense dell’aprile 1997 costituiscono “*fonti normative integrative di precetto legislativo, che attribuisce al Consiglio nazionale forense il potere disciplinare, con funzione di giurisdizione speciale appartenente all’ordinamento generale dello Stato, come tali interpretabili direttamente dalla corte di legittimità*”⁴⁰⁶, e di conseguenza la violazione di tali norme integra sempre la violazione del precetto civile, come tale configurando sempre un illecito civile.⁴⁰⁷ Le disposizioni più rilevanti del codice deontologico sono:

I. Il dovere di lealtà e correttezza ex art. 9 c.d.f..

II. Il dovere di fedeltà ex art. 10 c.d.f..

⁴⁰⁴ Marcello Adriano Mazzola, Responsabilità processuale, 2013, UTET, p. 721-723.

⁴⁰⁵ Cassazione Civile, sez. III, 24.10.2017, n. 25112, in de jure.

⁴⁰⁶ <https://www.ordineavvocatiroma.it/Documenti/26810.pdf> 9.12.2017.

⁴⁰⁷ Marcello Adriano Mazzola, Responsabilità processuale, 2013, UTET, p. 723.

- III. Il dovere di segretezza e riservatezza ex art. 13 c.d.f..

- V. Il dovere di aggiornamento ex art. 15 c.d.f., che se violato rende configurabile la responsabilità dell' avvocato, oltre che per l' articolo in esame, anche sulla base dell' art. 1218 c.c. e 1176 c.c., in quanto la prestazione del professionista non aggiornato non può essere esatta e diligente.⁴⁰⁸
- VI. Il dovere di difendere gli interessi della parte assistita nel miglior modo possibile, dunque evitando conflitti d' interessi ex art. 24 c.d.f..
- VII. Il dovere di rifiutare la prestazione ove sia indirizzata alla realizzazione di un operazione illecita ex art. 23 c.d.f..
- VIII. Il dovere di adempimento del mandato ex art. 26 c.d.f..
- IX. Il dovere di informazione ex art. 27 c.d.f., oggi ribadito anche dal d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, art. 9, 3 co..
- X. Il dovere di non abusare del processo aggravando senza motivo la situazione debitoria della controparte ex art. 46 c.d.f..
- XI. Il divieto di assumere incarichi contro ex-clienti entro due anni e con oggetto della lite identico, e comunque di utilizzare informazioni ottenute dall' ex-cliente ex art. 68 c.d.f..⁴⁰⁹

⁴⁰⁸ Rocco Favale, La responsabilità civile del professionista forense, Padova, 2011, Cedam, p. 149.

⁴⁰⁹ Marcello Adriano Mazzola, Responsabilità processuale, 2013, UTET, p. 724-729.

<http://www.consiglionazionaleforense.it/documents/20182/69024/CDF+aggiornato/462c40bb-c8f7-485c-96d6-f3e73ad8670e> 09.12.2017.

<http://www.consiglionazionaleforense.it/documents/20182/69024/CDF+aggiornato/462c40bb-c8f7-485c-96d6-f3e73ad8670e> nuovo codice deontologico pubblicato sulla G.U. n. 241 del 16. Ottobre 2014, 12.12.2017.

XXIV. L'obbligo di informazione

Merita breve approfondimento l'obbligo di informazione, gravante sul medico come *condicio sine qua non* del consenso informato, e anche sul professionista forense ex art. 40 c.d.f., ex art. 4, comma 3, d.lg. n. 28 del 2010 e dal 2012 anche ex art. 9, 3 co. d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, che sancisce “[...] il professionista deve 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 [...]”⁴¹⁰ Il contratto di prestazione d'opera intellettuale concluso tra avvocato e cliente è annullabile in caso di mancato adempimento dell'obbligo di informazione.⁴¹¹

XXV. I danni risarcibili

Preliminarmente va detto che, come già elaborato, l'avvocato, come ogni altro professionista, oltre che nella responsabilità *ex contractu*, può sempre incorrere nella responsabilità aquiliana per violazione del principio generale del *neminem laedere*. Le azioni sono cumulabili, e è risarcibile in entrambe le ipotesi sia il danno patrimoniale, sia il danno non patrimoniale.

⁴¹⁰ <http://www.gazzettaufficiale.it/gunewsletter/dettaglio.jsp?service=1&datagu=2012-01-24&task=dettaglio&numgu=19&redaz=012G0009&tmstp=1327500624126> 07.12.2017.

⁴¹¹ Tribunale Palermo, sez. II, 24.03.2011, in de jure.

A. Il danno patrimoniale

Il risarcimento del danno patrimoniale, comprendente sia il danno emergente che il lucro cessante, nella responsabilità dell'avvocato, essendo l'ipotesi normale quella del danno da perdita di chance, viene determinato dal giudice con valutazione equativa, poiché non è da risarcire il valore del risultato che il danneggiato avrebbe, senza l'interferenza dell'avvocato, conseguito con una certa probabilità (o chance), bensì il valore della chance persa. Si dovrà pertanto aver riguardo, oltre all'evento favorevole impedito, soprattutto al grado di probabilità.⁴¹²

B. Il danno non patrimoniale

Il risarcimento del danno non patrimoniale sarà possibile invece ogniqualvolta, a parte i casi in cui l'avvocato incorre in responsabilità penale, sia stato leso un bene non patrimoniale della persona costituzionalmente protetto del danneggiato, o ove il comportamento dell'avvocato abbia integrato gli estremi di una fattispecie criminosa prevista dal Codice Penale ex art. 185 c.p..

XXVI. L'onere della prova

L'onere della prova, qualificata l'obbligazione del professionista come di mezzi, è caratterizzato da un'inversione dell'onere probatorio previsto dall'art. 1218 c.c. in materia di responsabilità contrattuale, accollando al cliente leso l'onere di provare non solo l'esistenza dell'obbligazione, ma anche il danno, il nesso causale e la negligenza del professionista, mentre grava sul professionista l'onere di provare la diligente esecuzione o la sopravvenienza di eventi imprevedibili ed inevitabili. Tale ripartizione dell'onere

⁴¹² Marcello Adriano Mazzola, Responsabilità processuale, 2013, UTET, p. 743.

della prova, che finisce con l'equiparare la responsabilità professionale a quella aquiliana, è stato poi con grandi forzature della giurisprudenza e dottrina invertito nuovamente, introducendo una presunzione di negligenza e di sussistenza del nesso di causalità *in re ipsa* a carico del professionista ogniqualvolta l'obbligazione verta su prestazioni di facile esecuzione, riavvicinandosi alla disciplina generale dell'art. 1218 c.c. e ponendo a carico del professionista la prova liberatoria, seguendo il principio della vicinanza della prova.⁴¹³

Mentre tale cambio di direzione dell'onere della prova è pacificamente accettato nella responsabilità del medico, nella responsabilità del professionista forense tuttavia la giurisprudenza esita ad applicarlo, anche se si colgono i primi segni che nel futuro anche l'avvocato perderà almeno in parte la sua posizione privilegiata.⁴¹⁴

Per quanto riguarda la prescrizione, si rinvia a quanto detto nel capitolo VII.B e VIII.C

XXVII. Cenni de iure condito e de iure condendo sulla responsabilità processuale dell'avvocato

È da segnalare che l'avvocato, oltre che alla responsabilità civile e quella penale, può incorrere in una specie di responsabilità processuale a fine sanzionatorio, come previsto dall'art. 94 c.p.c. ove sancisce: *“Gli eredi beneficiati, i tutori, i curatori e in genere coloro che rappresentano o assistono la parte in giudizio possono essere condannati personalmente, per motivi gravi che il giudice deve specificare nella sentenza, alle spese dell'intero processo o di singoli atti, anche in solido con la parte rappresentata o assistita.”*

Emerge dai lavori preparatori, e specificamente dal progetto preliminare Solmi 1937⁴¹⁵, che l'intenzione originaria del legislatore era quella di introdurre la locuzione *“il*

⁴¹³ Rocco Favale, La responsabilità civile del professionista forense, Padova, 2011, Cedam, p.182-184.

⁴¹⁴ Rocco Favale, La responsabilità civile del professionista forense, Padova, 2011, Cedam, p.187.

⁴¹⁵ <http://www.judicium.it/wp-content/uploads/saggi/543/A.%20Merone.pdf> 9.12.2017.

Giuliana Romualdi, Dall'abuso del processo all'abuso del sistema giustizia, 2013, Giappichelli, p. 83.

Marcello Adriano Mazzola, Responsabilità processuale, 2013, UTET, p. 748.

difensore” nella lista di soggetti colpiti dalla norma in esame. Comunque anche la locuzione “*coloro che rappresentano o assistono la parte in giudizio*” basta per consentire al giudice di condannare, specificando i “*gravi motivi*”, consistenti secondo la SC nella violazione dell’obbligo di proibitá e lealtà imposto alle parti ex art. 88 c.p.c.⁴¹⁶, l’avvocato al pagamento delle spese del processo.⁴¹⁷ Si avverte una sempre maggiore inclinamento dei giudici a far uso⁴¹⁸ di tale disposizione, sanzionando in tal modo il legale che propone liti temerarie o inutili. La condanna alle spese dell’avvocato che agisce senza procura è ormai pacificamente⁴¹⁹ ammessa in giurisprudenza, mentre sull’uso dell’art. 94 c.p.c., vista anche la possibilità del soggetto di agire in giudizio separato contro il difensore, è ipotesi pesantemente dibattuta in dottrina e giurisprudenza, p.es. la sentenza della Consulta, che ravvisa nella distinzione tra parte formale e parte tecnica il motivo per l’inammissibilità⁴²⁰.

A mio avviso integrando nel precetto civile la possibilità per l’avvocato di essere condannato direttamente alle spese del processo si realizzerebbe sicuramente una maggior tutela del cliente, che oggi, pur avendo pro forma la possibilità di agire contro l’avvocato in un secondo giudizio, è decisamente svantaggiato, in primis perché dovrà sostenere ulteriori spese e un altro processo il cui esito è, seguendo il brocardo *habent sua sidera lites*, rimesso al fato, e d’altronde che l’avvocato, oltre al potersi difendere da se, è sempre un avversario scomodo in giudizio. La possibilità del giudice di sanzionare l’avvocato se ne ricorrono gravi motivi, cioè in ipotesi di liti temerarie, inutili, o tattiche rallentatrici del processo che *de facto* sono uno dei motivi per la triste lentezza del nostro sistema giudiziale, sarebbe sicuramente uno strumento utile, ove regolato dal legislatore in modo da evitarne abusi. D’altronde, a parte le osservazioni fatte dalla Corte Costituzionale *supra* riportate, il pericolo maggiore a mio avviso starebbe in un avvento dell’attività dell’avvocato difensiva (termine creato sulla base della c.d. medicina difensiva), cioè nel rifiuto da parte degli avvocati di accettare ogni caso che, essendo rischioso, potrebbe sembrare una lite temeraria e comportare con ciò la condanna alle spese per l’avvocato. Siccome, a parte le molto rare sentenze di merito e una piccola parte

⁴¹⁶ Cassazione Civile, sez. I, 08.10.2010, n. 20878 in de jure.

⁴¹⁷ Marcello Adriano Mazzola, Responsabilità processuale, 2013, UTET, p. 748 e 756.

⁴¹⁸ Tribunale Cagliari, 19.06.2008, n. 2247.

⁴¹⁹ Cassazione Civile, sez. Lav., 26.01.2007, n. 1759, in de jure.

⁴²⁰ Corte Costituzionale, 30.11.2007, n. 405, in de jure.

della dottrina che nutre dei dubbi sull'argomento, l'assoluta maggioranza esclude l'applicabilità dell'art. 94 c.p.c. alla fattispecie in esame, sarà semmai compito del legislatore, se la società ne sente la necessità, di modificare tale articolo, introducendo, come voleva Solmi, la locuzione "*il difensore*", ed escludendo in tal modo ogni dubbio sull'applicabilità.

XXVIII. Ottica comparativista

Nel diritto austriaco la prestazione d'opera intellettuale è regolata con la figura del *freier Dienstleistungsvertrag*, da tener distinto sia dal mandato (*Auftrag*), che dal contratto d'opera (*Werkvertrag*) e il contratto di lavoro subordinato (*Arbeitsvertrag*), che in sostanza contiene e ripete esattamente quanto elaborato anche dalla dottrina italiana con riguardo alla prestazione d'opera intellettuale, cioè la distinzione tra obbligazione di risultato e obbligazioni di mezzi, con obbligo del prestatore dell'opera intellettuale a eseguire l'incarico con diligenza (*Leistungspflicht*), ma senza dover garantire il conseguimento del risultato sperato (*Erfolgspflicht*).⁴²¹ Tale contratto è connotato, come anche nel sistema italiano, dal speciale rapporto di fiducia intercorrente tra le parti, e dal conseguente diritto di recesso in caso di perdita o turbamento di tale rapporto. Per l'avvocato poi si aggiunge, nel caso di rappresentanza del cliente, il contratto di mandato (*Auftrag*), che a sua volta viene integrato nel rapporto già intercorrente tra cliente e professionista, e viene a sua volta qualificato come obbligazione di mezzi con conseguente esonero dell'avvocato dalla responsabilità ove abbia agito diligentemente. Per quanto riguarda la responsabilità del medico, dall'analisi della disciplina austriaca si arriva a concludere con una, dopo la riforma Gelli-Bianco in Italia, sostanzialmente identica disciplina. Il medico privato austriaco infatti risponde *ex contractu*, mentre il medico dipendente risponde per eventuali danni per responsabilità aquiliana (*deliktische Haftung*). L'ospedale conclude invece espressamente, implicitamente o per fatti

⁴²¹ Peter Apathy, Andreas Riedler, *Bürgerliches Recht*, Band III, 5. Auflage, 2015, Verlag Österreich, p. 73.

concludenti, come anche in Italia, un contratto di cura o specialità (*Behandlungsvertrag*), e risponde *ex contractu* per danni arrecati al paziente, sia da deficienze dell'organizzazione, che *ex culpa in eligendo* per i danni arrecati al paziente dal personale medico, paramedico e da ausiliari e altri dipendenti.⁴²² Come anche nel nostro ordinamento, sul professionista austriaco, e specialmente sul medico, gravano complessi obblighi di informazione, strutturali all'adempimento dell'obbligazione principale e perciò se violati risarcibili anche senza nesso causale tra mancata informazione e lesione del paziente.⁴²³ La mancanza del consenso informato come conseguenza della violazione dell'obbligo di informazione, elemento come nel diritto Italiano assolutamente necessario per scriminare la condotta del medico, risulta nella responsabilità civile e penale del medico (*eigenmächtige Heilbehandlung ex §110 Abs 1 StGB*).⁴²⁴ Obblighi accessori derivanti dal c.d. *Behandlungsvertrag* sono l'obbligo di documentazione, di medicazione, diagnosi etc. Il paziente che si ritiene danneggiato può agire verso la struttura sanitaria *ex contractu*, e contro il medico dipendente *ex delicto*, con cumulabilità delle cause e possibilità di citare in un unico giudizio sia la struttura che il medico.⁴²⁵ Per quanto riguarda l'onere della prova, in mancanza di una disciplina speciale, la responsabilità del medico viene disciplinata dall'§ 1299 ABGB, che si occupa della c.d. *Sachverständigenhaftung*, ossia la responsabilità di chi esercita una professione che richiede un *quid pluris* di conoscenze tecniche e di abilità. Tuttavia non sembra sussistere un'inversione dell'onere della prova come nel nostro ordinamento, e di conseguenza ardua sarà la prova della responsabilità aquiliana del medico, siccome il paziente dovrà provare il danno subito, il nesso di causalità, e la mancata diligenza/ il mancato rispetto delle linee guida e best practices da parte del medico. Non sembra esistere altresì equivalente al nostro art. 2239 c.c., che limiterebbe la responsabilità del medico in casi di speciale difficoltà tecnica. Infatti la *Sachverständigenhaftung* prevede la responsabilità

⁴²² Universität Innsbruck, Zivilrecht online,
https://www.uibk.ac.at/zivilrecht/buch/kap10_0.xml?section=2;section-view=true#BABGIDIA 12.12.2017.

⁴²³ https://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Justiz&Dokumentnummer=JIT_20061130_OGH00_02_00200B00172_06T0000_000 13.12.2017.

⁴²⁴ Universität Innsbruck, Zivilrecht online,
https://www.uibk.ac.at/zivilrecht/buch/kap10_0.xml?section=2;section-view=true#BABGIDIA 12.12.2017.

⁴²⁵ Universität Innsbruck, Zivilrecht online,
https://www.uibk.ac.at/zivilrecht/buch/kap10_0.xml?section=2;section-view=true#BABGIDIA 12.12.2017.

del professionista anche per colpa lieve. Per quanto riguarda la prescrizione del diritto al risarcimento del danno, l'ABGB al § 1489 distingue due ipotesi, la prescrizione breve di 3 anni, che decorre dalla conoscenza del danno da parte del soggetto leso, conoscenza tale da poter agire in giudizio, mentre la prescrizione lunga di 30 anni decorre dal momento della creazione del danno⁴²⁶, sistema identico al sistema italiano previgente che all'art. 2135 codice civile abrogato fissava il termine di prescrizione come trentennale.⁴²⁷

Per quanto riguarda la responsabilità del professionista sanitario statunitense, il paziente leso che pretende un risarcimento da “*medical malpractice*” dovrà provare il rapporto istauratosi tra lui e il professionista, il danno arrecato, il nesso di causalità, e infine l'imperizia del medico nel non adottare gli standard di cura applicati dal *homo eiusdem condicionis et professionis*. Inoltre la c.d. *statute of limitations*, che opera come la prescrizione nel diritto italiano e preclude l'azione al danneggiato è spesso di soli 3 mesi, richiedendo dunque immediata azione da parte del paziente se non si vuole veder prescritto il suo diritto al risarcimento. Anche la determinazione del *dies a quo* cambia da stato a stato, con la decorrenza dall'atto negligente del medico in alcuni, dalla conoscibilità (non conoscenza) della lesione da parte del paziente in altri. Per quanto riguarda i danni risarcibili, consistenti in danno patrimoniale e danno biologico, poi è da notare un'altra peculiarità del sistema statunitense, consistente in dei *medical malpractice caps*, ossia leggi che limitano la risarcibilità del danno non patrimoniale a un certo limite massimo. I casi più frequenti di *medical malpractice* sono danni alla nascita, diagnosi errate, terapia/medicazione errata o controindicata e errori chirurgici.⁴²⁸ Altra peculiarità del sistema statunitense è che la disciplina della *medical malpractice* è rimessa agli stati membri, e di conseguenza la disciplina varia da stato a stato.⁴²⁹ Tentativi di introdurre una responsabilità contrattuale per *medical malpractice* nell'ambito della c.d. *torts reform* sono falliti.⁴³⁰ Si può dunque osservare che la disciplina della responsabilità professionale negli stati uniti, ove non sia stato concluso un contratto tra medico e paziente, infatti

⁴²⁶ Universität Innsbruck, Zivilrecht online,

https://www.uibk.ac.at/zivilrecht/buch/kap10_0.xml?section=2;section-view=true#BABGIDIA 12.12.2017.

⁴²⁷ Paolo Cendon, Commentario al codice civile, artt. 2907-2969, Milano, 2008, Giuffrè, p. 553, art. 2946.

⁴²⁸ <https://www.justia.com/injury/medical-malpractice/> 11.12.2017.

⁴²⁹ <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2628513/> 11.12.2017.

⁴³⁰ <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2628513/> 11.12.2017.

rientrante nel *torts law*, è comparabile alla nostra disciplina della responsabilità aquiliana, con la conseguenza dell'onere probatorio gravante nella maggior parte sul danneggiato.

In altri stati come la Germania, la Francia o l'Inghilterra il sistema della responsabilità medica si fonda sulla mediazione e sulla soluzione extragiudiziale delle liti, e prevede fondi statali che coprono i costi in casi di condanna per medical malpractice.⁴³¹

La responsabilità dell'avvocato nel common law.

Nel sistema inglese del common law a quanto pare in generale gli avvocati sono immuni da azioni di responsabilità per loro negligenza, imperizia o imprudenza dinanzi alla corte.⁴³² Sono tuttavia proponibili c.d. *wasted costs orders*, che rendono configurabile in capo all'avvocato una responsabilità per spese sostenute dal cliente per imprudenza, imperizia o negligenza del legale.⁴³³

Nel diritto statunitense, per poter pretendere il risarcimento dei danni da un avvocato per negligenza, il cliente di regola dovrà provare il rapporto istauratosi tra avvocato e cliente, la negligenza del professionista forense, comparata a quella del *homo eiusdem condicionis et professionis*, il nesso causale tra condotta negligente e danno arrecato applicando il criterio della *condicio sine qua non*, e il pregiudizio patrimoniale subito. Casi frequenti della c.d. *legal malpractice* sono la mancata attività entro termini perentori, l'applicazione incorretta della legge al caso concreto, la violazione dell'obbligo di escludere conflitti di interessi, la mancata risposta a questioni proposte dal cliente.⁴³⁴

⁴³¹ <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2628513/> 11.12.2017.

⁴³² Smith and Bailey, on the modern English legal system, third edition, London, 1996, Sweet and Maxwell, p.172-178.

⁴³³ Smith and Bailey, on the modern English legal system, third edition, London, 1996, Sweet and Maxwell, p. 177.

⁴³⁴ <https://www.justia.com/injury/legal-malpractice/> 11.12.2017.

XXIX. Comparazione delle due responsabilità

Le rispettive responsabilità civili dell'avvocato e del medico, che a prima vista sembrerebbero, entro l'ambito della disciplina generale della prestazione d'opera intellettuale, distinguersi per l'assoluta differenza della tipologia di attività svolta, in realtà tanto differenti non sono, e dopo un'analisi approfondita molti punti di apparente contrasto si rivelano in realtà inesistenti. Una prima notevole differenza è sicuramente ravvisabile nella disciplina degli obblighi di informazione, o meglio nel differente grado di complessità delle relative discipline, dovuta al fatto che mentre l'avvocato che viola gli obblighi di informazione creerà di regola danni economici al cliente, l'attività del medico è normalmente *per definitionem* incisiva sull'integrità fisica del paziente. Di conseguenza il mancato adempimento degli obblighi di informazione comporta per il medico non solo responsabilità civile, ma anche responsabilità penale, essendo l'adempimento di tali obblighi presupposto necessario per il consenso informato del paziente, e quest'ultimo a sua volta presupposto necessario per l'operatività della scriminante ex art. 50 c.p. Ciò fa capire perché la disciplina degli obblighi di informazione nel caso di responsabilità dell' esercente la professione sanitaria sia, visti gli interessi in gioco (libertà personale e salute), più complessa e molto più trattata e discussa sia dalla dottrina, che dalla giurisprudenza, anche se il fondamento normativo è sempre lo stesso. Ulteriore differenza è individuabile nella possibilità di conferire impersonalmente un incarico al professionista, pacificamente ammissibile per l' esercente la professione sanitaria (si pensi al contratto atipico di specialità concluso con il nosocomio), escluso invece per l' esercente la professione forense. Per quanto riguarda i danni risarcibili, contro entrambe le categorie è configurabile sia la pretesa di risarcimento del danno patrimoniale, sia la pretesa di risarcimento del danno non patrimoniale, anche se ovviamente nell'ambito della responsabilità medica la figura preponderante sarà quella del danno non patrimoniale, mentre nella responsabilità dell' esercente la professione forense la maggior parte delle pretese ha come oggetto il risarcimento del danno patrimoniale. È da notare tuttavia che l'affermazione della responsabilità *ex delicto* del medico dipendente ad opera dell'art. 7 legge Gelli Bianco comporta un trattamento

differenziato per tale categoria professionisti, in quanto la loro responsabilità verso il paziente è ora aquiliana, e di conseguenza cambia sia il regime dell'onere probatorio, molto più gravoso per il paziente, sia il regime della risarcibilità del danno, che a prescindere dal dolo del medico ricomprende sia i danni prevedibili, che i danni imprevedibili. Per il professionista forense invece non sono previste ipotesi di responsabilità aquiliana nell'ambito dell'esercizio della sua professione, in quanto anche se è dipendente di altro avvocato, conclude sempre un contratto d'opera intellettuale con il cliente, e di conseguenza risponde *ex contractu* per ogni inadempimento. Rimane operativo in entrambe le ipotesi l'esenzione da responsabilità ex art. 2236 c.c. per colpa lieve in caso di prestazioni di speciale difficoltà tecnica. Cambia inoltre la disciplina della prescrizione, che per il medico dipendente dopo la legge Gelli Bianco è quella breve di 5 anni ex art. 2947 c.c., tuttavia estesa alla prescrizione prevista per il reato commesso ove il fatto commesso sia previsto anche come reato. Per il professionista forense e per l'esercente la professione sanitaria non dipendente la prescrizione è invece quella di 10 anni ex art. 2946 c.c. anche la disciplina dell'équipe medica, ormai *modus operandi* standard nella medicina (almeno negli ospedali), non trova un *pendant* nella disciplina della responsabilità dell'esercente la professione forense, in quanto l'avvocato può avvalersi di ausiliari o collaborare con altri professionisti, ma non può assolutamente liberarsi dalla sua responsabilità dichiarando di aver fatto affidamento sulla correttezza dell'attività svolta da tali soggetti., in quanto il cliente conclude il contratto solo con lui, e di conseguenza sull'avvocato grava l'obbligo di controllare l'operato dei suoi ausiliari. Più che grandi differenze nelle due discipline, si può sicuramente affermare che la disciplina della responsabilità civile medica, probabilmente anche per il maggiore impatto sociale che le decisioni in tale ambito creano, è spesso, se non sempre, la *subspecies* di responsabilità del prestatore d'opera intellettuale che opera da *leading figure*, creando precedenti che poi servono da fondamento giurisprudenziale per estendere il *momentum* del cambiamento all'intera disciplina. Ed infatti molte apparenti differenze risultano semplicemente effetto del ruolo leader inerente alla responsabilità medica, e del tempo necessario per adeguare le altre forme di responsabilità professionale alle modifiche. Si potrebbe dire che la responsabilità dell'avvocato in alcuni aspetti rappresenta ancora lo *status quo ante*, mentre la responsabilità medica è di regola l'esplicazione dello *status quo post*. Per quanto poi riguarda la problematica della qualificazione del rapporto intercorrente tra medico dipendente e paziente, tale problema per la disciplina della

responsabilità dell'avvocato semplicemente non si pone, poiché non sono previste forme di società nelle quali il cliente non conclude il contratto direttamente con l'avvocato.

XXX. Conclusione.

La responsabilità professionale svolge un ruolo fondamentale nel nostro ordinamento, regolando l'attività dei professionisti a cui ogni cittadino necessariamente deve far affidamento, poiché oggi più che mai ci troviamo dinanzi a una costante espansione della scienza, che rende impossibile l'essere esperti in più di una materia. Chi si deve dunque affidare alla professionalità e all'esperienza del professionista viene tutelato dall'ordinamento, che a partire dagli obblighi di informazione sempre più complessi gravanti sul professionista, alle regole dei codici deontologici, sino alla disciplina elaborata dalla giurisprudenza e dalla dottrina in materia dell'onere della prova, mostra una chiara tendenza a regolamentare sempre più l'attività del professionista, tendenzialmente diminuendo sempre più la disparità tra professionista e cliente. Tuttavia non si può in tale ambito parlare di un'evoluzione solo positiva, in quanto la crescita della tutela del privato e la corrispondente responsabilizzazione del professionista porta, ove eccessiva, all'evoluzione di forme di pratiche c.d. difensive, volte non più a tutelare gli interessi del cliente, bensì a tutelare il professionista da azioni risarcitorie o addirittura temerarie proposte dai suoi clienti. Si può concludere, dopo un'analisi approfondita del sistema vigente, e un qualche cenno ad eventuali evoluzioni future, che la responsabilità professionale, come evidente anche nel caso emblematico della responsabilità medica, è, oggi come 2000 anni fa, una ruota dentata molto sensibile, e allo stesso momento assolutamente cruciale per il funzionamento del macchinario complessissimo che è la nostra società, che tutt'oggi dipende dall'operato di professionisti esperti nelle loro materie, portati idealmente, come avveniva nel impero romano, da ideali di utilità sociale. Il legislatore, anche se la triste realtà delle leggi d'emergenza e delle leggi politiche fa presumere *in re ipsa* l'esatto contrario, dovrebbe essere più competente, più cauto e più ponderato che mai nel portare avanti l'evoluzione della disciplina esaminata, individuando il punto ideale di equilibrio tra tutela del cliente, e tutela del professionista, onde evitare di finire con un sistema che immobilizza il professionista, o priva il cliente della protezione necessaria per evitare abusi. Per il prestatore d'opera intellettuale è assolutamente cruciale tenersi sempre aggiornato, soprattutto per quanto riguarda le

nuove evoluzioni della materia, come p. es. gli obblighi di informazione che si fanno sempre più complessi e numerosi, onde evitare di incorrere in azioni di risarcimento del danno. Un problema a mio avviso fondamentale del nostro sistema che il legislatore, anche se si tratta di una questione molto complessa, dovrà risolvere, è ravvisabile nella lentezza dell'amministrazione della giustizia. Infatti una legge che propende verso una tutela favorevole al cliente in teoria sarebbe una legge civile, sociale, che mira ad eliminare uno svantaggio intrinseco alla posizione della parte più debole in un rapporto che si caratterizza proprio per le speciali abilità tecniche e intellettuali che una parte ha, e l'altra invece no. Ma tale legge diventa un peso insopportabile per il professionista nel momento in cui, per la lentezza del sistema, ogni lite temeraria diventa, anziché un breve episodio sfavorevole per il professionista, un'odissea che può durare anche anni, costare un patrimonio e che poi per quanto il professionista possa essere sicuro di non aver sbagliato, non ha mai un esito positivo garantito. Perciò se si vuole creare un sistema bilanciato, nel quale la disparità delle parti viene eliminata senza crearne una nuova a carico del professionista, non si potrà prescindere da una soluzione della crisi del sistema giudiziario in generale.

XXXI. Abstract

Diese Diplomarbeit beschäftigt sich mit der Berufshaftung im italienischen Rechtssystem. Diese wird neben den Artikeln 2229 ff. Zivilkodex hauptsächlich in den verschiedenen deontologischen Kodizes, der Rechtsprechung und Lehre behandelt und weiterentwickelt. Prinzipiell ist die Berufshaftung auf all jene anwendbar, die eine Dienstleistung erbringen die a) hauptsächlich persönlich erbracht wird, b) hauptsächlich aus intellektueller Arbeit, also aus der Bereitstellung besonderer intellektueller Fähigkeiten besteht. Im Art. 2229 ZK wird festgehalten dass das Gesetz die Berufsklassen festlegt für deren Ausübung die Einschreibung in das jeweilige Register erforderlich ist (Anwaltskammer, Ärztekammer etc.), allerdings sind Mitglieder dieser Berufsklassen zwar die klassischen Ziele der Berufshaftung, aber keinesfalls die einzigen. Das Gesetz schließt auch andere, nicht in Register eingetragene oder einer Staatsprüfung unterworfenen Berufsklassen nicht von der Anwendbarkeit der Berufshaftung aus. Es wird also im Zweifelsfall am konkreten Einzelfall zu prüfen sein ob die Leistung unter die Kategorie der intellektuellen Leistungen subsumierbar ist oder ob es sich um eine „normale“ Arbeitsleistung handelt. Die Unterscheidung ist dabei von enormer praktischer Relevanz, da erstere sich in einer s.g. *Leitungspflicht* konkretisieren, die den Verpflichteten zwar zur gewissenhaften Leistung, aber nicht zur Garantie des Erfolges verpflichten, während letztere sich in einer *Erfolgshaftung* konkretisieren in der der Dienstleister für das nicht erreichte *Ergebnis* haftet. Hinzu kommt dass ex Art. 2236 ZK die Haftung des professionellen Dienstleisters bei Aufgaben die sich durch die besondere technische Schwierigkeit der Umsetzung auszeichnen auf schwere Fahrlässigkeit und Vorsatz beschränkt wird, also keine Verantwortung für leichte Fahrlässigkeit konfigurierbar ist. Der Beweis der besonderen technischen Schwere der Aufgabe obliegt dabei dem professionellen Dienstleister. Besondere Aufmerksamkeit hat in diesem Bereich immer schon die Arzthaftung auf sich gezogen. Einerseits weil Fälle der Arzthaftung besonders medienwirksam sind und dementsprechend viel darüber berichtet wird, andererseits (oder aber als logische Folge des ersten Punktes) weil sie gewissermaßen das Basismodell der anderen Berufshaftungsgruppen darstellt, die in ihrer

Entwicklung meistens den von Rechtsprechung und Lehre entwickelten Thesen in der Arzthaftung folgen. Die Arzthaftung hat, im Gegensatz zum österreichischen Recht, im Bereich der angestellten Ärzte in Italien eine bewegte Entwicklung durchgemacht. Die primäre Frage, die immer wieder gegensätzlich beantwortet wurde, ist dabei die Haftungsgrundlage des Arztes. Ursprünglich wurde diese als deliktisch eingestuft, da zwischen Arzt und Patient keine vertragliche Haftungsquelle individuierbar war. Ab 1999 wurde die Haftung durch ein Konstrukt der Rechtsprechung, die das Verhältnis zwischen Arzt und Patient als aus dem Kontakt und dem Vertrauensverhältnis hervorgehendes obligatorisches Verhältnis einstuft, als Haftung *ex contractu* eingestuft. Dies hatte schwerwiegende Folgen für alle Beteiligten, vor allem da die Beweislast damit zu Gunsten des Patienten ausfällt. Dieser muss bei einer Schadensersatzklage *ex contractu* nur das Vertragsverhältnis und den entstandenen Schaden nachweisen, während der Arzt die nach Treu und Glauben erfolgte Ausübung der Tätigkeit, die Nichtexistenz des Kausalzusammenhangs und das Eintreten unvorhersehbarer und nicht ihm anlastbarer Hindernisse beweisen muss. Mit Erlass des Gesetzes *Balduzzi* n. 189/8.11.2012 wurde das System aufgrund eines Verweises ex Art. 3 in Frage gestellt, da einige darin eine implizite Aufhebung der vertraglichen Haftung des angestellten Arztes gegenüber seiner Patienten sahen. Mit dem Gesetz Gelli-Bianco 2017, das den vorherigen Art. 3 Gesetz *Balduzzi* aufhob, wurde nun allen Anscheins nach die Haftung *ex delicto* explizit übernommen, wenn auch die Formulierung des für die Arzthaftung relevanten Artikels einige Zweifel aufwirft.

Generell ist die Berufshaftung mit der Zeit immer stärker reglementiert worden, es sind neue akzessorische Obligationen zu Lasten des professionellen Dienstleisters hinzugekommen. Vor allem die umfassenden Informationspflichten die sowohl vor, während, als sogar nach Erbringung der Leistung bestehen sind dabei zu nennen. Beim Arzt nimmt diese Informationspflicht eine Sonderrolle ein, da sie als Basis für den informierten Konsens des Patienten dient, ohne den nach dem Grundsatz *volenti et consentienti non fit iniuria* die Handlung des Arztes nicht entschuldigt, also nicht vom Rechtssystem als erlaubt angesehen wird. Der Arzt geht damit, wie auch im österreichischen Recht, sogar strafrechtlichen Konsequenzen entgegen. Insgesamt kann beobachtet werden dass die Berufshaftung sich, vor allem in der Rechtsprechung und der Lehre, aber auch in der Gesetzgebung noch in ständiger Entwicklung befindet, es sich

jedoch klare Tendenzen zur immer stärkeren Regulierung und Schaffung neuer akzessorischer Pflichten erkennbar. Generell stellt die Berufshaftung ein zentrales und höchst interessantes Gebiet unserer Rechtsordnung dar, und es ist, gerade für jene die in die Berufshaftung fallen, von zentraler Bedeutung über die verschiedenen Entwicklungen und die daraus resultierenden Rechte und Pflichten im Bilde zu sein.

XXXII. Bibliografia

Alberto Cadoppi, Paolo Veneziani, Manuale di diritto penale, parte generale e parte speciale, terza edizione, Padova, 2007, Cedam.

Aldo Carnevale, Generoso Scarano, il danno alla persona, Maggio 2010, CEDAM.

Alessandro Farolfi, Le riforme legislative: dalla legge Balduzzi alla legge Gelli sulla responsabilità professionale, in Responsabilità civile, diretto da Paolo Cendon, volume secondo, responsabilità contrattuale, Vicenza, 2017, UTET.

Andrea Natale, La legittima difesa, in Codice della responsabilità civile e rc auto, a cura di Ugo Carnevalli, Giovanni Bonilini, Massimo Confortini, 2015, UTET.

Andrea Torrente, Piero Schlesinger, Manuale di diritto privato, XXII edizione, a cura di Franco Anelli e Carlo Granelli, Milano, 2015, Giuffré.

Anna Paola Ugas, Commentario del codice civile, Enrico Gabrielli, Torino, 2014, Wolters Kluwer.

Antonello Negro, il danno alla persona, vecchi e nuovi modelli risarcitori, in La responsabilità civile, i danni esistenziali, Paolo Russo, Febbraio 2014, UTET.

Antonino Procida, Mirabelli di Lauro, Maria Feola, Sistemi giuridici comparati, studi di diritto civile e comparato, La responsabilità civile, volume III, Torino, 2008, Giappichelli.

Antonino Santoro, La responsabilità da contatto sociale, profili pratici e applicazioni giurisprudenziali, Milano, 2012, Giuffré.

Antonio De Mauro, Fabio Fortinguerra, Sara Tommasi, La responsabilità precontrattuale, seconda edizione, Padova, 2007, CEDAM.

C.Massimo Bianca, diritto civile, 5 la responsabilità, Milano, 1994, Giuffré.

- Cesare Ruperto, *La giurisprudenza sul codice civile coordinata con la dottrina, Libri IV Delle obbligazioni*, Tomo I, Milano, 2005, Giuffrè.
- Cian Trabucchi, *Commentario breve al Codice Civile*, 2015, Wolters Kluwer.
- Civile, diretto da Paolo Cendon, volume secondo, *responsabilità contrattuale*, Vicenza, 2017, UTET.
- Cristina Coppola, *La colpa*, in *Codice della responsabilità civile e rc auto*, a cura di Ugo Carnevali, Giovanni Bonilini, Massimo Confortini, 2015, UTET.
- Elisa Bucci, *Nesso di causa nella responsabilità civile medica: la regola del più probabile che non*, in *Responsabilità civile*, diretto da Paolo Cendon, volume secondo, *responsabilità contrattuale*, Vicenza, 2017, UTET.
- F. Antolisei, *Manuale di diritto penale, parte generale*, sedicesima edizione aggiornata e integrata da L.Conti, Milano, 2003, Giuffrè.
- Fabio Fortinguerra, *La responsabilità del medico chirurgo*, in *Codice della responsabilità civile e rc auto*, a cura di Ugo Carnevali, Giovanni Bonilini, Massimo Confortini, 2015, UTET.
- Fabio Fortinguerra, Sara Tommasi, Antonio de Mauro, *La responsabilità precontrattuale*, 2007, Cedam.
- Fabrizio Fedeli, *Correttezza e buona fede*, in *Le obbligazioni: diritto sostanziale e processuale*, a cura di Pasquale Fava, tomo I, Milano, 2008, Giuffrè, p.412.
- Fabrizio Moncalvo, *La responsabilità dell'avvocato*, in *Codice della responsabilità civile e rc auto*, a cura di Ugo Carnevali, Giovanni Bonilini, Massimo Confortini, 2015, UTET.
- Fava, P. (2009). *La responsabilità civile*. Milano: Giuffrè.
- Filippo Curcuruto, *dei fatti illeciti*, in *La giurisprudenza sul codice civile, coordinata con la dottrina*, volume IV, a cura di Filippo Curcuruto e Saverio Ruperto, Milano, 2005, Giuffrè.

- Forti, Seminara, Zuccalá, commentario breve al codice penale, edizione per prove concorsuali ed esami, Brevaria iuris fondati da G.Cian e A. Trabucchi, Milano, 2017, Cedam.
- Francesco Maria Bernicchi, Funzione della responsabilità civile, in Responsabilità civile, diretto da Paolo Cendon, volume primo, Vicenza, 2017, UTET.
- G. Alpa – M. Bessone – V. Zeno-Zenovich: i fatti illeciti, in Trattato di diritto privato 14, tomo sesto, obbligazioni e contratti, diretto da Pietro Rescigno, Torino, 2006, UTET.
- G. Facci, La responsabilità civile del professionista, in I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale, diretto da Francesco Galgano, Padova, 2006, Cedam.
- Galgano Francesco, Trattato di diritto civile 2014, edizione terza, 2014, Cedam.
- Gianfranco Iadecola, Marco Bona, La responsabilità dei medici e delle strutture sanitarie, profili penali e civili, Milano, 2009, Giuffré.
- Gianluca Montanari Vergallo, La colpa sanitaria verso la fase del bilanciamento: analisi de iure condito e proposte di riforma, Milano, 2016, Giuffré.
- Giovanna Visintini, inadempimento e mora del debitore, in Il codice civile, commentario fondato da Piero Schlesinger, diretto da Francesco D. Busanelli, seconda edizione, Milano, 2006, Giuffré.
- Giovanna Visintini, Trattato breve della responsabilità civile, Fatti illeciti, inadempimento, danno risarcibile, Padova, 2005, Cedam.
- Giovanni Battista Petti, il risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale della persona, il diritto attuale n. 33, Torino, 1999, UTET.
- Giovanni Toscano, Informazione, consenso e responsabilità sanitaria, Milano, 2006, Giuffré.
- Giuliana Romualdi, Dall'abuso del processo all'abuso del sistema giustizia, 2013, Giappichelli.

Giulio Pellegrino, Il rapporto medico/paziente e l'alleanza terapeutica, in Responsabilità civile, diretto da Paolo Cendon, volume secondo, responsabilità contrattuale, Vicenza, 2017, UTET.

Giuseppe Cassano, la giurisprudenza del danno esistenziale, 2002, CasaEditriceLaTribuna.

Giuseppe Cassano, la responsabilità del professionista, Torino, 2008, Giappichelli.

Giuseppe Cassano, La responsabilità civile, con ampio formulario e giurisprudenza sul nuovo danno non patrimoniale, Milano, 2012, Giuffré.

Giuseppe Musolino, Contratto d'opera professionale, in Il codice civile, commentario fondato da Piero Schlesinger, diretto da Francesco D. Busanelli, seconda edizione, Milano, 2014, Giuffré.

Guido Alpa, Vincenzo Mariconda, Commentario al Codice Civile, tomo II, Milano, 2013, Wolters Kluwer.

Guido Corso, Manuale di diritto amministrativo, VII edizione, Torino, 2015. Giappichelli.

Luigi Viola, in Il contratto, validità, inadempimento, risarcimento, a cura di Luigi Viola, tomo primo, Padova, 2009, CEDAM.

Marcello Adriano Mazzola, Responsabilità processuale, 2013, UTET.

Massimo Franzoni, Trattato della responsabilità civile, L'illecito, Milano, 2004, Giuffré.

Maurizio Hazan, Daniela Zorzit, (2013). Assicurazione obbligatoria del medico e responsabilità sanitaria, Giuffré.

Maurizio Iacono Quarantino, La responsabilità per l'inadempimento, in Le obbligazioni: diritto sostanziale e processuale, a cura di Pasquale Fava, tomo I, Milano, 2008, Giuffré.

Mauro Bilancetti, Francesco Bilancetti, La responsabilità penale e civile del medico, VII edizione, Padova, 2010, Wolters Kluwer.

Monateri, P. G. (1998). Trattato di diritto civile, diretto da Rodolfo Sacco, le fonti delle obbligazioni 3, la responsabilità civile. Torino, UTET.

- N. Todeschini, *La responsabilità medica*, 2016, UTET.
- Naddeo, F. (2012). *Responsabilità del prestatore d'opera intellettuale*, in *Trattato della responsabilità civile*, volume 1, diretto da Pasquale Stanzone. CEDAM.
- Natalino Sapone, *la responsabilità precontrattuale*, Milano, 2008, Giuffré.
- Nicola Disasto, *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale a cura di Walter Bigiavi*, Torino, 1980, UTET.
- Paolo Cendon, *Commentario al codice civile, art.1173-1320*, Milano 2009, Giuffré.
- Paolo Cendon, *Commentario al codice civile, artt. 2135-2246*, Milano, 2008, Giuffré.
- Paolo Cendon, *Commentario al codice civile, artt. 2907-2969*, Milano, 2008, Giuffré.
- Paolo Cendon, *il risarcimento del danno esistenziale nel sistema di tutela della persona*, in *Studi in onore di Piero Schlesinger*, tomo III, Milano, 2004, Giuffré.
- Paolo Cendon, Rita Rossi, *Danni non patrimoniali*, in *Commentario del codice civile, dei fatti illeciti*, diretto da Enrico Gabrielli, a cura di Ugo Carnevali, art. 2044-2059, Milano, 2011, UTET.
- Paolo Gallo, *Contratto e buona fede, buona fede in senso oggettivo e trasformazione del contratto*, seconda edizione, 2014, UTET.
- Paolo Pardolesi, *il concorso tra responsabilità extracontrattuale e responsabilità contrattuale*, in *Codice della responsabilità civile e rc auto*, a cura di Ugo Carnevali, Giovanni Bonilini, Massimo Confortini, 2015, UTET.
- Paolo Zatti, *Manuale di diritto civile*, terza edizione, Padova, 2007, CEDAM.
- Pasquale Fava, *la rivitalizzazione costituzionalmente orientata del rapporto obbligatorio, gli orientamenti della giurisprudenza costituzionale, di quella di legittimità e della scienza giuridica italiana*, in *Le obbligazioni: diritto sostanziale e processuale*, a cura di Pasquale Fava, tomo I, Milano, 2008, Giuffré.
- Pasquale Fuschino, *il risarcimento del danno*, in *Le obbligazioni: diritto sostanziale e processuale*, a cura di Pasquale Fava, tomo I, Milano, 2008, Giuffré.

- Peter Apathy, Andreas Riedler, Bürgerliches Recht, Band III, 5. Auflage, 2015, Verlag Österreich.
- R. Cataldi, C. Matricardi, F. Romanelli, S. Vagnoni, V. Zatti, La responsabilità professionale del medico, gennaio 2005, Maggioli Editore.
- Raffaele Tuccillo, Lo stato di necessità, in Codice della responsabilità civile e rc auto, a cura di Ugo Carnevalli, Giovanni Bonilini, Massimo Confortini, 2015, UTET.
- Renato Scognamiglio, responsabilità civile e danno, Torino, 2000, Giappichelli.
- Riccardo Fresa, La colpa professionale in ambito sanitario, gennaio 2008, UTET.
- Riccardo Mazzon, Le cause di giustificazione nella responsabilità per illecito, Milano, 2017, Giuffré.
- Roberta Annaratone, Il danno emergente, in La prova e il quantum, tomo 1, a cura di Paolo Cendon, Dicembre 2013, UTET, p. 28-29.
- Rocco Favale, La responsabilità civile del professionista forense, Padova, 2002, Cedam.
- Salvatore Donato Messina, Giorgia Spinnato, Manuale breve di diritto penale, edizione XII, Milano, 2017, Giuffré.
- Simona Falsaca, Manuela Rinaldi, Danni patrimoniali, in La prova e il quantum, tomo 1, a cura di Paolo Cendon, Dicembre 2013, UTET.
- Smith and Bailey, on the modern English legal system, third edition, London, 1996, Sweet and Maxwell.
- Stefano Rossi, Consenso informato e diritto di scelta del paziente, in Responsabilità civile, diretto da Paolo Cendon, volume secondo, responsabilità contrattuale, Vicenza, 2017, UTET.
- Stefano Rossi, Oneri probatori e prova liberatoria nella responsabilità civile medica, in Responsabilità civile, diretto da Paolo Cendon, volume secondo, responsabilità contrattuale, Vicenza, 2017, UTET.
- Tullio Cristaudo, contratto di specialità e responsabilità da contatto sociale, la natura contrattuale dell'obbligazione, tra conferme e ritrattazioni giurisprudenziali, in

Responsabilità civile, diretto da Paolo Cendon, volume secondo, responsabilità contrattuale, Vicenza, 2017, UTET.

Vincenzo Ianni, gli artt. 1218 e 1229 c.c., in Responsabilità civile, diretto da Paolo Cendon, volume secondo, responsabilità contrattuale, Vicenza, 2017, UTET.

Giurisprudenza:

Cassazione Civile, Sez. III, 15.01.1997, n. 364, in de jure.

Cassazione Civile, Sez III, 16.10.2007, n. 21619, in de jure.

Cassazione Civile, sez. I, 08.10.2010, n. 20878 in de jure.

Cassazione Civile, sez. I, 23.05.1997, n. 4628, in de jure.

Cassazione Civile, sez. II 23/04/2002 n. 5928.

Cassazione Civile, sez. II, 08.09.2015, n. 17758, in de jure.

Cassazione Civile, sez. II, 11.01.2010, n. 230, in de jure.

Cassazione Civile, sez. II, 13.12.2001, n. 15759, in de jure.

Cassazione Civile, sez. II, 17/03/1995, n. 3108.

Cassazione Civile, sez. II, 22.03.2017, n.7309, in de jure.

Cassazione Civile, sez. II, 27.03.2006, n. 6967 in de jure.

Cassazione Civile, sez. II, 29/02/2016, n. 3926.

Cassazione Civile, sez. III 03/12/1997, n. 12253.

Cassazione Civile, Sez. III, 02.12.2014, n. 25423, in de jure.

Cassazione civile, sez. III, 03/12/1997, n. 12253.

Cassazione Civile, Sez. III, 04.02.2016, n. 2177, in de jure.

Cassazione Civile, sez. III, 08.06.2017, n. 14276, in de jure.

Cassazione Civile, sez. III, 08/03/2016, n. 4540.

Cassazione Civile, sez. III, 10.05.2000, n. 5945, in de jure.

Cassazione Civile, sez. III, 10.06.2016, n. 11906, in de jure.

Cassazione Civile, Sez. III, 11.01.2007, n. 384, in de jure.

Cassazione Civile, Sez. III, 12.06.2015, n. 12205, in de jure.

Cassazione Civile, sez. III, 13.10.2017, n. 24072 in de jure.

Cassazione Civile, Sez. III, 13.10.2017, n. 24073, in de jure.

Cassazione Civile, sez. III, 14.03.2006, n. 5444 in de jure.

Cassazione Civile, Sez. III, 14.03.2006, n.5444, in de jure.

Cassazione Civile, Sez. III, 14.06.2007, n. 13953, in de jure.

Cassazione Civile, Sez. III, 14.07.2004, n. 13066, in de jure.

Cassazione Civile, Sez. III, 15.11.1999, n. 12621, in de jure.

Cassazione Civile, Sez. III, 16.01.2009, n.975, in de jure.

Cassazione Civile, Sez. III, 18.06.2012, n. 9927, in de jure.

Cassazione Civile, sez. III, 19.02.2013, n. 4030 in de jure.

Cassazione Civile, sez. III, 19.05.1999, n. 4852, in de jure.

Cassazione Civile, sez. III, 20.05.2015, n.10289, in de jure.

Cassazione Civile, Sez. III, 20.08.2013, n. 19220, in de jure.

Cassazione Civile, sez. III, 20/08/2013, n. 19220.

Cassazione Civile, sez. III, 21.12.1978, n. 6141, in de jure.

Cassazione Civile, sez. III, 22.01.1999, n. 589 in de jure.

Cassazione Civile, Sez. III, 22.11.1993, n. 11503, in de jure.

Cassazione Civile, Sez. III, 23.05.2001, n. 7027, in de jure.

Cassazione Civile, Sez. III, 23.07.2002, n. 10741, in de jure.

Cassazione Civile, sez. III, 24.10.2017, n. 25112, in de jure.

Cassazione Civile, Sez. III, 25.05.2017, n. 13156, in de jure.

Cassazione Civile, Sez. III, 25.11.1994, n. 10014, in de jure.

Cassazione Civile, Sez. III, 27.07.2015, n. 15750, in de jure.

Cassazione Civile, Sez. III, 28.02.2017, n.5004, in de jure.

Cassazione Civile, Sez. III, 29.09.2009, n. 20806, in de jure.

Cassazione Civile, Sez. III, 29.09.2015, n. 19212, in de jure.

Cassazione Civile, sez. Lav., 26.01.2007, n. 1759, in de jure.

Cassazione Civile, sez. un, 01/07/2002, n. 9556.

Cassazione Civile, sez. un, 11/01/2008, n. 577.

Cassazione civile, sez. un, 25/06/2015, n. 13144.

Cassazione Civile, sez. un. 30/10/2001 n. 13533 .

Cassazione Civile, Sez. un., 11.01.2008, n. 577, in de jure.

Cassazione Civile, Sez. Un., 11.01.2008, n. 581, in de jure.

Cassazione Civile, sez. un., 11.11.2008, n. 26972 in de jure.

Cassazione Civile, Sez. un., 11.11.2008, n. 26972-5.

Cassazione Civile, Sez. Un., 22.12.2015, n. 25767, in de jure.

Cassazione Civile, sez. un., 24.03.2006, n. 6572 in de jure.

Cassazione Civile, sez. VI, 13.09.2017, n. 21173, in de jure.

Cassazione Civile, sez. VI, 17.04.2014, n. 8940 in de jure.

Cassazione Civile, Sez.III, 04.02.1998, n. 1127, in de jure.

Cassazione Civile, sez.III, 04.11.2002, n. 15404, in de jure.

Cassazione Civile, Sez.III, 12.04.2011, n. 8309, in de jure.

Cassazione Civile. Sez. un., 11.11.2008, n. 26972 in de jure.

Cassazione Penale, Sez. III, 20.11.2007, n. 4107, in de jure.

Cassazione Penale, Sez. IV, 05.05.2015, n. 33329, in de jure.

Cassazione Penale, Sez. IV, 08.11.2013, n. 7597, in de jure.

Cassazione Penale, Sez. IV, 18.05.2017, n.43476, in de jure.

Cassazione Penale, Sez. IV, 18.10.2016, n.53315, in de jure.

Cassazione Penale, sez. IV, 19.04.2016, n. 22156, in de jure.

Cassazione Penale, Sez. IV, 26.05.2004, n. 39062, in de jure.

Cassazione Penale, Sez. un., 10.07.2002, n. 30328, in de jure.

Corte Costituzionale, 30.11.2007, n. 405, in de jure.

Corte d'Appello Cagliari, 9.04. 1991.

Corte d'Appello Milano, Sez. II, 02.12.2014, n.4324, in de jure.

Corte d'Appello Roma, Sez. III, 28.07.2017, n. 5179, in de jure.

Corte d'Appello Venezia, 16.09.2004, in de jure.

Corte d'Appello Venezia, 23.6.2003, in de jure.

Corte d'Appello, Roma, Sez. III, 08.03.2011, n. 981, in de jure.

Tribunale Avellino, sez. II, 12.10.2017, n. 1806, in de jure.

Tribunale Avezzano, 11.09.2017, in de jure.

Tribunale Bari, Sez. II, 16.04.2012, n. 1303, in de jure.

Tribunale Bologna, 04.04.2007, in de jure.

Tribunale Cagliari, 19.06.2008, n. 2247.

Tribunale Caltanissetta, 01.07.2013 in de jure.

Tribunale Catania, Sez. V, 15.05.2017, n. 2282, in de jure.

Tribunale Lucca, 12/12/2016, n. 2578.

- Tribunale Milano, 08.04.2005, in de jure.
- Tribunale Milano, sez. I, 02.12.2014, n. 14320 in de jure.
- Tribunale Milano, Sez. I, 10.03.2014, in de jure.
- Tribunale Milano, sez. I, 17.07.2014 in de jure.
- Tribunale Milano, sez. V, 20.02.2015, n. 2336 in de jure.
- Tribunale Milano, sez.I, 23.08.2016, in de jure.
- Tribunale Monza, Sez. I, 30.11.2015, n. 2973, in de jure.
- Tribunale Napoli, sez. VIII, 03/04/2017, n. 4071.
- Tribunale Palermo, sez. II, 24.03.2011, in de jure.
- Tribunale Pisa, 08.08.2017, n. 1004, in de jure.
- Tribunale Rimini, 17.08.2015, n.1035, in de jure.
- Tribunale Roma, sez. XIII, 25/01/2017, n. 1256.
- Tribunale Roma, sezione XI, 06.07.2017, n. 13726, in de jure.
- Tribunale Roma, sezione XIII, 01.03.2017, n.4169 in de jure.
- Tribunale Salerno, sez. II, 11/01/2016, n. 100.
- Tribunale Salerno, Sez. II, 19.10.2015, n. 4270, in de jure.
- Tribunale Terni, 13.07.2006, in de jure.
- Tribunale Verona, 15/07/2002.

Siti internet

[http://www.altalex.com/documents/news/2017/08/02/legge-delega-mercato-e-concorrenza.](http://www.altalex.com/documents/news/2017/08/02/legge-delega-mercato-e-concorrenza)

<http://www.brocardi.it/codice-civile/libro-quarto/titolo-ix/art2059.html?q=2059+cc&area=codici> 11.12.2017.

<http://www.camera.it/parlam/leggi/97266102.htm> .

<http://www.camera.it/parlam/leggi/deleghe/10028dl.htm> 07.12.2017.

http://www.consiglionazionaleforense.it/documents/20182/51913/LA_PROF_FORENS

[E_ONLINE_31_3_2017.pdf/910c832f-33ad-4ca7-ac10-f75c536d0b28](http://www.consiglionazionaleforense.it/documents/20182/51913/LA_PROF_FORENS) 09.12.2017.

http://newsletter.cassaforense.it/index.php?option=com_content&view=article&id=334:curiosita-storiche-forensi&catid=78:interventi&Itemid=476 15.12.2017.

<http://www.consiglionazionaleforense.it/documents/20182/69024/CDF+aggiornato/462c40bb-c8f7-485c-96d6-f3e73ad8670e> 09.12.2017.

<http://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2012/11/10/12A11988/sg> 29.11.2017.

<http://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2017/03/17/17G00041/sg> 29.11.2017.

<http://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2017/08/14/17G00140/sg> .

<http://www.gazzettaufficiale.it/gunewsletter/dettaglio.jsp?service=1&datagu=2011-11-14&task=dettaglio&numgu=265&redaz=011G0234&tmstp=1321432013426> .

<http://www.gazzettaufficiale.it/gunewsletter/dettaglio.jsp?service=1&datagu=2012-01-24&task=dettaglio&numgu=19&redaz=012G0009&tmstp=1327500624126>
07.12.2017.

<http://www.ilsole24ore.com/art/norme-e-tributi/2017-08-28/cosi-cambiano-studi-legali-associazione-altri-professionisti-e-soci-capitale-100657.shtml?uuid=AECrQx0B>

<http://www.judicium.it/wp-content/uploads/saggi/543/A.%20Merone.pdf> 9.12.2017.

<https://www.justia.com/injury/legal-malpractice/> 11.12.2017.

<https://www.justia.com/injury/medical-malpractice/> 11.12.2017.

http://www.professionisti24.ilsole24ore.com/art/Professionisti24/Diritto/2009/01/L_1815_1939.pdf .

http://www.salute.gov.it/imgs/C_17_normativa_231_allegato.txt .

<http://www.studiarapido.it/i-contenuti-del-codice-di-hammurabi-re-di-babilonia/>
11.12.2017.

https://archivio.pubblica.istruzione.it/normativa/2005/allegati/dlgs115_92.pdf
5.12.2017.

<https://www.coe.int/it/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/090000168007d003>
20.11.2017.

<https://www.leggioggi.it/wp-content/uploads/2012/09/relazione-illustrativa-decreto-sanit%C3%A0.pdf> 29.11.2017.

<https://www.ordineavvocatiroma.it/Documenti/26810.pdf> 9.12.2017.

<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2628513/> 11.12.2017.

<http://www.consiglionazionaleforense.it/documents/20182/69024/CDF+aggiornato/462c40bb-c8f7-485c-96d6-f3e73ad8670e> nuovo codice deontologico pubblicato sulla G.U. n. 241 del 16. Ottobre 2014, 12.12.2017.

https://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Justiz&Dokumentnummer=JJT_20061130_OGH0002_0020OB00172_06T0000_000 13.12.2017.

Universität Innsbruck, Zivilrecht online,

https://www.uibk.ac.at/zivilrecht/buch/kap10_0.xml?section=2;section-view=true#BABGIDIA 12.12.2017.

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A12012P%2FTXT>
15.12.2017.

<http://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/17/DDLMESS/1062643/index.html#>
16.12.2017.

Eidesstattliche Erklärung

Ich erkläre hiermit an Eides statt durch meine eigenhändige Unterschrift, dass ich die vorliegende Arbeit selbständig verfasst und keine anderen als die angegebenen Quellen und Hilfsmittel verwendet habe. Alle Stellen, die wörtlich oder inhaltlich den angegebenen Quellen entnommen wurden, sind als solche kenntlich gemacht.

Die vorliegende Arbeit wurde bisher in gleicher oder ähnlicher Form noch nicht als Magister-/Master-/Diplomarbeit/Dissertation eingereicht.

Datum

Unterschrift