

Questione giuridica n. 1

Sulla responsabilità professionale del medico strutturato.

Durante un intervento chirurgico veniva dimenticato in loco un corpo estraneo.

Citato in giudizio per ottenere risarcimento del danno, il chirurgo respingeva ogni addebito, sostenendo che l'intervento era di difficile esecuzione e che, pertanto, spettava al paziente fornire la prova rigorosa della inadeguata prestazione professionale.

Come va, dunque, ripartito l'onere della prova tra il paziente e il professionista?

Quali conseguenze per il professionista?

La Suprema Corte di Cassazione, negli ultimi tempi, ha costantemente inquadrato la responsabilità del medico, dipendente dell'ente ospedaliero, nei confronti del paziente nella responsabilità di tipo contrattuale sulla base della teoria del "contatto sociale": *"L'obbligazione del medico dipendente dal servizio sanitario nazionale per responsabilità professionale nei confronti del paziente ha natura contrattuale, ancorché non fondata sul contratto ma sul <<contatto sociale>>, caratterizzato dall'affidamento che il malato pone nella professionalità dell'esercente una professione protetta"* (Cass. civ., III sez., 22.01.99, n. 589).

Secondo la Corte, tale contatto ha valenze sociali, perché il paziente legittimamente confida nelle capacità del professionista, in considerazione sia del fatto che lo Stato, previo esame di abilitazione, conferisce solo ai medici l'esercizio esclusivo dell'attività specifica, sia del fatto che egli è tenuto a prestare la sua opera improntandola a principi di correttezza, in virtù del rapporto di lavoro che il professionista ha con l'ente ospedaliero (Altamura B.M., *Sulla responsabilità professionale contrattuale da "contatto sociale"*, Rass. Med. Leg. Prev., 1999, XII, p.1.). In altre parole, il medico, pur in assenza del "formale" negozio giuridico, è tenuto ad adempiere obblighi di cura che derivano dalla sua appartenenza ad una "particolare" professione protetta, su cui il paziente ha fatto "affidamento" entrando in contatto con lui (Mommo, *Responsabilità medica e risarcimento danni*, su www.altalex.it).

A questo tipo di operatore professionale, la coscienza sociale, prima ancora che l'ordinamento giuridico, non si limita a chiedere un *non facere*, cioè il puro rispetto della sfera giuridica di colui che gli si rivolge fidando nella sua professionalità, ma giustappunto quel *facere* nel quale si manifesta la perizia che ne deve contrassegnare l'attività in ogni momento (Altamura B.M., *Sulla responsabilità professionale contrattuale da "contatto sociale"*, Rass. Med. Leg. Prev., 1999, XII, p.1). Tale relazione socialmente tipica così come inquadrata dalla Corte, viene ad essere ricondotta all'alveo delle fonti delle obbligazioni quale *"un fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico"* ai sensi dell'art. 1173 c. c. La disposizione, infatti, stabilendo che *"le obbligazioni derivano da contratto, da fatto illecito e da ogni altro atto o fatto idoneo a produrle conformità all'ordinamento giuridico"*, consente di inserire tra le fonti, principi di rango costituzionale, come il diritto alla salute.

Trattandosi, però, di obbligazione inerenti all'esercizio di attività professionali, la misura dello sforzo diligente necessario per il relativo corretto adempimento va valutata, a norma dell'art. 1176, co. 2°, in relazione al tipo di attività dovuta per il soddisfacimento dell'interesse creditorio: *"Il medico-chirurgo, nell'adempimento delle obbligazioni contrattuali inerenti alla propria attività professionale è tenuto ad una diligenza che non è solo quella del buon padre di famiglia, come richiesto dall'art. 1176, co. 1°, c.c., ma è quella specifica del debitore qualificato, come indicato dal comma 2 dell'art. 1176, la quale comporta il rispetto di tutte le regole e gli accorgimenti che nel loro insieme costituiscono la conoscenza della professione medica"* (Cass. civ., III sez., 13.01.05 n. 583), *"ivi compreso l'obbligo di sorveglianza della salute del soggetto operato anche nella fase postoperatoria"* (Cass. civ., III sez., 11.03.02 n. 3492).

La disposizione a carattere generale di cui all'art. 1176 c.c. va, peraltro, coordinata con la specifica disposizione in tema di professioni di cui all'art. 2236 c.c., che si riferisce ad una speciale abilità tecnica, da intendere come impegno intellettuale, preparazione e dispendio di attività superiori alla media e per la quale il professionista risponde solo in ipotesi di dolo o colpa grave.

In passato, il criterio di diligenza veniva posta in relazione alle prestazioni che, avendo ad oggetto un *facere*, erano suscettibili di essere apprezzate dal punto di vista qualitativo dell'osservanza di certe regole tecniche.

Ci si riferisce a quelle obbligazioni definite *"di mezzi"*, che tradizionalmente si

oppongono alle “obbligazioni di risultato”.

Come è noto, *“nelle obbligazioni di mezzi la prestazione dovuta prescinde da un particolare esito positivo dell'attività del debitore, che adempie esattamente ove svolga l'attività richiesta nel modo dovuto. In tali obbligazioni è il comportamento del debitore ad essere in obbligazione, nel senso che la diligenza è tendenzialmente considerata quale criterio determinativo del contenuto del vincolo, con l'ulteriore corollario che il risultato è caratterizzato dall' aleatorietà, perché dipende, oltre che dal comportamento del debitore, da altri fattori esterni oggettivi o soggettivi.*

Nelle obbligazioni di risultato, invece, ciò che importa è il conseguimento del risultato stesso, essendo indifferente il mezzo utilizzato per raggiungerlo.

La diligenza opera solo come parametro, ovvero come criterio di controllo e valutazione del comportamento del debitore: in altri termini, è il risultato cui mira il creditore, e non il comportamento, ad essere direttamente in obbligazione” (Cass., SS.UU., 11.01.08 n. 577).

Tale distinzione era spesso utilizzata per risolvere problemi di ordine pratico, tra cui proprio la distribuzione dell'onere della prova e l'individuazione del contenuto dell'obbligo, ai fini del giudizio di responsabilità.

In particolare, si sosteneva *“mentre nelle obbligazioni di mezzi, essendo aleatorio il risultato, sul creditore incombesse l'onere della prova che il mancato risultato era dipeso da scarsa diligenza, nelle obbligazioni di risultato, invece, sul debitore incombeva l'onere della prova che il mancato risultato era dipeso da causa a lui non imputabile”* (Cass., SS.UU., 11.01.08 n. 577).

Tuttavia, tale impostazione non era immune da profili problematici, perché, lasciando sopravvivere, per le obbligazioni di mezzi o di diligenza, la regola di responsabilità basata sulla colpa analoga a quella dell'art. 2043 c.c., l'onere probatorio era a carico del paziente insoddisfatto.

La regola di base era la seguente: il paziente - creditore doveva provare la colpa, cioè che il comportamento del debitore era contrario ai doveri di diligenza, prudenza e perizia, il danno e il nesso di causalità materiale; al sanitario incombeva provare l'impossibilità a lui non imputabile della perfetta esecuzione della prestazione.

A guardare le cose dal punto di vista dei grandi numeri, l'assetto era più favorevole al medico, in parte perché, gravando sul danneggiato l'onere della prova, la vasta area grigia dell'incertezza portava al rigetto della sua domanda. In parte perché il

momento chiave del processo, la consulenza tecnica d'ufficio, era governata da altri medici inevitabilmente portati — come per ogni altra professione — a non accanirsi nei confronti del collega: *hodie tibi, cras mihi* (Zeno – Zencovich, *Una commedia degli errori? La responsabilità medica fra l'illecito e l'inadempimento*, p. 299). Tuttavia, tale classificazione venne sottoposta a revisione sia da parte della dottrina che della giurisprudenza.

In dottrina, si osservò che l'art. 1176 cod. civ. riguardante la diligenza nell'adempimento, e l'art. 1218 cod. civ., sulla responsabilità del debitore per l'inadempimento, erano poste a regolamentare tutte le obbligazioni, e non erano suscettibili di applicazione distinta a seconda della tipologia di obbligazioni in discorso (applicabilità del severo art. 1218 solo per le obbligazioni di risultato, valendo il principio della diligenza per le altre) (P.Rescigno, *Obbligazioni*, in *Enc. Dir.*, XXIX, 1979, 190).

La giurisprudenza, invece, allo scopo di equilibrare le esigenze di tutela del paziente, da un lato, e quelle del medico, dall'altro, introdusse una nuova ripartizione, quella degli interventi “di facile esecuzione” e quelli che implicavano la “soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà”, ex art. 2236 c.c., riconnettendo al grado di difficoltà un differente regime probatorio (Cass. civ., III sez., 21.12.78 n. 6141; Cass. civ., III sez., 04.02.98, n. 1127).

L'intenzione della Suprema Corte era quella di porre il medico nella condizione di agire con maggior serenità in interventi di speciale difficoltà, ma di responsabilizzarlo in modo consistente qualora si trattasse di prestazioni facili o di semplice routine.

Ma che cosa si intendeva per interventi di facili o di difficile esecuzione?

Un intervento veniva considerato di “*facile o routinaria esecuzione*” quando “*non richiedeva una particolare abilità, essendo sufficiente una preparazione professionale ordinaria, ed il rischio di esito negativo o addirittura peggiorativo era minimo*” (Cass. civ., III sez., 21.12.78 n. 6141).

Tale rilievo si basava sull' *id quod plerunque accidit* inteso come l'insieme delle regole tecniche appartenenti al settore specifico in cui opera il medico e che, per comune consenso e consolidata sperimentazione, sono acquisite dalla scienza e applicate nella pratica .

In tal caso, se il risultato dell'intervento era peggiorativo, nel senso che le condizioni del paziente erano deteriori rispetto a quelle preesistenti, operava una presunzione dell'inadeguata o non diligente esecuzione della prestazione professionale.

Presunzione questa, vincibile solo con prova contraria, e cioè dimostrando che l'esito negativo dell'intervento era stato causato dal sopravvenire di eventi imprevedibili o imprevedibili o dalla persistenza di una particolare condizione fisica del paziente, non accertabile con il criterio dell'ordinaria diligenza professionale.

In tal modo spettava al medico provare, al fine da non incorrere in responsabilità, che l'esito negativo dell'intervento non era dipeso da propria negligenza o imperizia, ma unicamente dal caso fortuito o da forza maggiore.

Qualora il caso specifico implicasse, invece, «*la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà*», secondo l'espressione adottata dall'art. 2236 c.c., una volta provata dal medico la difficoltà dell'intervento, doveva essere il paziente a dover dimostrare, in modo preciso, le modalità di esecuzione dell'operazione ritenute non idonee o improprie.

Più precisamente, tale prova doveva consistere in "*dati obiettivi idonei e sufficienti*" in base ai quali il giudice avrebbe valutato se, in relazione al caso concreto, potevano considerarsi sufficienti "*la preparazione professionale media e la diligenza media nell'esercizio dell'attività professionale, di cui all'art. 1176 c.c.*, o se, al contrario era necessario "*un impegno tecnico-professionale superiore*" (Cass. civ., III sez., 21.12.78 n. 6141).

Nel giro di pochi anni, tale orientamento interpretativo è mutato, anche grazie al principio enunciato in termini generali dalle Sezioni Unite, proprio in tema di onere della prova in caso d'inadempimento ed inesatto adempimento: "*il creditore che agisce per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno, ovvero per l'adempimento deve dare la prova della fonte negoziale o legale del suo diritto, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte, mentre è al debitore convenuto che incombe di dare la prova del fatto estintivo, costituito dall'avvenuto adempimento.*"

Anche nel caso in cui sia dedotto non l'inadempimento dell'obbligazione, ma il suo inesatto adempimento, al creditore istante è sufficiente la mera allegazione dell'inesattezza dell'adempimento (per violazione di doveri accessori, come quello di informazione, ovvero per mancata osservanza dell'obbligo di diligenza, o per difformità quantitative o qualitative dei beni), gravando sul debitore l'onere di dimostrare di avere esattamente adempiuto" (Cass., SS.UU., 30.10.01, n. 13533).

Applicando tale principio all'onere della prova nelle cause di responsabilità professionale, la Suprema Corte, in alcune recenti sentenze, ha affermato che "*il paziente che agisce in giudizio deve, anche quando deduce l'inesatto adempimento*"

dell'obbligazione sanitaria, provare il contratto e allegare l'inadempimento del sanitario, restando a carico del debitore (medico-struttura sanitaria) l'onere di dimostrare che la prestazione è stata eseguita in modo diligente, e che il mancato o inesatto adempimento è dovuto a causa a sé non imputabile, in quanto determinato da impedimento non prevedibile né prevenibile con la diligenza nel caso dovuta. Pertanto, in base alla regola di cui all'articolo 1218 c.c. il paziente - creditore ha il mero onere di allegare il contratto ed il relativo inadempimento o inesatto adempimento, non essendo tenuto a provare la colpa del medico e/o della struttura sanitaria e la relativa gravità" (Cass. civ., III sez., 13.04.07 n. 8826; Cass. civ., III sez., 28.05.04, n.10297) .

Siffatta ripartizione ha ricevuto l'avallo delle Sezioni unite, per le quali l'attore, paziente danneggiato, deve limitarsi "a provare il contratto (o il contatto sociale) e l'aggravamento della patologia o l'insorgenza di un'affezione ed allegare l'inadempimento del debitore, astrattamente idoneo a provocare il danno lamentato. Competerà al debitore dimostrare o che tale inadempimento non vi è stato ovvero che, pur esistendo, esso non è stato eziologicamente rilevante" (Cass., SS.UU., 11.01.08 n. 577).

Per il professionista, ormai, non vale invocare, al fine di farne conseguire la propria irresponsabilità, la distinzione tra interventi "facili" e "difficili", "in quanto l'allocazione del rischio non può essere rimessa alla maggiore o minore difficoltà della prestazione", tanto meno vale ricorrere alla distinzione tra "obbligazione di mezzi" e "obbligazione di risultato", in quanto "in ogni obbligazione si richiede la compresenza sia del comportamento del debitore che del risultato, anche se in proporzione variabile[...];in ciascuna obbligazione assumono rilievo così il risultato pratico da raggiungere attraverso il vincolo, come l'impegno che il debitore deve porre per ottenerlo" (Cass., SS.UU., 11.01.08 n. 577).

Inquadrata, infatti, nell'ambito contrattuale la responsabilità del medico, nel rapporto con il paziente, il medico ospedaliero è contrattualmente tenuto ad un risultato dovuto, ossia al risultato conseguibile secondo i criteri di normalità, da valutarsi in relazione alle condizioni del paziente, all'abilità tecnica del professionista e alla capacità tecnico-organizzativa della struttura sanitaria, sicché in caso di responsabilità per inadempimento si applica una sola norma, quella contenuta nell'art. 1218 c.c. Ciò comporta un'inversione dell'onere della prova perché, in tal caso, spetta al debitore provare i fatti estintivi dell'inadempimento, per cui se la prova non riesce, le cause ignote saranno addebitate al debitore inadempiente.

D'altra parte, afferma la Corte "appare in effetti incoerente ed incongruo richiedere al

professionista la prova idonea a vincere la presunzione di colpa a suo carico quando trattasi di intervento di facile esecuzione o routinario, e addossare viceversa al paziente l'onere di provare «in modo preciso e specifico» le «modalità ritenute non idonee» quando l'intervento è di particolare o speciale difficoltà. Proprio nel caso in cui l'intervento implica cioè la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, richiede notevole abilità, e la soluzione di problemi tecnici nuovi o di speciale complessità, con largo margine di rischio in presenza di ipotesi non ancora adeguatamente studiate o sperimentate, ovvero oggetto di sistemi diagnostici, terapeutici e di tecnica chirurgica diversi ed incompatibili tra loro. [...] Tale soluzione si palesa infatti ingiustificatamente gravatoria per il paziente, in contrasto invero con il principio di generale favor per il creditore - danneggiato cui l'ordinamento è informato.

In tali circostanze è infatti indubitabilmente il medico specialista a conoscere le regole dell'arte e la situazione specifica - anche in considerazione delle condizioni del paziente - del caso concreto, avendo pertanto la possibilità di assolvere all'onere di provare l'osservanza delle prime e di motivare in ordine alle scelte operate in ipotesi in cui maggiore è la discrezionalità rispetto a procedure standardizzate.[.....] Va quindi conseguentemente affermato che in ogni caso di "insuccesso" incombe al medico dare la prova della particolare difficoltà della prestazione" (Cass. civ., III sez., 13.04.07 n. 8826).

Travolti, dunque, i delicati equilibri riguardante la distinzione tra prestazione di facile esecuzione e di difficile esecuzione come criterio di distribuzione dell'onere della prova, per la giurisprudenza di legittimità tale ripartizione rileva "solamente ai fini della valutazione del grado di diligenza e del corrispondente grado di colpa riferibile al sanitario" (Cass. civ., III sez., 28.05.04, n.10297).

Per tale motivo, "all'articolo 2236 c.c. non va conseguentemente assegnata rilevanza alcuna ai fini della ripartizione dell'onere probatorio" (Cass. civ., III sez., 13.04.07 n. 8826), sia perché, come abbiamo visto, "incombe in ogni caso al medico dare la prova della particolare difficoltà della prestazione," (Cass. civ., III sez., 13.04.07 n. 8826), sia perché "una eventuale limitazione della responsabilità attiene esclusivamente alla perizia, con esclusione dell'imprudenza e della negligenza" (Cass. civ., III sez., 19.04.06, n. 9085; Cass. civ., III sez., 13.01.05 n. 583; Cass. civ., III sez., 05.07.04, n. 12273; Cass. civ., III sez., 16.02.01, n. 2335).

Al riguardo, la Suprema Corte ha avuto modo di precisare che "i problemi" contemplati dall'art. 2236 c.c. sono quelli "che richiedono un impegno intellettuale superiore a quello professionale medio, con conseguente presupposizione di preparazione e dispendio di attività anch'esse superiori alla media" ovvero quelli "che concernono casi di

particolare complessità, oggetto di dibattiti scientifici che non hanno raggiunto risultati univoci” (Cass. Civ., sez. III, 10 maggio 2000, n. 5945).

Pertanto, il professionista risponde anche per colpa lieve quando per omissione di diligenza o di prudenza provochi un danno nell’esecuzione di un intervento operatorio o di una terapia medica, pur se questo implichi la soluzione di problemi tecnici particolarmente difficili.

Questione giuridica n. 2

A seguito di una caduta accidentale di un bambino di 4 anni da una panchina, durante l'orario scolastico, la madre sporgeva querela presso la locale stazione dei carabinieri ai danni dell'insegnante di turno presente al momento del fatto.

Appresa la notizia del reato, il Pubblico Ministero ne chiedeva , tuttavia, l'archiviazione.

La persona offesa si opponeva alla richiesta, chiedendo che venisse formulata l'imputazione per violazione degli artt. 590, 593, 572 c.p.

Ma può una caduta accidentale integrare il reato di cui all'art. 572 c.p.?

Il reato previsto dall'art. 572 c.p., rubricato come *"Maltrattamenti in famiglia e contro i fanciulli"*, è disciplinato nel Libro II, Titolo XI *"Dei delitti contro la famiglia"*, Capo IV *"Dei delitti contro l'assistenza familiare"*.

Sebbene considerato un tipico reato contro la famiglia, in verità esso può configurarsi anche in assenza dei vincoli di parentela civili o naturali ovvero rapporti di convivenza o di coabitazione, essendo sufficiente l'esistenza di un regime di vita improntato a rapporti di umana solidarietà e strette relazioni, dovute a motivi anche di carattere assistenziale (Cass. pen., VI sez., 03.07.97, n. 1067).

Può essere il caso di coloro che abbiano convissuto per un determinato periodo di tempo e che siano ora legati, dopo la separazione, da stretti rapporti in ragione della presenza di figli, in affidamento congiunto o condiviso, oppure degli ex coniugi che abbiano un obbligo di alimenti nei confronti dell'altro. La separazione legale, infatti, pur dispensando i coniugi dagli obblighi di convivenza e fedeltà, lascia integri i doveri di reciproco rispetto, di assistenza materiale e morale, nonché di collaborazione (Sartirana, *Maltrattamenti anche al di fuori della "famiglia" ed anche senza lesioni*, Rivista Ventiquattrore, in www.ilsole24ore.it).

Pertanto, poiché la convivenza non rappresenta un presupposto per la fattispecie criminosa in questione, *"il suddetto stato di separazione non esclude il reato di maltrattamenti, quando l'attività persecutoria si valga proprio o comunque incida su quei vincoli che , rimasti intatti a seguito del provvedimento giudiziario, pongono la parte offesa in posizione psicologica subordinata"*(Cass. pen., VI sez., 22.11.96, n. 10023: nel caso di

specie, il marito, pur essendo separato percuoteva abitualmente e minacciava la moglie, anche dinanzi a terzi, di ritorsioni gravi sul figlio minore).

In una più vasta accezione, il reato di maltrattamenti è configurabile anche nei casi in cui la degenerazione dell'uso dei mezzi di correzione colpisca persone collegate all'agente da un rapporto di dipendenza o per lo svolgimento di una professione o di un'arte ovvero al medesimo affidata per ragioni d'istruzione, educazione, ecc. (Cass. pen., II sez., 11.07.86, n. 7382).

In verità, la formula linguistica utilizzata nell'art. 572 c.p.: *“una persona sottoposta alla sua autorità o a lui affidata per ragione di educazione, istruzione, cura vigilanza, custodia o per l'esercizio di una professione o di un'arte”* postula il chiaro riferimento a rapporti implicanti una subordinazione, sia essa giuridica o di mero fatto, la quale può, da un lato, indurre il soggetto attivo a tenere una condotta abitualmente prevaricatrice verso il soggetto passivo e, dall'altro, rendere difficile a quest'ultimo sottrarsi, con conseguenti avvilitamento e umiliazione della sua personalità (Cass. pen., VI sez., 26.06.09 n. 26594).

Secondo la Corte, infatti, integra il delitto di maltrattamenti previsto dall'art. 572 c.p. e non, invece, quello di abuso di mezzi di correzione o di disciplina (art. 571 c.p.), la condotta del datore di lavoro e dei suoi preposti che, nell'ambito del rapporto di lavoro subordinato, abbiano posto in essere atti volontari, idonei a produrre uno stato di abituale sofferenza fisica e morale nei dipendenti, quando la finalità perseguita dagli agenti non sia la loro punizione per episodi censurabili, ma lo sfruttamento degli stessi per motivo di lucro personale (Cass. pen., VI sez., 12.03.01, n. 10090: fattispecie relativa ad un datore di lavoro e al suo preposto che, in concorso fra loro, avevano sottoposto i propri subordinati a varie vessazioni, accompagnate da minacce di licenziamento e di mancato pagamento delle retribuzioni pattuite, corrisposte su libretti di risparmio intestati ai lavoratori, ma tenuti dal datore di lavoro, al fine di costringerli a sopportare ritmi di lavoro intensissimi).

Di conseguenza, sebbene l'esatta individuazione del bene giuridico da tutelare è oggetto di disputa dottrinale, soprattutto alla luce dell'evoluzione interpretativa del valore famiglia, è sicuramente da condividere la posizione di chi identifica il medesimo nella protezione *“del più debole”*, di colui, cioè, che si trova esposto all'autorità o alla supremazia di un familiare o di un soggetto preposto alla sua cura o educazione, perché non sia leso tanto nella sfera dell'integrità fisica e morale

quanto nella propria personalità (Fiandaca – Musco, *Diritto penale*, II, Zanichelli Ed. p.346).

In tal senso, si è espressa anche la Corte di Cassazione, affermando che nel reato di maltrattamenti di cui all'art. 572 c.p., l'oggetto giuridico non è costituito solo dall'interesse dello Stato alla salvaguardia della famiglia da comportamenti vessatori e violenti, ma *“anche dalla difesa dell'incolumità fisica e psichica delle persone indicate nella norma, interessate al rispetto della loro personalità nello svolgimento di un rapporto fondato su diversi vincoli”* (Cass. pen. VI sez., 27.05.03, n. 37019).

E' da escludersi, però, che la compromissione del bene protetto si verifichi in presenza di semplici fatti che ledono ovvero mettono in pericolo l'incolumità personale, la libertà o l'onore di una persona, essendo necessario per la configurabilità del reato *“che tali fatti siano la componente di una più ampia ed unitaria condotta abituale, idonea ad imporre un regime vessatorio, mortificante ed insostenibile”* (Cass. pen. VI sez., 27.05.03, n. 37019).

Il reato, oggetto della presente analisi, infatti, si qualifica come necessariamente abituale per la sussistenza di una serie di fatti e/o atti, *“i quali isolatamente considerati potrebbero anche non costituire delitti, come gli atti d'infedeltà o di umiliazione generica”* (Cass. pen., VI sez., 27.04.95, n. 4636), ma che acquistano rilevanza penale se, valutati unitariamente, nel loro ripetersi del tempo, determinano quell'effetto di maltrattamento-sopruso-vessazione che la norma intende reprimere (Fiandaca – Musco, *Diritto penale*, II, Zanichelli Ed., p. 346).

Non essendo specificato, peraltro, in che modo i maltrattamenti devono prendere concretezza, l'individuazione delle condotte penalmente rilevanti è affidata agli interpreti.

Sicuramente vi rientrano le ipotesi di ingiuria, minaccia, percosse e lesioni lievi, condotte, cioè, delittuose di per sé (Conforti, *Maltrattamenti in famiglia ed attenuante della provocazione*, in www.personaedanno.it).

A queste possono affiancarsi tutte quelle privazioni imposte all'altra parte (ad esempio, la privazione del cibo) che hanno reso umiliante l'esistenza all'interno della famiglia, dell'ambito lavorativo o educativo ovvero le condotte omissive *“individuabili pure nel deliberato astenersi da parte dei responsabili di una pubblica struttura, ad esempio di assistenza e di cura, dall'impedire condotte illegittime realizzanti la materialità del reato”* (Cass. pen., VI sez., 16.01.91, n. 394: secondo la Corte, qualora sussistano le altre condizioni previste dalla fattispecie legale, non impedire il verificarsi di un evento, che si ha il dovere giuridico di impedire, equivale a

cagionarlo), nonché tutti quegli atti *“di disprezzo, di scherno, di vilipendio e di asservimento, che comportano durevole sofferenza morale”* (Cass. pen., V sez., 01.10.83, n. 7787).

Il legislatore, dunque, nella redazione della norma contenuta nell'art. 572 c.p., ha mostrato di voler fornire una tutela estesa e ad ampio raggio del bene giuridico in essa protetto, prevedendo una fattispecie causale pura o a forma libera che contempla qualsiasi tipo di maltrattamento, sia fisico sia psicologico (Giancalone, I maltrattamenti in famiglia, in www.altalex.it).

Sotto il profilo soggettivo, ossia della volontà da parte dell'autore del reato di porre in essere i comportamenti vessatori, invece, non si richiede una particolare intenzione di sottoporre l'altro soggetto in modo continuo ed abituale ad una serie di sofferenze fisiche e morali; basta che chi agisce abbia la *“consapevolezza”* di persistere in un'attività prevaricatoria, già posta in essere altre volte. L'eventuale stato di ubriachezza o assunzione di sostanze stupefacenti non potrà certo rappresentare una scriminante, qualora l'autore deliberatamente si sia posto nelle condizioni di *“incoscienza”* e di difficoltà di gestione delle proprie azioni e reazioni. Conseguentemente, in tal modo potrà risultare aggravata solo la sua posizione processuale (Sartirana, *Maltrattamenti anche al di fuori della “famiglia” ed anche senza lesioni*, Rivista Ventiquattrore, in www.ilsole24ore.it).

Come si vede, la norma si presta ad un'interpretazione assai estesa, tanto da abbracciare numerose tipologie di legami tra *“maltrattante”* ed il *“maltrattato”*, nonché un'ampia gamma di comportamenti attraverso i quali viene posto in essere il *“maltrattamento”*.

Tuttavia, ciò che rileva ai fini dell'antigiuridicità penale dei singoli atti vessatori è che essi siano uniti tanto da un legame di abitudine (elemento oggettivo) quanto dalla coscienza e volontà (elemento soggettivo) di porre in essere tali atti (Cass. pen., VI sez., 13.03.87, n. 3032).

E' da escludere, perciò, che sporadici episodi di violenza, del tutto occasionali, possano integrare il reato in esame.

Fatti episodici, infatti, pur lesivi dei diritti fondamentali della persona, ma non riconducibili nell'ambito della descritta cornice unitaria, perché traggono origini da situazioni contingenti e particolari che sempre possono verificarsi nei rapporti interpersonali, *“conservano, se ricorrono i presupposti, la propria autonomia come delitti contro la persona(ingiurie, percosse, lesioni), già di per sé sanzionati dall'ordinamento giuridico.*

In questo caso, colui che si rende responsabile di tali fatti non esprime una condotta abituale finalizzata ad alterare l'equilibrio della normale tollerabilità della convivenza, ma dà semplicemente sfogo, in modo errato, alla sua potenzialità reattiva di fronte a situazioni o eventi che percepisce come ingiusti o non corretti e che provocano inevitabilmente in lui uno stato di forte tensione, con l'effetto che la sua azione e le relative conseguenze vanno apprezzate e valutate in quel particolare contesto in cui sono maturate e non come componenti di un insieme comportamentale più ampio, da considerarsi unitariamente" (Cass. pen., VI sez., 27.05.03, n. 37019).

Di conseguenza, ritornando al nostro quesito, il comportamento dell'insegnante, seppur negligente, non integra l'ipotesi di reato di cui all'art. 572 c.p., mancando proprio l'abitudine e l'elemento psicologico innanzi analizzati quali elementi costitutivi della fattispecie criminosa.

Questione giuridica n. 3

In seguito al ricorso presentato da Caio per ottenere la separazione dalla moglie Sempronia, la medesima si costituiva in giudizio ed, in via riconvenzionale, chiedeva che la separazione venisse dichiarata con addebito al marito in ragione dei suoi comportamenti ingiuriosi e dai continui tradimenti, in conseguenza dei quali era nata anche una figlia.

Può essere motivo di addebito della separazione l'aver avuto un figlio fuori dal matrimonio?

Quando l'intollerabilità della convivenza tra i coniugi origina da comportamenti che rappresentino consapevole violazione dei doveri nascenti dal matrimonio, il Giudice, pronunciando la separazione, ove ne sia esplicitamente richiesto, può dichiarare a quale dei due coniugi (eventualmente ad entrambi) la separazione sia addebitabile (art. 151, co. 2°, c.c.).

La principale conseguenza della pronuncia di addebito è che il coniuge responsabile della crisi dell'unione, a cui è stata addebitata la separazione, perde il diritto di ricevere l'assegno di mantenimento che gli sarebbe spettato, qualora non avesse avuto adeguati redditi propri.

Tuttavia, avrà comunque diritto agli alimenti (art. 156, co. 3°, c.c.) (che a differenza del mantenimento corrispondono ad una somma sufficiente a permettere la sussistenza), nel caso in cui *“sussista uno stato di effettivo bisogno, dovuto non solo all'insufficienza di mezzi economici, ma anche all'impossibilità di svolgere un'attività lavorativa, tenuto conto delle condizioni fisiche, dell'età e della posizione sociale del coniuge”* (Cass. civ., I sez., 14.02.90, n. 1099).

Perde, inoltre, la maggior parte dei diritti successori.

Diversamente dal passato, oggi la separazione può essere dichiarata per cause oggettive, cioè indipendentemente dalla colpa di uno dei due coniugi. È possibile quindi che i coniugi si separino perché avvenimenti esterni si frappongono alla coppia, perché sopraggiungono circostanze non previste, né prevedibili, al momento della celebrazione del matrimonio, perché ci si rende conto dell'esistenza di un'incompatibilità caratteriale insuperabile e, in generale, per tutti quei fatti che,

usando l'espressione del legislatore, *"rendono intollerabile la prosecuzione della convivenza o recano grave pregiudizio all'educazione della prole"* (art. 151, 1°co. c.c.) in www.separazione-divorzio.com

La casistica dei comportamenti che possono dare luogo ad una pronuncia di addebito è estremamente varia, come, per esempio, quelli che ledono il dovere coniugale di lealtà, quali i maltrattamenti, le denigrazioni, dare incarico ad un terzo per rapinare il coniuge, le aggressioni della personalità del coniuge, per deprimerlo, umiliarlo e isolarlo, l'imposizione di prestazioni sessuali "anomale" ovvero l'omessa assistenza morale e materiale, ivi compreso l'abbandono della casa coniugale senza giusti motivi (Gazzoni, *Manuale di Diritto Privato*, Ed. Scientifiche Italiane, 2004, p. 382)

Al riguardo, giova ricordare che, ai sensi dell'art. 143 c.c., *"dal matrimonio nascono l'obbligo reciproco alla fedeltà, all'assistenza morale e materiale, alla collaborazione nell'interesse della famiglia ed alla coabitazione"*.

Ed, ancora, che *"entrambi i coniugi sono tenuti, ciascuno in relazione alle proprie sostanze e alla propria capacità di lavoro professionale o casalingo, a contribuire ai bisogni della famiglia"*.

Tuttavia, affinché possa essere addebitata la separazione ad uno o ad entrambe i coniugi, non è sufficiente che sia ravvisabile nel comportamento dei medesimi una violazione dei doveri di cui sopra, *"essendo, invece, necessario accertare se tale violazione, lungi dall'essere intervenuta quando era già maturata ed in conseguenza di una situazione di intollerabilità della convivenza, abbia, viceversa, assunto efficacia causale nel determinarsi della crisi del rapporto coniugale"* (Cass. civ., I sez., 28.04.06, n. 9877).

L'accertamento dell'efficacia causale delle violazioni dei doveri coniugali sul fallimento della convivenza coniugale postula, peraltro, una valutazione complessiva del comportamento di entrambi i coniugi, *"ben potendo la prova di determinati comportamenti di un coniuge influire sulla valutazione dell'efficacia causale dei comportamenti dell'altro"* (Cass. civ. , I sez., 13.03.99, n. 2444).

Il giudice, cioè, anche se abbia accertato a carico dell'uno un comportamento riprovevole, non è esonerato dall'esaminare anche la condotta dell'altro, *"non potendo quel comportamento essere giudicato senza un suo raffronto con quello del coniuge"*, e quindi, in definitiva, *"dal verificare se e quale incidenza quei comportamenti abbiano rivestito, nel loro reciproco interferire, nel verificarsi della crisi coniugale"* (Cass. civ., I sez., 14.04.94, n. 3511).

Ai fini dell'addebitabilità della separazione, il giudice di merito, dunque, deve accertare *“se la frattura del rapporto coniugale sia stata provocata dal comportamento oggettivamente trasgressivo di uno o di entrambi i coniugi e, quindi, se sussista un rapporto di causalità tra detto comportamento ed il verificarsi dell'intollerabilità dell'ulteriore convivenza o se, piuttosto, la violazione che l'art. 143 c.c. pone a carico dei coniugi sia avvenuta quando era già maturata una situazione di crisi del vincolo coniugale, o per effetto di essa”* (Cass. civ., I sez., 28.09.01, n. 12130; Cass. civ., I sez., 17.07. 99, n. 7566; Cass. civ., I sez., 28.10.98, n. 10742).

Pertanto, *“in caso di mancato raggiungimento della prova che il comportamento contrario ai predetti doveri tenuto da uno dei due coniugi, o da entrambi, sia stato la causa efficiente del fallimento della convivenza, legittimamente viene pronunciata la separazione senza addebito”* (Cass. civ., I sez., 27.06.06, n. 14840; Cass. civ., I sez., 28.05.08, n. 14042).

A tali regole non ci si sottrae nemmeno se si parla di infedeltà coniugale.

Sicuramente la reiterata violazione, in assenza di una consolidata separazione di fatto, dell'obbligo di fedeltà coniugale, *“rappresenta una violazione particolarmente grave dell'obbligo della fedeltà coniugale”* (Cass. civ., I sez., 12.06.06, n.13592; Cass. civ., I sez., 18.09.03, n.13747), tale per cui deve ritenersi di regola circostanza sufficiente a giustificare l'addebito della separazione al coniuge che ne è responsabile.

Tuttavia, per la Corte, la riferita infedeltà può essere causa (anche esclusiva) dell'addebito solo *“quando risulti accertato che ad essa sia, in fatto, riconducibile la crisi dell'unione”*, mentre il relativo comportamento (infedele), se successivo al verificarsi di una situazione di intollerabilità della convivenza, *“non è di per sé solo, rilevante e non può, conseguentemente, giustificare una pronuncia d'addebito”*(Cass. civ., I sez., 12.04.06, n. 8512).

E se dall'infedeltà coniugale, nasce un figlio?

Per la Corte nulla cambia.

Se la violazione non ha assunto efficacia causale nella determinazione della crisi coniugale, *“la nascita di un figlio fuori dal matrimonio[...]non ha carattere decisivo, atteso che essa dimostra soltanto l'esistenza di una relazione extraconiugale”* (Cass. civ. I sez., 07.04.06, n. 8216).

Pertanto è correttamente motivata la sentenza *“che rigetti la domanda di addebito alla stregua del rilievo del progressivo deterioramento della situazione affettiva tra gli stessi e della difficoltà di individuare la causa del fallimento della unione in specifiche violazioni degli obblighi derivanti dal matrimonio, ed in particolar modo nelle pretese relazioni*

extraconiugali intrattenute dal marito, valutate come frutto e conseguenza del venir meno dell'affectio coniugalis" (Cass. civ. I sez., 27.11.03, n. 18132).

Questione giuridica n. 4

Sulla responsabilità degli amministratori in una società cooperativa.

A seguito di delibera assembleare dei soci, veniva promossa azione nei confronti dei componenti del consiglio d'amministrazione per inadempimento dei doveri previsti dall' art. 2392 c.c.

Per gli amministratori, le accuse mosse erano infondate, in quanto il mancato ritrovamento di una parte delle scritture contabili non consentiva di ricostruire esattamente le vicende societarie e, pertanto, di affermare che vi fosse stata *mala gestio*. Di conseguenza, nessuna responsabilità era loro ascrivibile.

Quale ruolo, dunque, gioca la tenuta delle scritture contabili ai fini della responsabilità?

Il D. Lgs. n. 6 del 2003 ha riformato il diritto societario italiano e la disciplina della società cooperativa disciplinata dagli artt. 2511 e segg. del codice civile.

L'art. 2519 c.c. dispone che *"Alle società cooperative, per quanto non previsto dal presente titolo, si applicano in quanto compatibili le disposizioni sulla società per azioni.*

L'atto costitutivo può prevedere che trovino applicazione, in quanto compatibili, le norme sulla società a responsabilità limitata nelle cooperative con un numero di soci cooperatori inferiore a venti ovvero con un attivo dello stato patrimoniale non superiore ad un milione di euro".

Ciò significa che in difetto di una specifica previsione statutaria (oltre che delle condizioni di legge previste dagli artt. 2519 e 2522), per la responsabilità verso la società degli amministratori di una società cooperativa, si applica la disciplina dettata in tema di s. p. a. (artt. 2392 e ss.).

Nella s.p.a. come nella società cooperativa della triade assemblea, sindaci e amministratori, quest'ultimi ne costituiscono l'organo più importante in quanto sono allo stesso tempo sia i soggetti più informati e partecipi della vita ordinaria della società sia coloro che hanno importanti poteri di iniziativa.

La responsabilità degli amministratori, quindi, è la normale conseguenza del ruolo che essi rivestono nella vita della società (Sammartano, *La responsabilità degli*

amministratori: Mala Gestio e interesse della società, in *Dottrina e Documentazione*, parte II, p. 1)

Recita l'art. 2392, co. 1°, c.c.: "Gli amministratori devono adempiere i doveri ad essi imposti dalla legge e dallo statuto con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze".

Con tale previsione, si è inteso assicurare la correttezza dell'attività sociale.

Il legislatore, tuttavia, non fornisce un elenco di tutti gli obblighi che, nell'espletamento dell'incarico, gravano sugli amministratori, ma si limita a disciplinarne alcuni in concorso con lo statuto per vincolare il potere di gestione.

Accanto a questi, la cui violazione, peraltro, è di facile accertamento in quanto basta provare che l'amministratore non ha tenuto il comportamento specificamente imposto dalla norma di legge, gli amministratori sono investiti dell'obbligo generico di gestire la società con diligenza (Stirpe, *La diligenza come criterio di responsabilità degli amministratori*, p. 4).

La diligenza richiesta non è quella dell'uomo medio, ma del buon amministratore determinata in funzione della natura dell'incarico e delle specifiche competenza dell'amministratore e non in astratto.

Prescrivendo il livello di diligenza, tuttavia, non si legittimano i soci a pretendere un risultato positivo ma soltanto l'attento uso degli strumenti.

In altri termini, ciò che determina la responsabilità degli amministratori non è il successo o l'insuccesso economico, bensì la correttezza o meno della gestione (Sammartano, *La responsabilità degli amministratori: Mala Gestio e interesse della società*, in *Dottrina e Documentazione*, II, p. 11)

La documentazione circa il rispetto dei comportamenti previsti è, per lo più, attinta dalle risultanze delle scritture contabili dell'imprenditore, probanti a sensi dell'art. 2709 cod. civ. contro gli amministratori, autori delle stesse come organi dell'imprenditore - società.

L'assenza di materiale contabile o altra documentazione sociale, amministrativa e fiscale, denotano atteggiamenti degli amministratori ascrivibili a condotte commissive, ma soprattutto omissive, la cui sussistenza attesta in modo evidente la responsabilità degli stessi [Zuech, *Brevi note sull'accertamento della responsabilità sociale degli amministratori di società e sulla quantificazione del danno risarcibile* (Nota a Trib. Pordenone, 15.01.2009, n. 34), in *Rivista telematica di Giurisprudenza*, n. 20, p. 4]

La giurisprudenza, in tal caso, condanna senz'altro gli amministratori:

“La mancanza o la irregolarità della contabilità sociale giustifica di per sè la condanna di questi ultimi a risarcire i danni” (Cass. civ., 19.12.85, n. 6493 in Società, 1986, p. 505)

“L’obbligo di tenere le scritture contabili, tra cui il libro giornale, grava sugli amministratori e la tenuta irregolare delle scritture contabili non solo è fonte di responsabilità (Cass. civ. 09.07.79, n. 3925, in Dir. fall., 1979, II, p. 453), ma l’impossibilità di determinare in modo specifico il nesso esistente tra le singole violazioni in cui siano incorsi gli amministratori e l’ammontare del danno globalmente accertato, in conseguenza dell’impossibilità di ricostruire a posteriori le vicende societarie, legittima l’ascrivibilità dell’intero danno” (Cass. Civ., I sez., 04.04.98, n. 3483).

In questo modo si evita di rendere un tale atteggiamento un salvacondotto da ogni responsabilità.

Nel caso in cui gli amministratori non agiscano secondo i criteri sopra esposti, causando danni alla società saranno da ritenersi *“solidalmente responsabili a meno che si tratti di attribuzioni proprie del comitato esecutivo o di funzioni in concreto attribuite aduno o più amministratori”* (art. 2392, co. 1 °).

Infatti, in presenza di attribuzioni proprie degli organi delegati (comitato esecutivo o amministratori delegati), il legislatore ha previsto una responsabilità diretta di tali soggetti nei confronti della società, sgravando apparentemente da qualsiasi responsabilità gli organi deleganti.

Si tratta, tuttavia, di un esonero di responsabilità apparente in quanto all’ art. 2392, co. 2°, il legislatore, sostituendo il precedente e generico obbligo di vigilanza spettante agli organi deleganti con l’espressione *“fermo quanto disposto dal comma terzo dell’ art. 2381”*, ha voluto in primo luogo evitare di esporre gli amministratori deleganti dagli effetti di una responsabilità oggettiva per culpa in vigilando, ma allo stesso tempo ha stabilito una responsabilità solidale degli amministratori deleganti nel caso in cui questi, a conoscenza di fatti pregiudizievoli, non abbiano fatto quanto in loro potere per impedire il compimento di detti fatti o per eliminarne oppure attenuarne le conseguenze dannose (art. 2392, co. 2°).

Infine il comma 3° è rimasto invariato e prevede che *“la responsabilità per gli atti o le omissioni degli amministratori non si estende a quello tra essi che, essendo immune da colpa, abbia fatto annotare senza ritardo il suo dissenso nel libro delle adunanze e delle deliberazioni del consiglio, dandone immediata notizia per iscritto al presidente del collegio sindacale”*.

Questione giuridica n. 5

Sul compenso spettante al professionista intellettuale.

La parcella corredata dal parere dell'ordine professionale di appartenenza può essere vincolante per il giudice di cognizione chiamato a decidere sul compenso?

Il contratto d'opera intellettuale può essere definito come un contratto in forza del quale un soggetto (il professionista intellettuale) assume l'obbligo, nei confronti di un altro soggetto (il cliente), di eseguire, dietro adeguato compenso, una determinata prestazione, il cui contenuto è di natura intellettuale.

Le statuizioni riguardanti il contratto d'opera intellettuale sono contenute nel Capo II, del Titolo III, Libro V, del Codice Civile.

L'art. 2230 c.c., ne determina la disciplina, richiamando, per un verso, la normativa dettata nel capo di cui esso fa parte, per altro verso, in quanto compatibili, le disposizioni dettate per il contratto d'opera.

Quest'ultimo e il contratto di prestazione d'opera intellettuale, si configurano come due *species* del medesimo *genus*, rappresentato dalla categoria del lavoro autonomo (Giacobbe, *Professioni intellettuali in Enc. Giur.*, vol. XXXVI, Milano, 1984, p. 1069).

Per il solo fatto di aver prestato la propria opera, il professionista intellettuale ha diritto al compenso.

L'art. 2233 cod. civ. pone una gerarchia di carattere preferenziale tra i vari criteri di liquidazione del compenso per le prestazioni di opera intellettuale considerando:

- in primo luogo, la convenzione che sia intervenuta in proposito tra le parti;
- poi, in mancanza di convenzione, le tariffe o gli usi;

ed infine, ove manchino anche le tariffe e gli usi, la determinazione del giudice (Cass. civ. II sez., 30.10.96, n. 9514) .

Il giudice, tuttavia, è del tutto privo del potere di liquidare il compenso del professionista secondo equità (Cass. civ., II sez., 05.05.08, n. 11030; Cass. civ. III sez., 22.01.91 n. 577) .

Il potere del giudice di determinare discrezionalmente il compenso del professionista, infatti, incontra il duplice limite della richiesta obbligatoria del

parere non vincolante dell'associazione professionale¹ di appartenenza e della necessità di adeguare la misura del compenso all'importanza dell'opera e al decoro della professione: *“L'art. 2233 c.c., nello stabilire che la liquidazione del compenso spettante al professionista, deve essere determinata “ope iudicis”, previo parere obbligatorio (non vincolante) della competente associazione professionale, impone al giudice l'obbligo della richiesta, e della conseguente acquisizione, del detto parere, dal quale egli può, poi, legittimamente discostarsi a condizione di fornire adeguata motivazione e di non ricorrere al criterio dell'equità”* (Cass. civ., II sez., 22.01.00, n. 694; Cass. civ., 22.05.98, n. 5111).

Il parere dell'associazione professionale può essere richiesto sia d'ufficio dal giudice, ai sensi dell'art 213 c.p.c., sia prodotto direttamente dal professionista, esplicando in tal caso identità di effetti, *“sempre che sia certa l'autenticità del parere stesso e questo sia successivo all'effettuazione della prestazione professionale del cui compenso si discute* (Cass. civ., II sez., 21.08.85, n. 4460).

Ma in cosa consiste tale parere?

Il parere dell'organo professionale, chiamato ad opinare, certificare le parcelle, *“consiste in un formale controllo della corrispondenza tra le voci riportate nella parcella con le tariffe di categoria”* (Cass. civ., II sez., 04.04.03, n. 5321); non prova l'effettiva esecuzione delle prestazioni in essa indicate, in caso di contestazione del debitore; non contiene valutazioni di merito nè in ordine alla validità ed efficacia delle obbligazioni assunte dalle parti nei singoli casi, né in ordine all'esatto adempimento delle stesse.

Il sindacato sull'effettiva esecuzione delle prestazioni, sul corretto adempimento delle stesse e sul valore della controversia compete solo all'autorità giudiziaria chiamata a dirimere le eventuali controversie (Cass. civ., II sez., 04.04.03, n. 5321).

Per questi motivi, la Suprema Corte ha chiaramente stabilito che: *“Mentre ai fini dell'emissione del decreto ingiuntivo a norma dell'art. 636 c.p.c. la prova dell'espletamento dell'opera e dell'entità delle prestazioni può essere utilmente fornita con la produzione della parcella e del relativo parere della competente associazione professionale, tale documentazione non è più sufficiente nel giudizio di opposizione, il quale si svolge secondo le regole ordinarie della cognizione, sicché nell'ambito di esso il professionista ha l'onere di dimostrare gli elementi fondanti la sua pretesa, onde consentire al giudice di merito [che non può assumere come base di calcolo per la determinazione del compenso le esposizioni di detta parcella contestate dal debitore (Cass. civ., III sez., 17.03.06, n. 5884)] di verificare le*

¹ Le associazioni professionali sono state soppresse con d. lgs. lgt. 23.11.1944, n. 369; le relative funzioni sono esercitate dai Consigli degli ordini ai sensi del d. lgs. lgt. 23.11.1944, n. 382.

singole prestazioni svolte dal professionista stesso e la loro corrispondenza con le voci e gli importi indicati nella parcella" (Cass. civ., III sez., 26.09.05, n. 18775).

Ciò si spiega col fatto che nel procedimento d'ingiunzione, l'onere di provare per iscritto la fondatezza del credito fatto valere in sede monitoria è a carico del ricorrente.

Trattandosi di un procedimento *monitorio puro*, cioè fondato sulla mera affermazione del ricorrente, il giudice è vincolato, *nell'an debeat*, alla dichiarazione del professionista ricorrente (Cass. civ., II sez., 30.01.97 n. 932) e, nel *quantum*, dal parere dell'ordine, che è un parere di congruità (Cass. civ., II sez., 19.02.97, n. 1513).

La Corte Costituzionale, con una pronuncia del 4. 5. 84, n. 137, ha, tuttavia, chiarito che tale meccanismo non costituisce un privilegio per i professionisti, atteso che gli Ordini hanno, comunque, la possibilità di accertare il se ed il modo delle prestazioni eseguite e che, quando non vi sia traccia di questo accertamento, il giudice può esercitare i poteri di cui all'art. 640 c.p.c.

In sede di opposizione, invece, si effettua l'accertamento della effettività delle prestazioni fatte dal ricorrente, perché in tale fase la documentazione usata nel monitorio ha valore di mera dichiarazione unilaterale (Cass. civ., III sez., 17.03.06, 5884)

Il principio, infatti, che regola l'onere probatorio in fase di opposizione stabilisce che la parcella cessa di essere vincolante, per essere sostituita dalla risultante di un accertamento effettivo sulle prestazioni concretamente eseguite e sui compensi realmente spettanti al professionista (in www.csm.it).

Il nostro quesito è così pienamente soddisfatto.

Questione deontologica: Rapporti con la parte assistita.

Chi conferisce un incarico professionale ad un avvocato stipula un contratto denominato "contratto di patrocinio".

Si tratta di un contratto di prestazione d'opera in virtù del quale l'avvocato assume l'incarico di rappresentare ed assistere la parte.

Tale contratto non è soggetto a oneri di forma, tanto che normalmente è concluso verbalmente o per fatti concludenti e può essere stipulato anche da persona diversa rispetto a colui che dovrà essere rappresentato e difeso. Il soggetto che affida l'incarico all'avvocato ne diviene cliente ed assume l'obbligazione di corrispondere il compenso.

La rappresentanza e difesa in giudizio, invece, possono essere assunte dall'avvocato solo mediante il conferimento di procura scritta (speciale: a margine o in calce all'atto processuale; ovvero generale: con atto pubblico o scrittura privata autenticata).

Sia la dottrina che la giurisprudenza sono solite qualificare l'obbligazione dell'avvocato, sia per la sua attività stragiudiziale che per quella giudiziale, quale obbligazione di mezzi e non di risultato.

L'avvocato non risponde se il suo cliente non raggiunge il risultato sperato (Cass. civ., sez. II, 25.03.95, n. 3566), e ha ugualmente diritto al compenso della causa o dell'affare (Cass. civ. 10.03.69 n. 765, in Foro Italiano, 1969, I, p. 1110).

Tuttavia, secondo anche una recente sentenza della Cassazione (Cass. Civ. II sez., 30.07.04, n. 14597), che sostiene che rientrano tra gli obblighi del professionista non solo la corretta esecuzione in ordine alla procedura affidatagli, ma anche *"i doveri di sollecitazione, di dissuasione e in particolare di informazione, al cui adempimento il professionista è tenuto sia all'atto dell'assunzione dell'incarico che nel corso del suo svolgimento, evidenziando al cliente le questioni di fatto e/o di diritto rilevabili ab origine o insorte successivamente ritenute ostative al raggiungimento del risultato o comunque produttive di effetti dannosi, invitandolo a fornirgli gli elementi utili alla soluzione positiva delle questioni, ed anche sconsigliandolo dall'iniziare o proseguire una lite ove appaia improbabile un epilogo favorevole e, anzi, probabile un esito negativo"*, si ritiene possibile superare la distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato sull'assunto che il risultato, inteso come momento conclusivo della prestazione, è dovuto in ogni

obbligazione e il suo raggiungimento e' subordinato alla predisposizione di mezzi utili per conseguirlo.

Il risultato si identificherebbe non nell'integrale soddisfazione del cliente, ma nell'attuazione di tutte quelle attività, anche di natura discrezionale, che si rendono necessarie e opportune affinché l'opera possa realizzarsi.

Tale orientamento risulta innovativo anche rispetto al nostro codice deontologico, perché onera il professionista ad effettuare una cognizione sostanziale e una previsione sull'esito finale mediato della procedura affidatagli, pena addirittura l'inadempimento della obbligazione professionale (Verrusio, *Il dovere di informativa del difensore verso il cliente in una recente pronuncia della Cassazione*, in *La Voce del Foro*, Riv. Ord. Avv. Benevento, n. 3/2004, p. 137).

In altre parole, qualora un avvocato accetti l'incarico di svolgere un'attività stragiudiziale consistente nella formulazione di un parere in ordine all'utile esperibilità di un'azione giudiziale, la prestazione oggetto del contratto non costituisce un'obbligazione di mezzi, in quanto egli si obbliga ad offrire tutti gli elementi di valutazione necessari ed i suggerimenti opportuni allo scopo di permettere al cliente di adottare una consapevole decisione, a seguito di un ponderato apprezzamento dei rischi e dei vantaggi insiti nella proposizione dell'azione.

Di conseguenza, in applicazione del parametro della diligenza professionale (art. 1176, comma 2, c.c.) *“sussiste la responsabilità dell'avvocato che, nell'adempire siffatta obbligazione, abbia omissis di prospettare al cliente tutte le questioni di diritto e di fatto atte ad impedire l'utile esperimento dell'azione, rinvenendo fondamento detta responsabilità anche nella colpa lieve, qualora la mancata prospettazione di tali questioni sia stata frutto dell'ignoranza di istituti giuridici elementari e fondamentali, ovvero di incuria ed imperizia insuscettibili di giustificazione”* (Cass. civ., II sez., 14.12.02, n. 16023).

