

Massimo Franzoni

Dalla colpa grave alla responsabilità professionale



QUARTA EDIZIONE



Giappichelli

PREFAZIONE

Questa quarta edizione da conto di una modifica legislativa intervenuta con il codice dell'impresa che ha apportato una novità nell'ambito della responsabilità professionale. Il senso è di valorizzare l'adeguatezza dell'assetto organizzativo e contabile di competenza del professionista, gestore, di come questa impatti sul criterio della continuità aziendale e del danno che ne consegue.

Questa edizione dà altresì conto di come, dal settore della responsabilità, possano nascere nuovi diritti della personalità: è il caso del diritto alla rievocazione storica, diverso dal diritto di cronaca.

Infine il mondo del digitale incomincia significativamente ad affacciarsi sulla scena della responsabilità civile, di quella parte di sinistrosità che è più vicina al mondo delle professioni. Sono significativi gli interventi dell'Unione europea, fa riflettere l'uso ormai diventato quotidiano delle piattaforme digitali.

Bologna, 14 dicembre 2022

CAPITOLO I

IL DIRITTO E LE PROFESSIONI LEGALI

SOMMARIO: 1. I professionisti e il carattere dell'obbligazione professionale. – 2. I professionisti debitori di un'obbligazione di mezzi e non di risultato. – 3. La *soft law* come regola del rapporto professionale. – 4. Il contatto sociale, il contratto di protezione e la l. 8 marzo 2017, n. 24. – 5. La responsabilità professionale, l'assicurazione, gli obblighi formativi dei professionisti.

1. I professionisti e il carattere dell'obbligazione professionale

Il lavoro intellettuale da sempre ha ricevuto un'alta considerazione sociale, al punto che in epoche storiche passate non è certo che venisse considerato lavoro vero e proprio, quantomeno nel significato che ha per noi ora. Il secolo scorso ha visto nascere le leggi sulle professioni intellettuali e con esse un certo statuto della professione intellettuale. Il codice del 1942 ha chiarito che l'opera degli intellettuali completa il disegno che vede, con il lavoro, la realizzazione dell'interesse generale. Dopo aver previsto nell'art. 2060 c.c. che «il lavoro è tutelato in tutte le sue forme organizzative ed esecutive, intellettuali, tecniche e manuali», qualche norma dopo prevede che anche il «lavoro intellettuale» può essere svolto «alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore» (art. 2094 c.c.). Ma è nel Titolo III (art. 2229 ss. c.c.) che il lavoro intellettuale ha ricevuto una compiuta disciplina nella quale convivono elementi che non escludono l'appartenenza della professione all'impresa, con elementi che le sono estranei.

Così l'iscrizione agli albi, per le professioni che lo richiedono, male si coniuga con l'esercizio dell'attività in forma d'impresa, lo stesso vale per quella disposizione che richiede il pagamento di un compenso adeguato «all'importanza dell'opera e al decoro della professione» (art. 2233, comma 2, c.c.). In tempi più recenti, e in attuazione di una direttiva comunita-

ria, è caduto il generale divieto di svolgere la professione in forma societaria previsto dalla legislazione della fine degli anni trenta¹, e ora è ammesso l'esercizio in forma di società. Per talune attività professionali è stato legalizzato ciò che per altre era già accaduto da più di un decennio, quando la giurisprudenza domestica aveva incominciato ad ammettere la liceità delle società di ingegneria. Pur senza sminuire il carattere alto della prestazione del professionista intellettuale, tuttavia i giudici erano giunti ad ammettere che, quando questa si trovi inscindibilmente unita con altre, ad esempio quella dell'appaltatore, al punto che per il committente si tratta di un'obbligazione diversa da quella caratteristica della professione intellettuale e anche dell'obbligazione dell'impresa appaltatrice, allora è ammissibile che questa sia svolta da una società².

Il d.lgs. 2 febbraio 2001, n. 96, rubricato «Attuazione della direttiva 98/5/CE volta a facilitare l'esercizio permanente della professione di avvocato in uno Stato membro diverso da quello in cui è stata acquisita la qualifica professionale», ha introdotto nel Titolo II «Esercizio della professione di avvocato in forma societaria» e al Capo I «Della società tra avvocati» ha previsto che «l'attività professionale di rappresentanza, assistenza e difesa in giudizio può essere esercitata in forma comune esclusivamente secondo il tipo della società tra professionisti, denominata nel seguito società tra avvocati» (art. 16, comma 1). «È fatto salvo quanto disposto dalla l. 23 novembre 1939, n. 1815, e successive modificazioni, per la costituzione di associazioni tra professionisti» (art. 16, comma 5).

Con ciò le associazioni professionali restano in vita e vanno considerate separatamente dalle società professionali, per le quali è prevista la disciplina legale tipica. Senonché la legge contempla la possibilità che l'incarico professionale sia affidato direttamente alla società: «l'incarico professionale conferito alla società tra avvocati può essere eseguito solo da uno o più soci in possesso dei requisiti per l'esercizio dell'attività professionale richiesta» (art. 24, comma 1)³.

¹ L'art. 2, l. 23 novembre 1939, n. 1815, che poneva il divieto dell'esercizio in forma di società delle professioni intellettuali, vuoi per ragioni razziali, vuoi per asserite ragioni di tutela della professione individuale, è stato abrogato dall'art. 24 della c.d. Legge Bersani (l. 7 agosto 1997, n. 266).

² Tra le prime, App. Milano, 21 maggio 1985, in *Nuova giur. civ.*, 1985, I, p. 669, con nota di FUSARO, *Società di progettazione – Contratto di engineering*; e in *Giur. comm.*, 1986, II, p. 850, con nota di MONTALENTI, *Società di professionisti, società di ingegneria e contratto di «engineering»*.

³ I successivi commi della norma stabiliscono gli obblighi di informazione della società verso il cliente, circa la persona dell'avvocato che svolgerà l'incarico.

È questo un punto sul quale vale la pena di incominciare a riflettere, per capire le novità che stanno imponendosi nel settore delle professioni intellettuali. La l. 23 novembre 1939, n. 1815, era una legge che, in via di eccezione, consentiva ad ogni professionista di svolgere la propria attività in coordinamento con altri. Si trattava di disposizioni che servivano prevalentemente per rendere funzionale il rapporto interno fra i professionisti, salvaguardando dal lato del cliente il vincolo strettamente personale con il singolo professionista. Sul piano dei principi, la possibilità attribuita ad una società di essere titolare di un incarico professionale va al di là del mero dato tecnico.

Si può seriamente incominciare a dubitare che nell'ordinamento sussista ancora quel carattere «rigorosamente personale» nel «rapporto tra professionista e cliente, caratterizzato dell'«*intuitus personae*»»⁴, al punto che si può iniziare a ipotizzare che anche l'associazione professionale può assumere la titolarità del rapporto con i clienti, in sostituzione ovvero in aggiunta al professionista associato⁵. Infatti la ragione per la quale si riteneva che l'associazione non potesse essere titolare in proprio del rapporto con il cliente non dipendeva dalla natura del vincolo associativo, ma dal carattere «rigorosamente personale» del «rapporto tra professionista e cliente, caratterizzato dell'«*intuitus personae*»». Una volta che questo sia stato reso meno «rigorosamente personale» (art. 24, comma 1, d.lgs. 2 febbraio 2001, n. 96)⁶, è ragionevole ritenere che questa parziale spersonalizzazione non riguardi soltanto il rapporto con una società tra professionisti, ma anche quello con un'associazione professionale. L'oggetto della obbligazione (professionale) intellettuale resta il medesimo, tanto che ad eseguire la prestazione sia un avvocato socio di una società (d.lgs. 2 febbraio 2001, n. 96), quanto che ad eseguire la medesima prestazione sia un avvocato socio di un'associazione professionale (l. 23 novembre 1939, n. 1815)⁷.

⁴ Letteralmente, Cass., 29 novembre 2004, n. 22404, in *Mass. Foro it.*, 2004.

⁵ *Contra*, Cass., 10 luglio 2006, n. 15633, in *Danno e resp.*, 2007, p. 538, con nota di COVUCCI, *La responsabilità professionale nello studio legale associato*.

⁶ Ricordo che l'art. 19, comma 2, lett. e), l. 21 dicembre 1999, n. 526, recante disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee, legge comunitaria 1999, prevede, tra l'altro, che «l'esercizio in comune di tali attività [di rappresentanza e difesa in giudizio] non potrà in nessun caso vanificare la personalità della prestazione, il diritto del cliente a scegliere il proprio difensore [...]».

⁷ Cfr. MINERVINI, *Conferimento, esecuzione e inadempimento dell'incarico professionale nella nuova disciplina della società tra avvocati*, in *Contratto e impr.*, 2002, p. 618 s., ove ulteriori rinvii, fra i quali MONTALENTI, *La stp: un nuovo modello di società tra professionisti – La società tra avvocati*, in *Società*, 2001, p. 1169 ss.

L'art. 24, d.lgs. 2 febbraio 2001, n. 96, in termini generali, afferma il parziale superamento della concezione della personalità della prestazione, quindi della sua assoluta infungibilità. Dato il suo carattere generale, ritengo che questo superamento possa riguardare anche le associazioni professionali regolate dalla l. 23 novembre 1939, n. 1815. Indirettamente supporta questa conclusione la tendenza della legislazione comunitaria che, specie per fini concorrenziali o di tutela del consumatore, finisce per equiparare le professioni tradizionali all'attività d'impresa. Recentemente ha recepito questo orientamento l'ultima l. 4 agosto 2006, n. 248, rubricata «*Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223, recante disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, nonché interventi in materia di entrate e di contrasto all'evasione fiscale*»⁸.

⁸ In <http://www.altalex.com/index.php?idnot=34368>. Alludo in particolare all'art. 2 che per comodità riporto per esteso: «1. In conformità al principio comunitario di libera concorrenza e a quello di libertà di circolazione delle persone e dei servizi, nonché al fine di assicurare agli utenti un'effettiva facoltà di scelta nell'esercizio dei propri diritti e di comparazione delle prestazioni offerte sul mercato, dalla data di entrata in vigore del presente decreto sono abrogate le disposizioni legislative e regolamentari che prevedono con riferimento alle attività libero professionali e intellettuali:

a) l'obbligatorietà di tariffe fisse o minime ovvero il divieto di pattuire compensi parametrati al raggiungimento degli obiettivi perseguiti;

b) il divieto, anche parziale, di svolgere pubblicità informativa circa i titoli e le specializzazioni professionali, le caratteristiche del servizio offerto, nonché il prezzo e i costi complessivi delle prestazioni secondo criteri di trasparenza e veridicità del messaggio il cui rispetto è verificato dall'ordine;

c) il divieto di fornire all'utenza servizi professionali di tipo interdisciplinare da parte di società di persone o associazioni tra professionisti, fermo restando che l'oggetto sociale relativo all'attività libero-professionale deve essere esclusivo, che il medesimo professionista non può partecipare a più di una società e che la specifica prestazione deve essere resa da uno o più soci professionisti previamente indicati, sotto la propria personale responsabilità.

2. Sono fatte salve le disposizioni riguardanti l'esercizio delle professioni reso nell'ambito del Servizio sanitario nazionale o in rapporto convenzionale con lo stesso, nonché le eventuali tariffe massime prefissate in via generale a tutela degli utenti. Il giudice provvede alla liquidazione delle spese di giudizio e dei compensi professionali, in caso di liquidazione giudiziale e di gratuito patrocinio, sulla base della tariffa professionale. Nelle procedure ad evidenza pubblica, le stazioni appaltanti possono utilizzare le tariffe, ove motivatamente ritenute adeguate, quale criterio o base di riferimento per la determinazione dei compensi per attività professionali.

2 bis. All'articolo 2233 del codice civile, il terzo comma è sostituito dal seguente:

“Sono nulli, se non redatti in forma scritta, i patti conclusi tra gli avvocati e i praticanti abilitati con i loro clienti che stabiliscono i compensi professionali”.

3. Le disposizioni deontologiche e pattizie e i codici di autodisciplina che contengono

2. I professionisti debitori di un'obbligazione di mezzi e non di risultato

I giuristi di diverse generazioni hanno attribuito alla tradizionale distinzione fra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato una valenza molto ampia. In effetti, nell'ambito delle obbligazioni la cui prestazione consiste in un fare, si sarebbe dovuto affermare che, per quelle che hanno ad oggetto il solo comportamento del debitore, l'inadempimento dipende dalla prestazione non conforme allo *standard* (di comportamento) richiesto; mentre, per quelle che hanno ad oggetto il risultato di quel comportamento, l'inadempimento dipende dalla mancata realizzazione proprio di quel risultato. Nelle prime manca un *opus*, anche *sub specie* di servizio, quindi la diligenza (naturalmente affiancata alla perizia e alla prudenza, *rectius* la colpa professionale) è il criterio di misura dell'adempimento; nelle seconde, il difetto è il rischio del debitore, il quale può reagire soltanto con la prova dell'art. 1218 c.c., poiché la dimostrazione della diligenza profusa non esonera comunque dalla responsabilità, in presenza del difetto.

Prima del 2004, invece, questa distinzione serviva per indicare una disciplina applicabile alle obbligazioni di mezzi, diversa da quella vigente per tutte le altre. Senza affermarlo a chiare lettere, si reputava che, all'inadempimento delle obbligazioni di mezzi, non fosse applicabile l'art. 1218 c.c., in presenza dell'art. 2236 c.c. che limita la responsabilità al dolo o alla colpa grave. In alternativa, si riteneva che il criterio di imputazione colposo nella responsabilità aquilana dovesse essere opportunamente ripensato, ancora una volta tenendo sullo sfondo l'art. 2236 c.c. Per lungo tempo di quest'ultima norma è stata valorizzata la parte che limita la responsabilità al dolo o alla colpa grave ed è stato obliterato il presupposto: la necessità di dover risolvere un problema di speciale difficoltà. In questo modo, dalla qualificazione di un'obbligazione di mezzi, seguiva un regime di sostanziale irresponsabilità per il professionista, poiché difficilmente la vittima avrebbe potuto soddisfare l'onere della prova che le incombeva.

In buona misura, secondo una convenzione sociale largamente accolta, opportunamente recepita dal diritto, il valore del lavoro intellettuale veniva premiato allo stesso modo in cui, per altre ragioni, lo Stato era considerato irresponsabile per il danno cagionato dalla lesione di un interesse le-

le prescrizioni di cui al comma 1 sono adeguate, anche con l'adozione di misure a garanzia della qualità delle prestazioni professionali, entro il 1 gennaio 2007. In caso di mancato adeguamento, a decorrere dalla medesima data le norme in contrasto con quanto previsto dal comma 1 sono in ogni caso nulle».

gittimo. Questa tendenza, come si vedrà fra breve, è cambiata da tempo, specialmente nell'ambito della professione medica, nella quale il mutamento ha portato anche ad una variazione nel titolo della responsabilità.

In definitiva, il generale ripensamento sul contenuto delle obbligazioni di mezzi non legittima a concludere che la distinzione con le obbligazioni di risultato ha perso di attualità. Semmai riafferma che quella distinzione riguarda soltanto la individuazione della prestazione oggetto dell'obbligazione, ma non la disciplina applicabile per l'inadempimento o per la responsabilità aquiliana.

Resta indubitabile che tanto la riflessione sul carattere personale della prestazione professionale, quanto l'approdo giurisprudenziale, in punto di obbligazioni di mezzi, siano espressive di un complessivo ripensamento sulla figura del professionista tradizionalmente inteso. In questo generale processo di revisione non è neutro il modo di intendere la vicenda da parte del diritto di fonte comunitaria. Non va sottovalutata la circostanza che vede costantemente l'uso del sostantivo "professionista" come sinonimo di imprenditore, di lavoratore autonomo e anche di professionista intellettuale come lo intende la nostra tradizione. La più recente legislazione in tema di diritto dei consumatori, poi confluita nel codice del consumo, depone a favore di questa tesi. Insomma il professionista è sempre meno *magister*, quindi è sempre meno mago, per scimmiettare il filologo, ed è sempre più fornitore di servizi, anche se di alta qualità, per i quali è impegnato al pari di qualsiasi altro debitore.

3. La soft law come regola del rapporto professionale

L'attività dei professionisti è sempre più interessata da una cospicua normativa di settore non riconducibile al diritto positivo propriamente inteso. Incomincio questa riflessione muovendo dalla «nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense»: la l. 31 dicembre 2012, n. 247, in 67 articoli menziona la parola "deontologia" ben 21 volte. L'entrata in scena di questo tipo di regolamentazione ha origini relativamente lontane; si può iniziare dall'art. 12, d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, che, in materia di *privacy*, replicando la precedente norma del 1996, ha attribuito al Garante il compito di promuovere la sottoscrizione di codici di deontologia e di buona condotta per determinati settori, nell'ambito delle categorie interessate, nell'osservanza del principio di rappresentatività e tenendo conto dei crite-

ri direttivi delle raccomandazioni del Consiglio d'Europa sul trattamento di dati personali. L'aspetto rilevante di questa nuova disciplina, che di fatto ha esteso la sua portata anche a settori diversi da quello del trattamento dei dati personali, è che questi «codici sono pubblicati nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana a cura del Garante e, con decreto del Ministro della giustizia, sono riportati nell'allegato A) del presente codice» (art. 12, comma 2, cit.)⁹. «Il rispetto delle disposizioni contenute nei codici di cui al comma 1 costituisce condizione essenziale per la liceità e correttezza del trattamento dei dati personali effettuato da soggetti privati e pubblici», così dispone l'art. 12, comma 3, cit.

Tecnicamente le regole di deontologia appartengono al genere della normativa secondaria, diversa anche dagli usi, che mal si coniuga con l'idea del diritto positivo. Normalmente quei precetti non sono il risultato dell'eteronomia, ma, seppure in senso ampio, sono conseguenza dell'autonomia di coloro che saranno destinatari di quelle stesse norme. Proprio per questo esse sono cogenti per la categoria che le ha volute e tale cogenza può essere declinata pure nel giudizio che vede come parti il titolare del dato personale che lamenta una lesione e il titolare o il responsabile del trattamento di quel dato.

Nel corso del tempo, sulla falsariga di queste regole, definite codice deontologico, sono state pubblicate diverse decine di altri codici con caratteri e finalità analoghi: tra i più significativi, ricordo il Codice di deontologia medica, approvato il 18 maggio 2014, dalla Federazione nazionale degli ordini dei medici chirurghi e degli odontoiatri¹⁰; il Codice deontologico degli psicologi italiani, approvato dal Consiglio nazionale dell'Ordine degli psicologi¹¹; il Codice deontologico dell'infermiere, approvato dal Comitato

⁹ Senza pretese di completezza ricordo:

Allegato A. 1. Codice di deontologia – Trattamento dei dati personali nell'esercizio dell'attività giornalistica;

Allegato A. 2. Codici di deontologia – Trattamento dei dati personali per scopi storici;

Allegato A. 3. Codice di deontologia – Trattamento dei dati personali a scopi statistici in ambito Sistema statistico nazionale;

Allegato A. 4. Codice di deontologia e di buona condotta per i trattamenti di dati personali per scopi statistici e scientifici;

Allegato A. 5. Codice di deontologia e di buona condotta per i sistemi informativi gestiti da soggetti privati in tema di crediti al consumo, affidabilità e puntualità nei pagamenti;

Allegato A. 6. Codice di deontologia e di buona condotta per i trattamenti di dati personali effettuati per svolgere investigazioni difensive.

¹⁰ Cfr. <http://www.omco.pd.it/normativa-ordinistica/codice-deontologico.html>.

¹¹ Cfr. http://www.psy.it/lo_psicologo/codice_deontologico.html; questo entra in vigore

centrale della Federazione con deliberazione n. 1/09 del 10 gennaio 2009 e dal Consiglio nazionale dei Collegi Ipasvi riunito a Roma nella seduta del 17 gennaio 2009 e revisionato nel 2012¹²; il Codice deontologico degli ingegneri, approvato dal Consiglio Nazionale Ingegneri nella seduta del 9 aprile 2014¹³; il Codice deontologico degli Architetti, Pianificatori, Paesaggisti e Conservatori, approvato dal Consiglio nazionale del relativo ordine, entrato in vigore il 1° gennaio 2014¹⁴; il Codice deontologico dei Geologi, approvato dal Consiglio nazionale del relativo ordine con delibera n. 65 del 24 marzo 2010¹⁵.

Ancora, e senza pretese di completezza, ricordo il Codice deontologico dei dottori commercialisti, approvato dal Consiglio nazionale dei dottori commercialisti e degli esperti contabili in data 9 aprile 2008, aggiornato al 1 settembre 2010¹⁶; il Codice deontologico dei notai, approvato con delibera del Consiglio nazionale del notariato n. 2/56 del 5 aprile 2008; e il Codice deontologico forense, in vigore dal 15 dicembre 2014, modificato dalla delibera del Consiglio Nazionale Forense del 31 gennaio 2014 che lo adegua alle previsioni del nuovo ordinamento forense¹⁷. Alcune categorie professionali si sono riunite in ambito europeo come il Consiglio degli Ordini Forensi Europei, associazione internazionale senza scopo di lucro, ed hanno elaborato la Carta dei principi fondamentali dell'avvocato europeo e il Codice deontologico degli avvocati europei¹⁸.

il trentesimo giorno successivo alla proclamazione dei risultati del referendum di approvazione, ai sensi dell'art. 28, comma 6, lett. c), l. 18 febbraio 1989, n. 56.

¹² Cfr. <http://www.ipasvi.it/norme-e-codici/deontologia/il-codice-deontologico.htm>.

¹³ Cfr. https://www.tuttoingegnere.it/PortaleCNI/resources/cms/documents/CODICE_DEONTOLOGICO_e_Circolare_CNI_n._375_del_14_maggio_2014.pdf.

¹⁴ Cfr. <http://www.architettibrescia.net/le-nuove-norme-deontologiche-in-vigore-dal-1%C2%B0-gennaio-2014/>.

¹⁵ Cfr. http://geologilazio.it/public/file/2010/05/CODICE_DEONTOLOGICO_2010.pdf; in seguito al contraddittorio instaurato con l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (Antitrust), nel nuovo testo risultano modificati gli artt. 17, 18, 19 e 26 di cui al Codice deontologico già approvato dal Consiglio nazionale dei geologi con deliberazione n. 143 del 19 dicembre 2006.

¹⁶ Cfr. <http://www.commercialisti.it/Portal/Documenti/Dettaglio.aspx?id=8a82fbfa-7a55-4c6b-8dd9-7a9123c852e1>.

¹⁷ Cfr. <http://www.consiglionazionaleforense.it/site/home/area-avvocati/codice-deontologico-forense.html>; anche questo Codice è pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 16 ottobre 2014, n. 241.

¹⁸ Cfr. http://www.ccbe.eu/fileadmin/user_upload/NTCdocument/5761CodiceDeontologi6_1352191308.pdf.

Altri professionisti, come gli amministratori o i sindaci di società, sono sottoposti a regole emanate da Consob, da Banca d'Italia s.p.a., da Ivass (Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni), che con d.l. 6 luglio 2012, n. 95, convertito dalla l. 7 agosto 2012, n. 135, ha sostituito l'Isvap (Istituto per la Vigilanza sulle Assicurazioni Private e di Interesse Collettivo), istituita con l. 12 agosto 1982, n. 576. La prima autorità di controllo emana regolamenti, comunicazioni e raccomandazioni, con le quali può vincolare l'attività degli amministratori, come ad esempio il modo in cui redigere un prospetto informativo¹⁹. A queste regole devono assoggettarsi anche gli amministratori di società sottoposte al controllo di altre autorità, come le banche, controllate dalla Banca d'Italia s.p.a., o le assicurazioni controllate da Ivass.

Ulteriori regole sono emanate da Borsa italiana s.p.a. che, occupandosi dell'organizzazione, della gestione e del funzionamento della Borsa di Milano, detta norme cui non sono estranei gli amministratori delle società quotate nei mercati regolamentati.

Gli amministratori e i sindaci di società quotate sono, inoltre, sottoposti al *Codice di autodisciplina delle società quotate*²⁰, che funziona su base volontaria, e che detta regole di comportamento per amministratori e per sindaci e, più in generale, per il sistema di controllo interno. L'accettazione dell'incarico comporta automaticamente l'assoggettamento anche a queste regole da parte degli organismi gestori o di controllo, sempre che la società della quale sono organi abbia aderito a quel codice. Il predetto codice è approvato dal Comitato *corporate governance*, istituito nel 1994, composto dai membri del consiglio direttivo Assogestioni²¹, oltre che dai delegati di banche e di imprese di assicurazione attive nella gestione individuale e collettiva del risparmio che ne facciano richiesta. Il Comitato *corporate governance* ha la funzione di promuovere la diffusione della cultura della *governance* tra gli operatori del mercato, attraverso il monitoraggio dei comportamenti delle società quotate, l'elaborazione di codici di autodisciplina e la partecipazione al dibattito politico e accademico.

¹⁹ Cfr. Regolamento Consob 14 maggio 1999, n. 11971, di attuazione del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 concernente la disciplina degli emittenti, nel testo integrato e aggiornato al 20 marzo 2015, <http://www.consob.it/documenti/Regolamentazione/normativa/regemit.htm>; oppure come il «Manuale operativo per l'utilizzo della procedura telematica di raccolta delle informazioni», versione 5.0, in https://www.sai.consob.it/c/document_library/get_file?uu-id=820dcbf6-8e5d-40cc-b56c-0ce482077731&groupId=57901.

²⁰ Cfr. <http://www.borsaitaliana.it/comitato-corporate-governance/codice/2014clean.pdf>.

²¹ L'associazione italiana dei gestori del risparmio, rappresentante la maggior parte delle società di gestione del risparmio italiane e straniere operanti nel nostro Paese.

Nello svolgimento del controllo e della vigilanza di società di capitali è opportuno che i sindaci seguano i «Principi di comportamento del collegio sindacale» del 1995²², condivise dalla Consob nelle raccomandazioni del 20 febbraio 1997. Di seguito a queste, il Consiglio nazionale dell'ordine dei commercialisti ha emanato «Norme di comportamento del collegio sindacale nelle società quotate» e anche quelle delle società non quotate²³. L'efficacia di queste disposizioni può essere ricondotta a quella delle buone pratiche clinico-assistenziali e raccomandazioni previste dalle linee guida, in ambito medico (art. 3 l. Gelli)²⁴; rispetto a queste, tuttavia, azzarderei a dire che è molto più ristretto il margine di criticità che i sindaci devono adottare. In ambito medico è molto verosimile che il caso di specie ponga una serie di variabili tali da richiedere preliminarmente al medico una valutazione in merito all'opportunità di adeguarsi o di discostarsi dalla norma di linea guida. Astrattamente questo ragionamento può essere riprodotto anche per le Norme di comportamento del collegio sindacale, anche se in questo ambito è poco probabile che ci si debba discostare da certe regole, quantomeno in modo corrispondente al settore medico.

4. *Il contatto sociale, il contratto di protezione e la l. 8 marzo 2017, n. 24*

In coerenza con il processo appena descritto, ad un certo punto, all'obbligazione del medico è stata indicata la fonte nel contatto sociale che si stabilisce tra il paziente e la struttura ospedaliera, nella quale è incardinato il medico. In questo modo si sono uniformate le regole da applicare al settore dei servizi, a prescindere dal titolo in base al quale sono resi. La teoria dell'obbligazione nata dal contatto sociale è stata funzionale alla creazione di un modello unitario applicabile a tutti i servizi di un certo settore, sia per quelli pubblici, sia per quelli privati. Questa concezione, come si dirà a suo tempo, ha visto dapprima la nascita dell'obbligazione fra il pa-

²² In <http://www.finanzaefisco.it/Articoli/1999/Principi%20contabili/PCB03-96.pdf>.

²³ Per le società aperte, quelle quotate: http://media.directio.it/portale/altridoc/2015/0415-Norme_collegio_sindacale_societ%C3%A0_quotate-CNDCEC.pdf; per le società chiuse, quelle non quotate: http://www.odcectvoli.it/documents/consultaz_Norme_di_comportamento_per_so-ciet_.pdf.

²⁴ Si tratta della l. 8 marzo 2017, n. 24, in G.U. n. 64 del 17 marzo 2017, in vigore dal 1° aprile 2017, rubricata «*Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie*».

ziente e l'ente ospedaliero e, successivamente, l'estensione al rapporto fra il paziente e il medico ospedaliero. In questo modo la vittima non deve assolvere ad un diverso onere della prova in ragione del convenuto con il quale controverte, poiché in entrambe le ipotesi la responsabilità si fonda sull'art. 1218 c.c., quindi sull'inadempimento di un'obbligazione.

In tempi più recenti il contatto è diventato un vero e proprio contratto addirittura identificato come contratto di protezione: il medico e la struttura ospedaliera, ciascuno per il proprio ruolo, sono tenuti ad eseguire la prestazione il cui contenuto è protettivo per la posizione della vittima. In altri termini la prestazione medica non si deve ritenere esaurita nella diagnosi e nella terapia del paziente, da eseguirsi con le conoscenze che la migliore scienza richiede, ma impone altresì un particolare dovere di proteggere la persona del paziente. Come direbbe il penalista, il medico è il titolare di una posizione di garanzia nei confronti del paziente²⁵.

Questo dovere si estende anche ai terzi, in questo modo risulta protetta pure la posizione del coniuge della paziente in cura²⁶ e degli eventuali concepiti, rispetto ai quali, già in passato, gli interpreti avevano ravvisato la presenza di un contratto con effetti protettivi nei confronti dei terzi²⁷.

²⁵ Cfr., fra le tante, Cass. pen., sez. IV, 2 dicembre 2011, n. 13547, in *Ragiusan*, 2013, fasc. 345, p. 230: «in tema di responsabilità medica (nella fattispecie in relazione a morte sopravvenuta per le complicanze di un ascesso), quando un paziente si presenta presso una struttura medica chiedendo l'erogazione di una prestazione professionale, il medico, in virtù del "contatto" sociale assume una posizione di garanzia della tutela della sua salute e anche se non può erogare la prestazione richiesta deve fare tutto quello che è nelle sue capacità per la salvaguardia dell'integrità del paziente»; Cass. pen., sez. IV, 6 marzo 2012, n. 17222, in *Riv. it. medicina legale*, 2012, p. 1237.

²⁶ Cfr. Cass., 17 settembre 1996, n. 8305, in *Arch. circolaz.*, 1997, p. 27; in *Resp. civ.*, 1997, p. 123; e in *Giur. it.*, 1997, I, 1, c. 1372; Cass., 2 settembre 2009, n. 19092, in *Mass. Foro it.*, 2009; Cass., 4 agosto 1987, n. 6607, in *Foro it.*, 1987, I, c. 833.

²⁷ Cfr. MIOTTO, *Il «danno del nascituro» e (molto) altro in una pronuncia della cassazione penale: un'occasione per riflettere sulla svolta giurisprudenziale in tema di struttura dell'illecito civile* (in nota a Cass., sez. IV, 13 novembre 2000, P. C.), in *Resp. civ.*, 2001, p. 340; MASSIDDA, *La responsabilità per danni cagionati al nascituro*, in *Lessico in Dir. famiglia, Centro studi giuridici sulla persona*, Roma, 1999, fasc. 2 e 4; DE BERARDINIS, *La tutela aquiliana del nascituro* (in nota a Trib. Monza, 8 maggio 1998, e Trib. Monza, 28 ottobre 1997), in *Riv. it. medicina legale*, 2000, p. 297; SEBASTIO, *Le pretese giuridiche del nascituro*, in *Riv. giur. circolaz. e traspr.*, 1998, p. 872; IAMICELI, *Responsabilità medica – Il nascituro contro la «malasanità»* (in nota ad App. Trento, 18 ottobre 1996), in *Danno e resp.*, 1997, p. 477; PUCELLA, *Responsabilità medica per la lesione del diritto a nascere sani: tutela del nascituro e dei prossimi congiunti* (in nota a Trib. Verona, 15 ottobre 1990), in *Nuova giur. civ.*, 1991, I, p. 370.

Questo processo ha riguardato principalmente la professione medica, mentre per altre professioni, come ad esempio per i notai o per gli ingegneri progettisti, la vicenda ha interessato di meno, dal momento che, per costoro, la fonte dell'obbligazione è sempre un contratto. Quindi il rapporto nasce e deve svolgersi fra le parti originarie, rarissimamente i terzi ne sono investiti.

Il radicale cambiamento di prospettiva non ha reso inutili gli studi che progressivamente si sono sedimentati e che hanno concorso a delineare, con una certa autonomia, la figura della colpa professionale.

Il c.d. decreto Balduzzi è significativamente intervenuto nel regolare la responsabilità del medico²⁸, con l'art. 3, comma 1: «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». Qual è il senso da attribuire al richiamo fatto all'art. 2043 c.c.? Quantomeno per il medico, va ripensato il titolo della sua responsabilità, che quindi deve tornare a essere un fatto illecito, mentre da contatto resta quella del medico?

A queste domande ha risposto affermativamente l'art. 7, l. 8 marzo 2017, n. 24, al termine di un acceso dibattito che preceduto l'entrata in vigore della nuova disciplina²⁹. Ora la struttura ospedaliera risponde per

²⁸ Si tratta del d.l. 13 settembre 2012, n. 158, pubblicato nella G.U. 13 settembre 2012, n. 214, convertito dalla l. 8 novembre 2012, n. 189, recante: «*Disposizioni urgenti per promuovere lo sviluppo del Paese mediante un più alto livello di tutela della salute*».

²⁹ Su questo dibattito rinvio ai numerosi interventi già editi, in commento alle pronunce che hanno deciso in modo vario sulla questione: Trib. Milano, 14 giugno 2014, Trib. Milano, 17 luglio 2014 (da fatto illecito la responsabilità del medico e da contatto quella dell'ospedale), Trib. Brindisi, 18 luglio 2014 (la responsabilità di tutti sul contatto sociale), in *Danno e resp.*, 2015, p. 47, con nota di MATTINA, «*Legge Balduzzi: cambia la responsabilità civile del medico?*»; nella quale sono riportati anche altri precedenti favorevoli alla natura aquiliana della responsabilità: Trib. Enna, 18 maggio 2013, n. 252, *ivi*, 2014, p. 74, con nota di ZORZIT, *La responsabilità del medico alla luce del "Decreto Balduzzi": viaggio verso nuovi e vecchi scenari*; Trib. Torino, 26 febbraio 2013, Trib. Varese, 26 novembre 2012, n. 1406, *ivi*, 2013, p. 373, con nota contraria di CARBONE, *La responsabilità del medico pubblico dopo la legge Balduzzi*. La maggioranza degli interventi propende per la continuità con il passato, dunque per il contatto sociale: Cass., 17 aprile 2014, n. 8940, in *Mass. Foro it.*, 2014; Cass., 19 febbraio 2013, in *Danno e resp.*, 2013, p. 373, n. 4030; Trib. Cremona, 1 ottobre 2013 *ivi*, 2014, p. 633; Trib. Cremona, 19 settembre 2013, in *Nuova giur. civ.*, 2014, I, p. 459, con nota di QUERCI, *La riforma Balduzzi alla prova della giurisprudenza: il punto di vista del tribunale di Cremona*; Trib. Firenze, 12 febbraio 2014, in *Riv. it. medicina legale*, 2013, p. 737; Trib. Milano, 25 ottobre 2013; Trib. Milano, 23 settembre 2009; Trib.

inadempimento di un'obbligazione che nasce da un altro fatto (art. 1173 c.c.), dal contatto sociale; mentre il medico risponde a titolo di fatto illecito. In conclusione si può affermare che, per lo stesso fatto, la *malpractice* del sanitario, la struttura ospedaliera e il medico rispondono per titoli diversi³⁰.

5. La responsabilità professionale, l'assicurazione, gli obblighi formativi dei professionisti

Della prestazione professionale, gli interventi recenti del legislatore hanno valorizzato soprattutto il servizio al pubblico dei clienti o dei pazienti. Sicuramente molti profili legati ad un certo mondo dell'aristocrazia culturale è svanito, mentre è comparso in primo piano il sistema assicurativo. I notai, gli avvocati, i medici, i promotori finanziari, e l'elenco va esteso a tutti i professionisti³¹, per esercitare la professione devono essere assicurati contro il rischio della responsabilità civile. Non solo l'obbligo assicura-

Caltanissetta, 1 luglio 2013, in *Resp. civ.*, 2013, p. 1988, con nota di SCOGNAMIGLIO C., *La natura della responsabilità del medico inserito in una struttura ospedaliera nel vigore della l. n. 189/201*; Trib. Arezzo, 14 febbraio 2013.

³⁰ *Contra* Cass. civ., sez. III, 6 maggio 2022, n. 14471, in *Mass. Foro it.*, 2022, secondo la quale «i congiunti del paziente danneggiato in ambito sanitario non possono fruire del termine prescrizione decennale correlato alla responsabilità contrattuale medica, poiché la responsabilità della struttura sanitaria per i danni invocati “iure proprio” dai congiunti di un paziente danneggiato (o deceduto) è qualificabile come extracontrattuale, dal momento che, da un lato, il rapporto contrattuale intercorre unicamente col paziente, e dall'altro i parenti non rientrano nella categoria dei terzi protetti dal contratto, potendo postularsi l'efficacia protettiva verso terzi del contratto concluso tra il nosocomio ed il paziente esclusivamente ove l'interesse, del quale tali terzi siano portatori, risulti anch'esso strettamente connesso a quello già regolato sul piano della programmazione negoziale, come avviene specificamente nel contratto concluso dalla gestante con riferimento alle prestazioni sanitarie afferenti alla procreazione».

³¹ Cfr. art. 3, comma 5, lett. e), l. 14 settembre 2011, n. 148, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138, recante ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo. Delega al Governo per la riorganizzazione della distribuzione sul territorio degli uffici giudiziari*, secondo il quale: «a tutela del cliente, il professionista è tenuto a stipulare idonea assicurazione per i rischi derivanti dall'esercizio dell'attività professionale. Il professionista deve rendere noti al cliente, al momento dell'assunzione dell'incarico, gli estremi della polizza stipulata per la responsabilità professionale e il relativo massimale. Le condizioni generali delle polizze assicurative di cui al presente comma possono essere negoziate, in convenzione con i propri iscritti, dai Consigli Nazionali e dagli enti previdenziali dei professionisti».

tivo è affiancato alla istituzione di un fondo il cui intervento è dato per le ipotesi in cui il meccanismo ordinario dell'assicurazione non possa funzionare in modo ordinario: ad es. quando il professionista, contravvenendo l'obbligo, non sia assicurato³².

In alcuni casi, così è nel settore sanitario, l'assicurazione obbligatoria per il medico e per la struttura ospedaliera è affiancata dall'azione diretta concessa al paziente (art. 12, l. 8 marzo 2017, n. 24), che deroga all'art. 1917 c.c. Il paziente può agire direttamente nei confronti dell'assicuratore della responsabilità civile della struttura sanitaria, per il danno consistente nel peggioramento delle proprie condizioni fisiche intervenuto a causa del ricovero ospedaliero. E l'assicuratore convenuto dalla vittima non può opporre certe eccezioni come quella di franchigia o scoperto obbligatorio³³: deve pagare l'intero e successivamente rivalersi nei confronti dell'assicurato. Lo scopo di questa previsione, inaugurata in modo importante dall'art. 18, l. 24 dicembre 1969, n. 990, per i sinistri automobilistici, è quella di garantire al vittima che il risarcimento del danno verrà corrisposto.

In questo modo, la prestazione professionale è assimilata alla prestazione di qualsiasi esercente un'attività economica in forma organizzata, come l'imprenditore. Il cliente o il paziente vanno sostanzialmente assimilati ai consumatori, quindi sono destinatari di una serie di tutele, prima fra tutte la garanzia di ottenere un ristoro, nel caso di inadempimento dell'obbligazione professionale o nel caso che questa costituisca un fatto illecito. Il modo della responsabilità civile, quindi si congiunge con quello dell'assicurazione, nell'interesse del cliente, ma, si può dire, in ultima istanza nell'interesse generale³⁴.

Dove il carattere professione della prestazione recupera il carattere proprio che ha contraddistinto per secoli il lavoro intellettuale è nelle previsioni che riguardano la formazione. Cito come unico esempio l'art. 11,

³² Cfr., per i notai, il Fondo di garanzia è costituito ai sensi dell'art. 21, l. 16 febbraio 1913, n. 89, così come modificato dal d.lgs. 4 maggio 2006, n. 182; per i medici lo prevede l'art. 14 l. Gelli.

³³ Così espressamente nell'art. 3, comma 2, decr. 22 settembre 2016, rubricato *Condizioni essenziali e massimali minimi delle polizze assicurative a copertura della responsabilità civile e degli infortuni derivanti dall'esercizio della professione di avvocato*; è presumibile che avrà il medesimo tenore il decr. Da emanare in esecuzione dell'art. 12, comma 2, l. Gelli.

³⁴ Addirittura la l. professionale forense l. 31 dicembre 2012, n. 247, e il decreto attuativo decr. 22 settembre 2016, hanno previsto l'obbligo per l'avvocato di assicurarsi dal rischio degli infortuni, anche a favore dei suoi collaboratori, praticanti e dipendenti per i quali non sia operante la copertura assicurativa obbligatoria INAIL.

rubricato *Formazione continua*, l. 31 dicembre 2012, n. 247, secondo il quale «l'avvocato ha l'obbligo di curare il continuo e costante aggiornamento della propria competenza professionale al fine di assicurare la qualità delle prestazioni professionali e di contribuire al migliore esercizio della professione nell'interesse dei clienti e dell'amministrazione della giustizia». In sostanza la laurea e l'eventuale esame di stato non sono più le tappe finali dello studio, poiché questo continua di pari passo con l'esercizio dell'attività. Del resto se, come vedremo nei capitoli seguenti, la perizia è stata posta al centro anche della responsabilità civile, per questo la colpa si declina in professionale, ciò significa che lo studio, l'aggiornamento e la ricerca sono attività non separabili dall'esercizio delle competenze per svolgere quotidianamente la professione.