



Numero 2 / 2020
(estratto)

Paolo Doria

**La responsabilità professionale civile
dell'avvocato.**

La responsabilità professionale civile dell'avvocato.

Paolo Doria

Avvocato giuslavorista, professore a contratto nell'Università di Padova

ABSTRACT

La responsabilità professionale forense è un fenomeno in costante sviluppo. La giurisprudenza sta sempre più mitigando nel corso degli anni l'onere della prova a carico dei clienti, abbandonando il criterio della certezza morale del nesso eziologico tra la condotta negligente del professionista e l'evento pregiudizievole rappresentato ordinariamente dalla perdita di una causa. Si tende a trasformare in obbligazione di risultato la prestazione forense, anche considerando il dovere informativo che impone il pronostico della causa. Tuttavia, rimane ancora rigorosa la prova della responsabilità a carico del cliente danneggiato che deve dimostrare l'inadeguatezza della prestazione dell'avvocato, il danno subito e il nesso eziologico, anche se in termini probabilistici. Questa impostazione va condivisa, perché non c'è alcuna possibilità di assicurare il buon esito di una causa che prevede ordinariamente un soccombente tra i due contendenti.

Sommario:

§1. – Il contratto di patrocinio. §2. – La valenza giuridica delle regole deontologiche. §3. – I doveri di informazione verso il cliente-assistito. §4. – La diligenza dell'avvocato come parametro dell'adempimento tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato. §5. – Il nesso eziologico tra la prestazione inadeguata dell'avvocato e l'esito negativo delle aspettative del cliente: la causalità di fatto. §6. – Il danno risarcibile da perdita di *chance*: la causalità giuridica. §7. Casistica giurisprudenziale. §8. – Conclusioni.

§1 – *Il contratto di patrocinio.*

La responsabilità professionale dell'avvocato, che fino a non molti anni fa poteva essere considerata quasi una Cenerentola nell'ambito della responsabilità dei professionisti, si sta sempre più imponendo come un fenomeno in continua espansione¹, come è documentato dalla frequenza sempre maggiore di pronunce giurisprudenziali riguardanti contese tra patroni ed ex clienti.

L'*incipit* dell'esame della materia, sotto il profilo strettamente civilistico, parte necessariamente dall'origine del rapporto tra avvocato e patrocinato.

L'avvocato è il professionista² munito dei requisiti per l'esercizio della professione forense iscritto all'apposito albo³ tenuto dal competente consiglio dell'ordine ai sensi

¹ R. FAVALE, *La responsabilità civile del professionista forense*, Padova, 2011, p. 26; R. PLENTEDA, *La responsabilità dell'avvocato*, Milano, 2012, p. 5. Gli studi sulla responsabilità civile del professionista sono comunque piuttosto ampi e datati: P. CALAMANDREI, *Limiti di responsabilità del legale negligente*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1931, II, 260; C. LEGA, *La libera professione (artt. 2229-2238)*, Milano, 1950; G. CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, Milano, 1958; V. D'ORSI, *La responsabilità civile del professionista*, Milano, 1981; M. FORTINO, *La responsabilità civile del professionista*, Milano, 1984, R. CLARIZIA - R. RICCI, *La responsabilità civile dell'avvocato*, in *La responsabilità civile: una rassegna di dottrina e giurisprudenza*, diretta da G. ALPA e M. BESSONE, in *Giur. sist. dir. civ. e comm.*, fondata da W. BIGIAMI, Torino, 1987; A. e S. BALDASSARRI, *La responsabilità civile del professionista*, Milano, 1993; A. PERULLI, *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera e professioni intellettuali*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, già diretto da A. CICU e F. MESSINEO, continuato da L. MENGONI, Milano, 1996; F. MAGNI, *Responsabilità dell'avvocato per negligente perdita della lite tra "certezza" e "probabilità" di un diverso esito del giudizio*, in *Danno e resp.*, 1998, 343; P. STANZIONE e S. SICA, *Professioni e responsabilità civile. Professioni legali, tecniche, mediche*, Bologna, 2006; M. FRANZONI, *Dalla colpa grave alla responsabilità professionale*, Torino, 2011; S.T. MASUCCI, *La r.c. dell'avvocato*, in *La responsabilità civile* diretta da P. CENDON, Torino, 1998, VI, p. 479; G. CERDONIO CHIARAMONTE, *L'obbligazione del professionista intellettuale tra regole deontologiche, negoziali e legali*, Padova, 2008; A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO – M. FEOLA, *La responsabilità civile. Contratto e torto*, Torino, 2014, p. 340. Nelle note successive riporterò altri riferimenti.

² La professione forense può essere esercitata sia nella forma classica del libero professionista, sia tramite associazioni tra avvocati (art. 4, 1° comma L.P.), sia mediante associazioni con altri professionisti (art. 4, 2° comma L.P.), sia tramite società forensi o miste (art. 4 bis L.P. introdotto dall'art. 1, comma 141, della legge n. 124/2017). Il principale tratto distintivo tra le associazioni professionali e le società è rappresentato dal fatto che nelle associazioni l'incarico è conferito al singolo professionista associato, mentre nelle società si incardina nelle medesime persone giuridiche, con dissociazione tra il soggetto che assume l'incarico e il soggetto che lo eseguirà. Sul punto più approfonditamente: M. SALAZAR, *Le associazioni e le società tra avvocati dopo legge 31 dicembre 2012 n. 247, di riforma dell'ordinamento forense: realtà e prospettive*, in *Contratto e impresa*, 2013, 4-5, p. 1150; G. MARASA', *Società e associazioni forensi dopo le modifiche introdotte dall'art. 1, comma 141, l. 4 agosto 2017 n. 124: prime considerazioni e interrogativi*, in *Giurisprudenza comm.*, 2018, 1, p. 28; G. CARRARO, *Professioni intellettuale forense tra concorrenza e equo compenso*, in *Foro it.*, 2017, V, 355; V. PUTORTI', *Prestazioni d'opera intellettuale e regole della concorrenza*, in *Contratto e impresa*, 2012, 1, p. 158. E' ammessa l'iscrizione all'albo in elenchi speciali degli avvocati dipendenti di enti pubblici, purché dedicati esclusivamente a uffici legali interni (art. 23 L.P.), e dei professori universitari e di istituti secondari statali in materie giuridiche (art. 2, 3° comma L.P.).

³ D. MEZZACAPO, *Il contratto d'opera e il contratto d'opera intellettuale*, in *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale. Privato e pubblico*, a cura G. SANTORO PASSARELLI, Milanofiori Assago

dell'art. 17 della legge 31 dicembre 2012 n. 247 (legge professionale forense, d'ora in poi L.P.)⁴. Si tratta, ovviamente, di una professione intellettuale c.d. protetta, perché è consentita esclusivamente agli iscritti all'albo degli avvocati⁵. L'iscrizione all'albo è richiesta sia per l'esercizio del patrocinio in sede giurisdizionale, sia per l'attività di consulenza stragiudiziale, se è connessa con l'attività giudiziaria e se viene svolta in modo continuativo, sistematico e organizzato⁶. Ogni qual volta il patrocinato sia una persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale si applica la disciplina del codice del consumo (d. lgs. 6 settembre 2005 n. 206)⁷. Infatti, da tempo l'avvocato in ambito europeo è assimilato ad un imprenditore⁸, nell'ambito di un processo di mercificazione della professione forense che non tiene in adeguato conto la funzione pubblica, etica, sociale e deontologica del difensore⁹. Il rapporto tra avvocato e cliente è regolato dal c.d. contratto di patrocinio, che è un contratto di prestazione d'opera intellettuale riconducibile allo schema del mandato¹⁰;

(MI), 2017, p. 112: “L'iscrizione agli albi è richiesta a tutela degli interessi pubblici connessi all'esercizio di determinate attività”.

⁴ R. DANOVI, *La nuova legge professionale forense*, Milano, 2014, p. 29 e ss.; G. ANANIA, *Professione avvocato*, Padova, 2017, p. 15 e ss.

⁵ Per un'opportuna distinzione: A.M. LEOZAPPA, *Professioni intellettuali e professioni c.d. non protette*, in *Rivista del diritto commerciale*, 2003, p. 227 e ss.; F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, Milano, 2015, II, p. 763-764.

⁶ R. DANOVI, *La nuova legge professionale forense*, cit., p. 84; *id.*, *Manuale breve. Ordinamento forense e deontologia*, Milano, 2015, p. 91; L. SCALIA – F. CENTOFANTI, in *L'avvocato e le sue quattro responsabilità*, a cura di V. TENORE, Napoli, 2014, p. 238.

⁷ Corte di Giustizia dell'Unione europea, 15 gennaio 2015, causa C-537/13, in *Giur. it.*, 2015, p. 1636 e ss., con nota di I. POLLASTRO, *Avvocato e cliente nella normativa a tutela del consumo*; Cass. 24 gennaio 2014 n. 1464, in www.iusexplorer.it; Cass. 9 giugno 2011 n. 12685, in *Juris data*. La questione è particolarmente rilevante qualora si debba determinare la competenza del giudice in caso di contenzioso tra avvocato e cliente. In questa ipotesi bisogna fare riferimento al foro inderogabile del consumatore ai sensi dell'art. 33, 2° comma, lett. u del d. lgs. n. 206/2005, che è prevalente anche rispetto al foro alternativo speciale previsto dall'art. 637 c.c. per il decreto ingiuntivo. In questo senso: R. MAZZON, *Responsabilità contrattuale e danni risarcibili*, Milano, 2019, p. 210.

⁸ L'art. 2, 1° comma, lett. c del d. lgs. 9 ottobre 2002 n. 231, che ha recepito la direttiva 2000/35/CE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali recita testualmente: “Ai fini del presente decreto si intende per ... “Imprenditore” ogni soggetto esercente un'attività economica organizzata o una libera professione”. Sul punto: V. PANDOLFINI, *La nuova normativa sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, Milano, 2003, p. 25-26; G. ANGELONI, *I compensi degli avvocati con i nuovi parametri*, Milano, 2014, p. 86. Pertanto, nei rapporti con le imprese, agli avvocati sono dovuti gli interessi di mora di cui all'art. 5 del d. lgs. n. 231/2002.

⁹ G. ALPA, *L'avvocato. I nuovi volti della professione forense nell'età della globalizzazione*, Bologna, 2005, p. 10 e 52.

¹⁰ Cass. 19 settembre 2019 n. 23335, in *De Jure*; Cass. 11 marzo 2019 n. 6905, in www.dirittoegiustizia.it; Cass. 23 luglio 2008 n. 20361, in *Guida al diritto*, 43, 49, Cass. 16 giugno 2006 n. 13963, in *Juris data*; Cass. 22 luglio 2004 n. 13774, in *Juris data*; Cass. 13 febbraio 1996 n. 1085, in *Juris data*; U. SARDO, *Procura alle liti e contratto di patrocinio*, in *La previdenza forense*, 2019, 2, p. 143; C. MANDRIOLI – A.

il mandato è richiamato espressamente dagli artt. 23, 26, 27 e 32 del codice deontologico forense e dall'art. 14 della legge professionale n. 247/2012. Il contratto di patrocinio non richiede necessariamente la forma scritta¹¹, tranne nel caso in cui il cliente sia rappresentato da una pubblica amministrazione¹². Con detto contratto l'avvocato si obbliga a svolgere prestazioni di assistenza o consulenza legale a favore del cliente o anche di un terzo, a fronte della corresponsione di un corrispettivo a titolo di compenso professionale, pur essendo possibile anche la gratuità dell'incarico ai sensi del 1° comma dell'art. 13 della L.P.

E' frequente nella prassi la stipula di contratti di clientela, con cui il legale garantisce un'assistenza stabile continuativa a un'impresa¹³.

CARRATTA, *Diritto processuale civile*, Torino, 2019, I, p. 373; R. DANOVI, *La nuova legge professionale forense*, cit., p. 85; F. BARTOLINI, *La responsabilità dell'avvocato*, Piacenza, 2012, p. 28; R. MAZZON, *Responsabilità contrattuale e danni risarcibili*, cit., p. 207; G. ANGELONI, *I compensi degli avvocati con i nuovi parametri*, cit., p. 8. Per una ricostruzione storica sulla natura del rapporto tra professionista e cliente: G. CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, cit., p. 21.

¹¹ Cass. 2 agosto 2019 n. 20865, in *Guida al diritto*, 2019, 46, 55; Cass. 19 ottobre 2018 n. 26522, in www.dirittoegiustizia.it. R. DANOVI, *La nuova legge professionale forense*, cit., p. 85. Tuttavia, la prova del contratto di mandato deve essere data sia dall'avvocato che agisca per il pagamento del proprio onorario (Cass. 11 marzo 2019 n. 6905, cit.), sia dal cliente che intenda contestare la responsabilità professionale (Trib. Milano 20 febbraio 2020 n. 1640, in *De Jure*), secondo la regola generale disposta dal 1° comma dell'art. 2697 c.c. (*onus probandi incumbit ei qui dicit*). Viceversa, deve essere certamente provato per iscritto il patto che disciplini il compenso professionale forense, visti gli artt. 13, 2° comma, L.P. e 2233, 3° comma c.c., così come l'eventuale gratuità della prestazione (art. 13, 1° comma L.P.): A. ANCESCHI, *Il compenso dell'avvocato*, Milano, 2017, p. 8 e 34; G. ANGELONI, *I compensi degli avvocati con i nuovi parametri*, cit., p. 11. Coerentemente con questa impostazione, il preventivo dell'avvocato formulato ai sensi dell'art. 27, 2° comma, del codice deontologico forense e dell'art. 13, 2° comma della L.P. (così come modificato dall'art. 1, comma 141, lett. d) della legge 4 agosto 2017 n. 124), non è vincolante per il difensore nel caso in cui non sia stato espressamente accettato dal cliente: Cass. 2 febbraio 2018 n. 2575, con nota di P. DI MICHELE, *La parcella non è vincolante se non è stata pattuita o accettata dal cliente*, in www.dirittoegiustizia.it; Cass. 11 marzo 2008 n. 6454, in *Giust. civ., Mass.*, 2008, 3, 396; Cass. 22 gennaio 1997 n. 621, in *Giust. civ., Mass.*, 1997, 101; A. ANCESCHI, *Il compenso dell'avvocato*, cit., p. 12 e 14. *Contra*: L. CARBONE, *Preventivo di massima e obblighi informativi*, in *La previdenza forense*, 2018, 1, p. 48. La mancata comunicazione o accettazione del preventivo del compenso professionale comporta l'applicazione dei parametri di cui al d.m. 8 marzo 2018 n. 37, visto il 6° comma dell'art. 13 L.P.: P. SAVARRO, *I nuovi parametri per la liquidazione del compenso dell'avvocato*, Piacenza, 2018, p. 46; R. DANOVI, *La nuova legge professionale forense*, cit., p. 91. Per un esame generale del problema del rapporto contrattuale tra cliente e professionista: S. MONTICELLI, *Regole e mercato nella disciplina convenzionale del contratto d'opera professionale*, in *Contratto e impresa*, 2016, 2, p. 520. Segnalo che per tutelare l'avvocato come contraente debole nei rapporti contrattuali con le grandi imprese è stato introdotto l'art. 13 bis della L.P. con l'art. 19-*quaterdecies*, 1° comma, del decreto legge 16 ottobre 2017 n. 148, convertito con legge 4 dicembre 2017 n. 172, e poi ulteriormente modificato con la legge 27 dicembre 2017 n. 205. La norma regola la disciplina dell'equo compenso a favore dell'avvocato.

¹² G. ANGELONI, *I compensi degli avvocati con i nuovi parametri*, cit., p. 8.

¹³ F. BARTOLINI, *La responsabilità dell'avvocato*, cit., p. 34; G. ANANIA, *Professione avvocato*, cit., p. 45.

Alla luce di quanto sopra esposto, il contratto di patrocinio forense è certamente disciplinato dalle norme riconducibili agli artt. 1703 e ss. c.c., che si integrano con gli artt. 2229 e ss. c.c.¹⁴ che ovviamente si pongono su un piano di specialità. Il rapporto è ulteriormente regolamentato, oltre che dalle regole del mandato e del contratto d'opera intellettuale, dalla legge professionale n. 247/2012, dalle norme di comportamento deontologiche, visti i richiami di cui agli artt. 2 e 3 della L.P., dalla legge processuale civile (es. artt. 83, 84, 85, 88, 89 e 96 c.p.c.) e dal codice penale (artt. 348, 380, 381 e 382 c.p.)¹⁵.

L'insieme di queste norme è stato opportunamente definito come diritto forense¹⁶. Una felice definizione del rapporto professionale forense era contenuta nell'art. 36 del codice deontologico del 1997, poi abrogato in seguito all'approvazione del nuovo testo entrato in vigore nel 2014¹⁷, e non riportato nella norma omologa attuale (art. 23): *“L'avvocato ha l'obbligo di difendere il cliente nel miglior modo possibile nei limiti del mandato e nell'osservanza della legge e dei principi deontologici?”*.

Tuttavia, l'attuale definizione del rapporto professionale forense va letta in base al combinato disposto di due differenti norme deontologiche attualmente in vigore:

- Art. 1, 3° comma, cod. deont. for.: *“Le norme deontologiche sono essenziali per la realizzazione e la tutela dell'affidamento della collettività e della clientela, della correttezza dei comportamenti, della qualità ed efficacia della prestazione.”*
- Art. 10 cod. deont. for.: *“Dovere di fedeltà. L'avvocato deve adempiere fedelmente il mandato ricevuto, svolgendo la propria attività a tutela dell'interesse della parte assistita e nel rispetto del rilievo costituzionale e sociale della difesa.”*

L'evoluzione normativa deontologica è parallela al cambiamento di visione e di concezione della funzione difensiva dell'avvocato nella società moderna. L'avvocato, ora, difendendo il singolo cliente, deve sempre considerare la superiore funzione

¹⁴ L. SCALIA – F. CENTOFANTI, in *L'avvocato e le sue quattro responsabilità*, cit., p. 240.

¹⁵ L. SCALIA – F. CENTOFANTI, op. ult. cit., p. 241.

¹⁶ R. DANNOVI, *Manuale breve. Ordinamento e deontologia forense*, Milano 2015, p. 24-25.

¹⁷ Il codice deontologico forense è stato approvato dal Consiglio Nazionale Forense il 31/1/2014, è stato pubblicato in Gazzetta Ufficiale il 16/10/2014, ed è entrato in vigore il 16/12/2014. L'1/1/15 sono entrati in funzione i Consigli Distrettuali di Disciplina.

pubblica e sociale del proprio ruolo¹⁸. In altre parole, il difensore, pur nell'ambito del rispetto del dovere di fedeltà¹⁹ nei confronti del cliente, deve essere consapevole del ruolo costituzionale e sociale del proprio ruolo, rappresentando un elemento indispensabile nell'ambito della corretta amministrazione della giustizia²⁰, garantendo l'attuazione del principio del contraddittorio disposto dal 2° comma dell'art. 111 della carta costituzionale²¹. Il problema si pone, in particolare, quando gli interessi individuali del cliente entrino in conflitto con quelli superiori della collettività. In questo caso, al contrario di quanto avveniva in passato, l'avvocato deve attentamente

¹⁸ Nella difesa del singolo diritto, si riafferma la tutela generale del diritto. L'affermazione del diritto è un dovere verso tutta la comunità, al di là della singola posizione tutelata. La tesi è splendidamente proposta da R. VON JHERING, *La lotta per il diritto*, Milano, 1989, p. 125-127. La prima edizione dell'opera del noto filosofo del diritto era del 1872.

¹⁹ La violazione del dovere di fedeltà comporta non soltanto la commissione dell'illecito deontologico di cui al combinato disposto di cui agli artt. 10 e 20 del cod. deont. for., ma anche dei reati di infedele patrocinio di cui agli artt. 380 e 381 c.p.: R. DANNOVI, *Il nuovo codice deontologico forense*, Milano, 2014, p. 113.

²⁰ Trib. Trieste 10 agosto 2015, in *De Jure*: "Il ruolo dell'avvocato si caratterizza positivamente, in linea con i principi costituzionali di solidarietà e difesa (artt. 2, 24 e 41 Cost.), quale assolvimento di un compito essenziale ai fini di un pieno riconoscimento e tutela dei diritti, sicché l'esercizio riservato dell'attività professionale viene accompagnato dalla previsione di doveri inderogabili non soltanto nei confronti dei clienti, ma anche delle controparti, dell'amministrazione e dei terzi in genere."

²¹ Sul punto sono esemplari le riflessioni di Galgano: "Può sembrare, alla stregua di questi dati costituzionali, che al magistrato spetti una sorta di sovraordinazione rispetto al difensore; e questo è in effetti, un diffuso modo di concepire il rapporto fra il primo e il secondo. Il magistrato, se è giudice, è organo che amministra la giustizia: egli attua dunque l'interesse generale, ed in una delle sue più alte espressioni... Il ruolo del difensore sembra così degradare ad un livello inferiore: egli agisce, nel processo civile come nel processo penale, quale difensore del singolo. E per quanto si tratti, a norma della Costituzione, di una inviolabile funzione, resta pur sempre il fatto che l'avvocato presta il proprio ministero a tutela di interessi particolari, in antitesi con l'interesse generale di cui è portatore il magistrato.... Questa pur diffusa convinzione è frutto di una visione autocratica della giustizia, basata sull'idea che la magistratura trovi in se stessa, e solo in se stessa, l'autorità per promuovere (magistratura inquirente) e rendere (magistratura giudicante) la giustizia.... Nessuno più dubita ormai dell'esistenza di un vero e proprio diritto giudiziario, ossia di un diritto creato dalla giurisprudenza.... Dove risiede allora la legittimazione ad esercitare così estesi poteri tali da incidere fortemente sulla libertà e sui beni dei singoli? Emerge qui tutta l'importanza che assume il nuovo secondo comma dell'art. 111 Cost. E' il contraddittorio processuale, ovvero sia la dialettica del processo il fondamento della giustizia: la sentenza, che separa il torto dalla ragione, non nasce dalla mente del giudice come Minerva dalla testa di Giove; è invece la risultante del contraddittorio, dall'aperto confronto fra le parti.... In un sistema come quello europeo.... la base della legittimazione di chi esercita un simile potere non può certo essere ricercata nel sistema di selezione dei magistrati, cioè nel fatto d'aver essi vinto il concorso per uditore giudiziario. Si può ben parlare, di democrazia nell'amministrazione della giustizia; ma la democrazia, in questo ambito, è la democrazia nel processo, è il contraddittorio processuale. E qui entra in scena il difensore, che del contraddittorio processuale è il protagonista. L'avvocato non è solo il tutore degli interessi e dei diritti del suo cliente: è per l'apporto dialettico che dà al contraddittorio, partecipe della funzione giurisdizionale, coartefice della decisione.... Senza l'apporto del difensore non c'è legittimo esercizio della funzione giurisdizionale, non c'è attuazione di giustizia." Così F. GALGANO, *Il contraddittorio processuale è ora nella Costituzione*, in *Contratto e impresa*, 2000, 3, p. 1082.

considerare la propria funzione pubblica e sociale²², non limitandosi soltanto al mero rapporto deontologico nei confronti del cliente²³.

Un aspetto sul quale è necessario soffermarsi immediatamente riguarda la particolare distinzione del rapporto contrattuale forense a seconda dei soggetti coinvolti.

Infatti, se da un lato è indispensabile che una delle parti sia rappresentata da un avvocato, singolarmente o in associazione o in società tra professionisti, dall'altro non sempre la parte che stipula il contratto è quella che beneficia dell'attività difensiva.

Capita spesso, anzi, che colui che riceve la prestazione professionale sia diverso dal soggetto che ha stipulato il contratto e si è impegnato a corrispondere l'onorario.

E' stata fatta a questo proposito l'opportuna distinzione tra cliente e assistito, secondo una felice intuizione di Danovi²⁴, poi direttamente recepita nell'ultimo codice deontologico attualmente vigente: infatti, un conto è il rapporto interno che intercorre tra chi richiede la prestazione professionale e il patrono, un altro è il rapporto esterno che si forma con il rilascio della procura *ex art. 83 c.p.c.*

Il cliente è colui che si obbliga alla corresponsione del compenso; l'assistito è colui a favore del quale è prestata l'attività professionale (artt. 23, 24, 27, 28, 34 ecc. cod. deont. for.)²⁵.

²² Il rilievo sociale della difesa è espressamente riconosciuto dagli art. 9 e 10 del codice deontologico forense e dagli artt. 1, 2° comma e 3, 2° comma, della L.P.. Sul punto: A. MARIANI MARINI, *Il tempo che verrà. Avvocatura e società*, Pisa, 2012, p. 25 e ss.; R. DANOVI, *Il nuovo codice deontologico forense*, cit., p. 110 – 112; R. LOMBARDI, *L'avvocato della post-modernità. Note a margine dell'obbligo di formazione per l'accesso alla professione forense*, in *Cultura e diritti*, 2018, 1/S, p. 15.

²³ A. MARIANI MARINI, *Cronache di anni perduti. Avvocati e avvocature*, Pisa, 2017, p. 153 e ss.; *id.*, *Formazione, cultura, deontologia*, in *La previdenza forense*, 2001, p. 270. Per questo A. deve essere superata la concezione tradizionale della deontologia dell'avvocato per giungere alla configurazione di una vera responsabilità sociale del professionista forense. Questa tesi gode anche del sostegno di quanto contenuto nel preambolo del Codice di deontologia degli avvocati europei approvato a Strasburgo il 24/10/1988. Nello stesso senso, G.M. FLICK, *L'avvocatura di fronte ai "nuovi" diritti nella crisi italiana ed europea*, in *Cultura e diritti*, 2013, 1, p. 65 e ss.; G. ALPA - A. MARIANI MARINI (a cura di), *Etica professionale responsabilità sociale dell'avvocato europeo*, Pisa, 2013.

²⁴ R. DANOVI, *Commentario del codice deontologico forense*, Milano, 2004, p. 506; *id.*, *La toga e l'avvocato*, Milano, 1993, p. 345; *id.*, *La procura alle liti e il rapporto tra parte e difensore*, nota a Cass. s.u. 17 maggio 1991 n. 5229, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1992, 919.

²⁵ Cass. 2 agosto 2019 n. 20865, in *De Jure*; Cass. 23 maggio 2019 n. 14107, in *De Jure*; Cass. 11 marzo 2019 n. 6905, in www.dirittoegustizia.it, con nota di S. CALVETTI, *Procura alle liti: chi la conferisce non sempre è il "cliente" dell'avvocato*; Cass. 16 giugno 2006 n. 13963, in *Giust. civ., Mass.*, 2006, 7-8; Cass. 22 luglio 2004 n. 13774, in *De Jure*; Cass. 12 luglio 2002 n.10454, in *De Jure*; Cass. 15 gennaio 2000, in *De Jure*. In dottrina: R. DANOVI, *Manuale breve. Ordinamento e deontologia forense*, cit., p. 94; *id.*, *Il nuovo codice deontologico forense*, cit., p. 32, 116, 161; R. FAVALE, *La responsabilità civile del*

Il rapporto tra avvocato e cliente si consolida con la stipula del negozio bilaterale rappresentato dal contratto di patrocinio, mentre lo *jus postulandi* (art. 84 c.p.c. - il potere di difendere in giudizio) viene conferito dalla parte assistita con un atto unilaterale recettizio costituito dalla procura²⁶. Il contratto di patrocinio è a forma libera, mentre la procura *ad litem* deve essere conferita necessariamente per iscritto a pena di nullità²⁷.

In questo caso il contratto di patrocinio si configura ordinariamente come un contratto a favore di terzo. Tuttavia, rispetto all'ipotesi prevista dall'art. 1411 c.c., il rapporto tra stipulante e terzo è più stringente. Infatti, nell'ipotesi ordinaria non occorre l'espressa accettazione del terzo che acquista il diritto verso il promittente per effetto della stipulazione a suo favore (art. 1411, 2° comma c.c.), salvo che dichiararsi di non voler profittare del contratto²⁸.

Nel contratto di patrocinio, invece, visto il 1° comma dell'art. 23 del cod. deont. for., occorre l'espressa accettazione del terzo – parte assistita, dovendo essere svolto l'incarico nel suo esclusivo interesse. Questa connotazione più incisiva dell'intervento del terzo è giustificata dal rapporto di fiducia che qualifica il contratto di patrocinio, visto il 2° comma dell'art. 11 del cod. deont. forense: il rapporto professionale deve essere basato non solo sulla chiarezza e lealtà, ma anche sulla condivisione delle scelte processuali e delle prospettive nella conduzione della causa o della consulenza²⁹.

Ovviamente, nella normalità dei casi, il cliente e la parte assistita coincidono nella stessa persona.

professionista forense, cit., p. 19; U. SARDO, *Procura alle liti e contratto di patrocinio*, in *La previdenza forense*, 2019, 2, p. 143.

²⁶ E. ZUCCONI GALLI FONSECA, in *Comm. breve al c.p.c.*, a cura di F. CARPI e M. TARUFFO, Milano, 2018, p. 339. Opportunamente è stato evidenziato che non si tratta di un atto di conferimento dei poteri, ma di designazione del difensore, che viene investito delle facoltà predeterminate dall'art. 84 c.p.c.; nella prassi la procura comprende anche altre facoltà non previste dalla legge, come quella di transigere, rinunciare agli atti, proporre impugnazione, prestare acquiescenza ecc. Sul punto vedasi diffusamente C. MANDRIOLI – A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, cit., I, p. 362.

²⁷ Cass. sez. lav. 5 settembre 2000 n. 11689, in *De Jure*. C. MANDRIOLI – A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, cit., I, p. 366. L'avvocato che agisce in giudizio in mancanza di procura, non potendosi riverberare alcun effetto della sua attività sulla parte, corre il rischio di assumere la responsabilità del processo anche in ordine alle spese. Così Cass. sez. lav. 26 gennaio 2007 n. 1759, in *De Jure*: Cass. 9 settembre 2002 n. 13069, in *De Jure*. F. BARTOLINI, *La responsabilità dell'avvocato*, cit., p. 33.

²⁸ F. GALGANO, *Diritto privato*, Milano, 2019, p. 349.

²⁹ R. DANОВI, *Il nuovo codice deontologico forense*, cit., p. 117.

Un ulteriore tema rilevante nel contratto di patrocinio riguarda la facoltà di recesso riconosciuta alle parti. Come si è già evidenziato, il rapporto professionale forense deve essere necessariamente caratterizzato da un'assoluta fiducia reciproca tra le parti, peraltro espressamente richiamata dall'art. 11 del cod. deont. for.

Del resto, l'*intuitus personae* caratterizza l'intero contratto d'opera intellettuale³⁰ e si rinviene nel principio della personalità della prestazione nell'esecuzione dell'incarico sancito dall'art. 2232 c.c.³¹

Proprio per questo, dal punto di vista del cliente-parte assistita, non vi sono dubbi sulla facoltà di libero recesso, visto l'art. 2237 c.c., salvo solo l'onere del pagamento delle spese e del compenso limitatamente alla attività concretamente svolta³².

Viceversa, molto più problematica è la questione in relazione al recesso del professionista forense; infatti, gli artt. 2237 e 1727 c.c. consentono il recesso per sola giusta causa³³, con la facoltà di richiedere il compenso solo per l'opera svolta riguardo al risultato utile derivato al cliente, e sempre che il recesso non comporti pregiudizio³⁴. L'art. 85 c.p.c., viceversa, consente la libera recedibilità dall'incarico in sede processuale, anche se ovviamente permangono gli effetti ultrattivi nei confronti della parte fino alla sostituzione del difensore³⁵.

³⁰ C. M. BIANCA, *Diritto civile, 3, il contratto*, Milano, 2019, p. 49; G. CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, cit., p. 29; C. LEGA, *La libera professione (2229-2238 cod. civ.)*, cit., p. 298.

³¹ R. FAVALE, *La responsabilità civile del professionista forense*, cit., p. 22-23.

³² Si ritiene, tuttavia, che questa libera recedibilità possa essere derogata con apposita regolamentazione convenzionale delle ipotesi di revoca e scioglimento del rapporto; Cass. 7 ottobre 2013 n. 22786, in *Giust. civ. Mass.*, 2013; Cass. 1° ottobre 2008 n. 24367, in *Dir. e prat. lav.*, 2009, 2, 67; Cass. 21 dicembre 2006 n. 27293, in *Mass. Giur. it.*, 2006; D. MEZZACAPO, *Il contratto d'opera e il contratto d'opera intellettuale*, cit., p. 126.

³³ Sembra che il concetto di giusta causa vada dedotto analogicamente dall'art. 2119 c.c. e dovrebbe essere inteso come "ogni fatto sopravvenuto che, in relazione alla natura continuativa e fiduciaria del rapporto, non ne consenta la prosecuzione". Così: D. MEZZACAPO, *Il contratto d'opera e il contratto d'opera intellettuale*, cit., p. 127; A. PERULLI, *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera e professioni intellettuali*, cit., p. 732.

³⁴ Nel senso di ritenere in ogni caso vincolato il difensore al recesso solo per giusta causa: F. BARTOLINI, *La responsabilità dell'avvocato*, cit., 2012, p. 20; G. ANGELONI, *I compensi degli avvocati con i nuovi parametri*, cit., p. 7; F. OLIVIERO, in *Comm. breve al c.c.*, a cura di G. CIAN, Milano, 2018, p. 2592. Per questi autori, in mancanza di giusta causa, ravvisata in un motivo che impedisca la prosecuzione neppure provvisoria del rapporto ai sensi dell'art. 2119 c.c., il professionista si espone a responsabilità civile e disciplinare. L'assunto non può essere condiviso, perché l'art. 32 del codice deontologico forense e l'art. 14 L.P. prevedono la libera recedibilità dell'incarico.

³⁵ Dopo la rinuncia al mandato, l'avvocato rimane legittimato a ricevere le comunicazioni e le notifiche ed è tenuto a informare l'ex cliente ai sensi del 5° comma dell'art. 32 cod. deont. for. Tuttavia, decorso un termine ragionevole, non risponde più per la mancata assistenza, visto il 4° comma della medesima norma.

L'art. 32 del codice deontologico forense consente la rinuncia all'incarico, purché con congruo preavviso e con adeguate cautele per evitare pregiudizi alla parte assistita³⁶. L'art. 14 L.P. è speculare alla norma deontologica, anche senza il richiamo al congruo preavviso.

In questo ginepraio normativo, ritengo che sia preferibile la tesi della libera recedibilità da parte del patrono, che a volte può avere motivi propri, pur non rientranti nell'ambito della giusta causa, che minano il rapporto di fiducia e giustificano (se non addirittura suggeriscono) il recesso (pensiamo all'ipotesi in cui la linea difensiva proposta dall'avvocato non sia condivisa dal cliente)³⁷. La particolarità del contratto di patrocinio consente il libero recesso al professionista, dovendosi applicare le norme che regolano la professione forense in rapporto di specialità con quelle generali, pur con le cautele imposte dal codice deontologico e dalla L.P.

Sul punto ritengo sia decisivo il 1° comma dell'art. 14 L.P.: infatti, per il principio *lex specialis derogat legi generali*³⁸, la norma prevale sugli artt. 1727 e 2237 c.c., per cui va decisamente preferita la tesi che consente all'avvocato di recedere dal contratto di patrocinio anche in assenza di giusta causa³⁹.

§2 – *La valenza giuridica delle norme deontologiche.*

Come ho esposto nel paragrafo precedente, le regole deontologiche assumono forte pregnanza nel rapporto tra avvocato e il binomio cliente-assistito. La deontologia

Per un'opinione autorevole, dopo la rinuncia al mandato, l'avvocato dovrebbe limitare la propria attività alla sola ricezione e comunicazione di atti, essendogli preclusa la legittimazione a compiere atti nell'interesse del mandante: R. MAZZON, *Responsabilità contrattuale e danni risarcibili*, cit., p. 209. In senso contrario, però, con riferimenti giurisprudenziali: E. ZUCCONI GALLI FONSECA, in *Comm. breve al c.p.c.*, a cura di F. CARPI e M. TARUFFO, Milano, 2018, p. 368.

³⁶ R. DANOVI, *Il nuovo codice deontologico forense*, cit., p. 224.

³⁷ Il venir meno del rapporto di fiducia è comunque ritenuto giusta causa del recesso: C. LEGA, *La libera professione*, cit., p. 301; A. PERULLI, *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera e professioni intellettuali*, cit., p. 732.

³⁸ L. SCALIA – F. CENTOFANTI, in *L'avvocato e le sue quattro responsabilità*, cit., p. 241.

³⁹ La tesi, peraltro, è autorevolmente condivisa: R. DANOVI, *La nuova legge professionale forense*, cit., p. 85; G. ANANIA, *Professione avvocato*, cit., p. 45-46. La giurisprudenza sul tema è datata. Fino all'avvento della legge professionale forense, si riteneva che occorresse la giusta causa che era ravvisata, ad esempio, nel mancato pagamento del compenso: Cass. s.u. 26 marzo 1997 n. 2661, in *De Jure*.

rappresenta il complesso delle regole di condotta che devono essere rispettate nell'attività professionale⁴⁰.

Il problema che si è posto riguarda il fatto della valenza giuridica delle regole deontologiche, che non sono approvate con provvedimenti legislativi ma con delibera del Consiglio Nazionale Forense (C.N.F.)⁴¹. Infatti, secondo un'impostazione tradizionale, si ritiene che i precetti deontologici rappresentino delle norme di comportamento interne alla categoria, prive di carattere giuridico⁴². Queste regole interne sarebbero rilevanti al più come *quaestio facti ex art. 1362 c.c.* censurabile in cassazione solo per difetto di motivazione per omesso esame di un fatto decisivo della causa (art. 360 n. 5 c.p.c. – nella sua odierna declinazione)⁴³. Questa interpretazione, tra l'altro, pone un forte vincolo alla censura in cassazione delle decisioni in tema di responsabilità deontologica, dal momento che l'impugnazione delle decisioni del C.N.F. è ammessa solo avanti alle sezioni unite per incompetenza, eccesso di potere e violazioni di legge (art. 36, 6° comma L.P.). Per altro orientamento, invece, le norme deontologiche non sarebbero né di natura pattizia, né giuridica, ma, seguendo l'insegnamento di Santi Romano⁴⁴, artefice della teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici, appartenerebbero alle regole di un autonomo gruppo sociale, intangibile dall'ordinamento dello stato, salvo solo il caso della violazione di diritti umani⁴⁵.

Un terzo orientamento, invece, sostenuto da autorevole dottrina⁴⁶ ancora prima dell'entrata in vigore della legge professionale, ritiene che le regole deontologiche

⁴⁰ R. DANOVI, *Commentario del codice deontologico forense*, Milano, 2004, p. 9.

⁴¹ Art. 3, 3° comma L.P.: “L'avvocato esercita la professione uniformandosi ai principi contenuti nel codice deontologico emanata dal CNF ai sensi degli articoli 35, comma 1, lettera d) e 65, comma 5.” Sul punto vedasi R. DANOVI, *Il nuovo codice deontologico forense*, Milano, 2014, p. 16-17.

⁴² Cass. s.u. 25 giugno 2013 n. 15873, in www.dirittoegiustizia.it. In dottrina, a favore della tesi che esclude la natura normativa delle regole deontologiche: V. TENORE, *L'avvocato e le sue quattro responsabilità*, Napoli, 2014, p. 47 e ss., con ampi riferimenti giurisprudenziali.

⁴³ Cass. 15 febbraio 2006 n. 3287, in *Foro. it.*, Rep. voce *Professioni intellettuali* n. 236; Cass. s.u. 10 luglio 2003 n. 10842, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 7-8.

⁴⁴ SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1945, p. 65, 113 e 175.

⁴⁵ F. GALGANO, *Deontologia forense e pluralità degli ordinamenti giuridici*, in *Contratto e impresa*, 2011, p. 287 e ss.

⁴⁶ R. DANOVI, *Commentario del codice deontologico forense*, cit., p. 9-10; *id.*, *La toga e l'avvocato*, cit., p. 15; G. GORLA, *Note a margine di un "codice deontologico forense"*, in *Giust. civ.*, 1974, II, 500 e 505; C. LEGA, *Deontologia forense*, Milano, 1975, p. 38; G. CERDONIO CHIARAMONTE, *L'obbligazione*

siano delle vere norme giuridiche integrative del precetto legislativo che attribuisce al C.N.F. il potere disciplinare⁴⁷. Si faceva riferimento, prima dell'entrata in vigore della legge professionale, all'art. 54 e ss. del regio decreto legge n. 1578/1933⁴⁸, all'art. 59 e ss. del regio decreto n. 37/1934 e al decreto legislativo luogotenenziale n. 382/1944. Il principio era espresso anche nel combinato disposto di cui agli artt. 12 (che imponeva agli iscritti di comportarsi secondo dignità e decoro) e 38 del regio decreto legge n. 1578/1933 (che prevedeva la sottoposizione a procedimento disciplinare di chi violava precetti deontologici)⁴⁹; questo insieme di norme consentiva di sanzionare in sede disciplinare i comportamenti deontologicamente rilevanti degli avvocati. Grazie a questo sistema normativo il C.N.F. era (ed è) considerato un organo giurisdizionale speciale in materia disciplinare forense che esercita un potere dello Stato. La nuova legge professionale ha confermato espressamente questa impostazione: infatti, visti gli artt. 34 e ss., ha preservato gli artt. 52 e ss. del regio decreto legge n. 1578/1933 e 59 e ss. del regio decreto n. 37/1934; inoltre, il C.N.F. ha mantenuto il proprio potere giurisdizionale disciplinare in sede di impugnazione, visti gli artt. 24 e 61 della legge n. 247/2012. Infine, la legge professionale ha confermato con l'art. 36 la validità delle disposizioni di cui al decreto legislativo luogotenenziale n. 382/1944.

La legge professionale n. 247/2012, però, è andata anche oltre: infatti, da un lato l'art. 35, 1° comma, lett. d) ha espressamente conferito al C.N.F. il potere di emanare e di

del professionista intellettuale tra regole deontologiche, negoziali e legali, cit., p. 66; A. D'ANGELO, *La deontologia dell'avvocato*, in *Le fonti di autodisciplina*, a cura di P. ZATTI, Padova, 1996, p. 195; G. SCARSELLI, *La violazione della norma deontologica e le (possibili) ricadute in punto di responsabilità civile per gli avvocati*, in *Diritto e formazione*, 2010, 1, p. 126; U. PERFETTI, *La responsabilità deontologica*, in *Rass. forense*, 2006, 2, p. 965 e ss.; *id.*, *Il codice deontologico forense tra profili teorici e percorsi di riforma*, in *Rass. forense*, 2006, 2, p. 931 e ss.; *id.*, *Le fonti della deontologia*, in *Studium iuris*, 2008, 11, 1274; F. PUPPO, *La deontologia forense nell'età della decodificazione: uno sguardo alla situazione italiana*, in *Retorica e deontologia forense*, a cura di M. MANZIN e P. MORO, Milano, 2010, p. 81; R. ALOISIO, *Etica professionale*, in *La previdenza forense*, 2012, 3, p. 252.

⁴⁷ Cass. s.u. 13 settembre 2011 n. 18695, in *De Jure*; Cass. s.u. 18 novembre 2010 n. 23287, in *De Jure*; Cass. 30 aprile 2008 n. 10875, in *Guida al diritto*, 2008, 27, 77; Cass. s.u. 20 dicembre 2007 n. 26810, in *Foro it.*, I, 3167, con nota di G. SCARSELLI, *La responsabilità civile del difensore per l'infrazione della norma deontologica*; Cass. 23 marzo 2004 n. 5776, in *De Jure*; Cass. s.u. 6 giugno 2002 n. 8225, in *Giust. civ.*, 2002, p. 2441.

⁴⁸ Regio decreto legge 22 novembre 1933 n. 1578 convertito in legge, con modificazioni, dalla legge 22 gennaio 1934 n. 26.

⁴⁹ U. PERFETTI, *La responsabilità deontologica*, cit., p. 966.

aggiornare il codice deontologico, dall'altro il 3° comma dell'art. 3 prescrive espressamente il dovere dell'avvocato di rispettare le norme deontologiche.

Per questo motivo la regola deontologica si applica anche nella valutazione del contratto di patrocinio intercorso con il cliente-assistito *ex art.* 1374 c.c., dovendosi ritenere integrato dalle norme deontologiche forensi.

Pertanto, sono da condividere gli studi successivi all'entrata in vigore della legge professionale che ritengono ormai indubitabile che le norme deontologiche abbiano carattere giuridico⁵⁰.

La natura normativa delle regole deontologiche incide profondamente sulla responsabilità professionale dell'avvocato. Infatti, in precedenza, quando tra responsabilità professionale e deontologica sussisteva una netta separazione⁵¹, l'illecito deontologico non rappresentava di per sé un illecito civile, e ogni fatto andava valutato caso per caso per ravvisare se l'ordinamento considerava nella fattispecie la violazione deontologica rilevante ai fini della responsabilità civile.

Ora, invece, la violazione di un precetto deontologico, che rappresenta una norma giuridica, costituisce di per sé un illecito civile⁵².

Non tutte le violazioni deontologiche, peraltro, rappresentano inadempimento contrattuale rilevante all'interno del rapporto di patrocinio, ma solo quelle che siano in connessione con il mandato: così appaiono irrilevanti i precetti relativi agli adempimenti fiscali e previdenziali dell'avvocato e quelli legati ai rapporti con il consiglio dell'ordine e i tirocinanti; così pure sembrano estranei alla responsabilità

⁵⁰ R. DANOVI, *Il nuovo codice deontologico forense*, cit., p. 16-18; *id.*, *Manuale breve. Ordinamento e deontologia forense*, cit., p. 111; *id.*, *La nuova legge professionale forense*, cit., p. 102. *Contra*: V. TENORE, *L'avvocato e le sue quattro responsabilità*, cit., p. 47.

⁵¹ A. e S. BALDASSARRI, *La responsabilità civile del professionista*, cit., p. 562-563; M.R. TRAZZI, *Responsabilità dell'avvocato per violazione dell'obbligo di informazione*, in *Contratto e impresa*, 1999, I, p. 47.

⁵² Trib. Trieste 10 agosto 2015, in *De Jure*; G. SCARSELLI, *La responsabilità civile del difensore per l'infrazione della norma deontologica*, nota a Cass. s.u. 20/12/2007 n. 26810, in *Foro it.*, 2009, I, 3169; *id.*, *La violazione della norma deontologica e le (possibili) ricadute in punto di responsabilità civile per gli avvocati*, cit. p. 127; U. PERFETTI, *La responsabilità deontologica*, cit., p. 961 e ss.; G. CERDONIO CHIARAMONTE, *L'obbligazione del professionista intellettuale tra regole deontologiche, negoziali e legali*, cit., p. 67; per questa A. il cliente che si rivolge a un professionista confida che vengano rispettate le regole deontologiche. Pertanto, le norme deontologiche determinano usi contrattuali *ex art.* 1340 c.c. che specificano il comportamento dovuto dal professionista nello svolgimento della propria attività.

civile i principi generali legati alla probità, alla dignità e al decoro della professione, sempre che non abbiano riflessi diretti sulla prestazione professionale.

Di sicuro, però, ora l'interpretazione della regola deontologica come norma giuridica pone il principio secondo il quale l'avvocato che violi un precetto deontologico in connessione con il mandato risulta inadempiente agli obblighi contrattuali con il cliente-assistito e risponde sia in sede disciplinare che civile.

Peraltro, la dignità normativa delle regole deontologiche pone un problema di responsabilità civile dell'avvocato anche extracontrattuale. Infatti, una volta riconosciuta la natura normativa della norma deontologica, il mancato rispetto del precetto deontologico rappresenta anche illecito aquiliano⁵³. Né potrebbe costituire valida giustificazione nei confronti dei terzi il vincolo del mandato, per cui eventualmente dovrebbe rispondere per eventuali fatti illeciti il mandante e non il mandatario, perché evidentemente il mandato professionale deve essere esercitato sempre nel rispetto delle leggi e delle altre fonti normative.

Ovviamente, anche in questo caso la violazione deontologica non sempre rappresenta un illecito civile risarcibile; tuttavia, la violazione di determinate norme, come ad esempio il divieto di produrre la corrispondenza riservata del collega avversario (art. 48 cod. deont. for.) o il divieto di aggravare la controparte con inutili iniziative plurime (art. 66 cod. deont. for.)⁵⁴, potrebbe esporre il legale all'azione di risarcimento dell'avversario ai sensi dell'art. 2043 c.c.⁵⁵.

⁵³ G. SCARSELLI, *La violazione della norma deontologica e le (possibili) ricadute in punto di responsabilità civile per gli avvocati*, cit. p. 128; U. PERFETTI, *La responsabilità deontologica*, cit., p. 977.

⁵⁴ Si pensi al caso dell'avvocato che violi il divieto di frazionamento del credito: Cass. S.U. 15 novembre 2007 n. 23726 in *Giur. it.*, 2008, p. 929, con nota di A. RONCO, *(Fr)azione: rilievi sulla divisibilità della domanda in processi distinti*; Cass. 20 novembre 2009 n. 24539, in *Giur. it.*, 2010, p. 1875 con nota di A. RONCO, e in *Giur. it.*, 2010, p. 2047, con nota di V. BACHELET, *La domanda parcellizzata: i devastanti riflessi sul sistema*.

⁵⁵ Un caso particolare è stato trattato in epoca ormai datata dalla S.C.; la controparte aveva citato a titolo aquiliano l'avvocato che aveva accettato l'incarico di difendere il cliente in una causa manifestamente infondata di contestazione di un credito, ritardandone evidentemente il realizzo. Si contestava all'avvocato la violazione dell'art. 2043 c.c., dell'art. 12 del r.d.l. n. 1678 del 1933, che imponeva il dovere di esercitare la professione con dignità e decoro e dell'art. 88 c.p.c.; giustamente la S.C. rigettava definitivamente la domanda, ritenendo che non sussista un principio in base al quale l'avvocato debba rinunciare a difendere un cliente, anche quando il diritto si appalesi insussistente. Così Cass. 22 aprile 1950 n. 1082, in *Foro it.*, 1951, I, 199. La tesi è tuttora valida e non confligge con quanto sostenuto in questo saggio. L'avvocato certamente deve dissuadere il cliente in caso di pretese manifestamente infondate. Tuttavia, visti i principi

Conseguentemente la natura giuridica delle norme deontologiche comporta un ulteriore allargamento della responsabilità professionale forense.

§3. – *Il dovere di informazione verso il cliente-assistito.*

La prima regola che l'avvocato deve osservare nel rapporto con il proprio cliente-partite assistita è l'assolvimento del dovere informativo disposto espressamente dall'art. 27 cod. deont. for. per ottenere il consenso all'esercizio dell'attività di assistenza legale⁵⁶.

L'avvocato, preliminarmente, deve studiare attentamente la questione sottoposta dal suo patrocinato prima di accettare l'incarico, dopo aver svolto opportuni colloqui e dopo aver raccolto la documentazione rilevante⁵⁷. Va evidenziato che in questa fase di studio anche il cliente è onerato da un obbligo di collaborazione e di informazione speculari a quello del proprio patrono⁵⁸. Ovviamente, laddove il parere informativo dell'avvocato risultasse errato a causa di erronee informazioni fornite dal cliente, non potrebbe poi sussistere alcuna responsabilità del legale che abbia indagato con la dovuta diligenza⁵⁹. Solo dopo un attento studio del caso si è nelle condizioni di esprimere un parere al cliente sull'opportunità di promuovere una lite o resistere alla

sommi di difesa che discendono dagli artt. 24 e 111 Cost., è chiaro che l'avvocato può accettare l'incarico, purché abbia assolto con correttezza il proprio dovere informativo. In tal caso, esercitando un diritto di rango costituzionale, nessun danno ingiusto può essere arrecato alla controparte. E' sempre prevalente il diritto del cliente alla difesa.

⁵⁶ M. FRANZONI, *L'illecito*, in *Trattato della responsabilità civile* diretto da M. FRANZONI, Milano, 2004, p. 261. "L'omessa informazione può costituire un titolo di responsabilità dell'avvocato, allo stesso modo in cui l'omessa informazione del medico assume rilievo ai fini di valutare l'efficacia del consenso del paziente".

⁵⁷ In altra sede ho spiegato come condurre il colloquio e come esaminare il caso: P. DORIA, *Il metodo giuridico e la tecnica difensiva. La strategia processuale dell'avvocato civilista*, in *Il diritto come processo. Principi, regole e brocardi per la formazione critica del giurista*, a cura di P. MORO, Milano, 2012, p. 129; *id.*, *Insegnare ad argomentare. La lezione argomentativa e il metodo casistico*, in *Cultura e diritti*, 2018, 1/S, p. 77; Sull'importanza del tema nella didattica forense: G. PASCUIZZI, *Il problem solving nelle professioni legali*, Bologna, 2017, p. 56, 169 e 172.

⁵⁸ R. FAVALE, *La responsabilità civile del professionista forense*, cit., p. 134; M.R. TRAZZI, *Responsabilità dell'avvocato per violazione dell'obbligo di informazione*, cit., p. 49.

⁵⁹ La diligenza in questo caso non può spingersi fino al punto di dover verificare tutte le informazioni fornite dal cliente, nei confronti del quale l'avvocato deve sempre nutrire un approccio di fiducia. Sull'assoluta opportunità per il difensore di documentare adeguatamente tutta l'anamnesi della fattispecie secondo le indicazioni del cliente, proprio per raccogliere eventuali elementi di devianza del proprio giudizio: P. DORIA, *Il metodo giuridico e la tecnica difensiva. La strategia processuale dell'avvocato civilista*, cit., p. 132.

pretesa di un avversario⁶⁰. Va subito sottolineato che l'avvocato civilista coscienzioso saprà sconsigliare il cliente dall'affrontare la causa quando la ritenga ingiusta o manifestamente infondata⁶¹. Il difensore probo e onesto deve rinunciare all'incarico quando, dopo aver studiato il caso, si sia reso conto che la pretesa del cliente sia priva di fondamento e di speranze⁶². L'avvocato non deve assecondare passivamente e acriticamente le iniziative giudiziarie più fantasiose e pretestuose⁶³. Questa impostazione viene talvolta criticata perché ritenuta eccessivamente rigorosa, considerate le incertezze della attuale legislazione⁶⁴, ma ritengo personalmente che sia tuttora valida anche in base agli stessi orientamenti più recenti della giurisprudenza in materia di responsabilità professionale dell'avvocato⁶⁵. Infatti, nel momento in cui l'avvocato consiglia al cliente di assumere o meno determinate iniziative processuali,

⁶⁰ C. LEGA, *La libera professione (art 2229-2238 cod. civ.)*, cit., p. 223: "Questo onere di chiarezza si dilata in una specie di "obbligo di verità" od "obbligo di illuminare il cliente". Nello stesso senso A. MARIANI MARINI, *Appunti per un parere. La consulenza difficile del giovane avvocato*, in *Diritto e formazione*, 2007, p. 449 e ss.

⁶¹ QUINTILIANO, *Institutio oratoria*, XII, 7, 6; con traduzione di M. Calcante, Milano, 1997, III, p. 2005: "l'oratore non difenderà tutti indiscriminatamente e non aprirà anche ai pirati il porto di salvezza della sua eloquenza." Anche la dottrina moderna sostiene che il difensore non debba fare soltanto una valutazione di possibilità del diritto vantato dal cliente, ma anche di opportunità: R. FAVALE, *La responsabilità civile del professionista forense*, cit., p. 140; M.R. TRAZZI, *Responsabilità dell'avvocato per violazione dell'obbligo di informazione*, cit., p. 52; R. MAZZON, *Responsabilità contrattuale e danni risarcibili*, cit., p. 221; G. CASSANO, *Trattato di diritto civile*, Santarcangelo di Romagna (RN), 2020, I, p. 99. Altri citano il criterio di utilità: A. e S. BALDASSARRI, *La responsabilità civile del professionista*, cit., p. 574.

⁶² L'avvocato che non ritiene opportuno assumere la difesa giudiziale può servirsi del recesso per giusta causa: R. FAVALE, *La responsabilità civile del professionista forense*, cit., p. 142. Io ritengo che il difensore possa semplicemente evitare di stipulare il contratto di patrocinio, perché l'attività informativa, quand'anche fosse ritenuta contrattuale, non potrebbe comprendere la fase giudiziale. L'avvocato "ha piena libertà di accettare o meno ogni incarico" ai sensi del 1° comma dell'art. 14 L.P. Il dovere di dissuasione dell'avvocato nelle cause infondate è comunque di antica tradizione. QUINTILIANO, *Institutio oratoria*, XII, 7, 7; con traduzione di M. Calcante, Milano, 1997, III, p. 2007: "Se siamo giudici obiettivi, il più grande servizio che si può rendere al cliente è di non ingannarlo con una vana speranza. Né è degno dell'assistenza di un avvocato chi non ne segue i consigli e certamente non si addice a colui che vogliamo sia un oratore difendere consapevolmente ciò che è ingiusto". Nello stesso senso F. SANSOVINO, *L'Avvocato e il segretario*, a cura di P. Calamandrei, Vicenza, 2016 (prima edizione del 1554), p. 120; P. CALAMANDREI, *Troppi avvocati!*, ristampa anastatica a cura della Fondazione for. bolognese, Bologna, 2006 (prima edizione 1921), p. 12; D. MEZZACAPO, *Il contratto d'opera e il contratto d'opera intellettuale*, cit., p. 124; R. MAZZON, *Responsabilità contrattuale e danni risarcibili*, cit., p. 221.

⁶³ R. DANOVÌ, *Commentario al codice deontologico forense*, Milano, 2004, p. 527; *id.*, *Il nuovo codice deontologico forense*, Milano, 2014, p. 112.

⁶⁴ E. SACCHETTINI, *Con una corretta valutazione del caso la causa trova subito il "giusto binario"*, in *Guida al diritto, Le tecniche difensive dell'avvocato*, 2000, dossier 9, p. 9.

⁶⁵ In giurisprudenza si ritiene che sussista un vero e proprio dovere di dissuasione in capo all'avvocato quando la questione sottoposta alla sua attenzione non presenti concreti profili di accoglimento: Cass. 20 novembre 2009 n. 24544, in *De Jure*; Cass. 30 luglio 2004 n. 14597, in *Giur. it.*, 2005, p. 1401 e ss., con nota di S. PERUGINI, *La diligenza imposta al professionista nell'espletamento del suo incarico e l'obbligo di informazione*; C. Appello Roma 27 maggio 2019, in *De Jure*.

esprime un parere stragiudiziale che può assumere forme svariate, dalla semplice consulenza orale svolta direttamente al termine del colloquio, fino alla stesura di un complesso parere *pro veritate*⁶⁶. Normalmente il parere deve esprimere argomentazioni dirette alla tutela della posizione del cliente, anche esaminando dialetticamente le tesi contrarie⁶⁷. Il parere non ha fini persuasivi ma deve fornire al cliente una risposta oggettiva, che può contenere soluzioni non univoche, allorquando sussista un contrasto della giurisprudenza, oppure addirittura può rappresentare un esito non favorevole alle tesi del patrocinato⁶⁸. Il contenuto del parere, tra l'altro, deve essere coordinato con le disposizioni di cui all'art. 27 del codice deontologico forense⁶⁹, che impongono l'adeguato assolvimento dell'obbligo informativo⁷⁰ per ottenere il consenso da parte dell'avente diritto allo svolgimento dell'attività difensiva⁷¹: l'avvocato deve dare all'assistito tutte le informazioni possibili sulle caratteristiche della controversia, sull'importanza delle attività da espletare⁷², sulle iniziative da assumere e sulle possibili soluzioni. Il dovere di informare il cliente sulle "iniziative e

⁶⁶ R. FAVALE, *La responsabilità civile del professionista forense*, cit., p. 139; M.R. TRAZZI, *Responsabilità dell'avvocato per violazione del dovere di informazione*, cit., p. 51.

⁶⁷ P. MORO, *Metodologia della scrittura forense*, Trento, 2006, p. 33; *id.*, *L'arte della scrittura giuridica. Retorica e testo difensivo*, Pordenone, 2016, p. 35.

⁶⁸ D. POTO, *Note sparse sul parere legale*, in *Diritto e formazione*, 2008, p. 904.

⁶⁹ G. PASCUZZI, *Il problem solving nelle professioni legali*, cit., p. 170; R. MAZZON, *Responsabilità contrattuale e danni risarcibili*, cit., p. 226.

⁷⁰ Cass. 30 luglio 2004 n. 14597, in *Giur. it.*, 2005, p. 1401 e ss., con nota di S. PERUGINI, *La diligenza imposta al professionista nell'espletamento del suo incarico e l'obbligo di informazione*. La S.C. ha statuito che incombe sull'avvocato l'onere della prova di aver adeguatamente adempiuto l'obbligo di informazione in ordine a tutte le circostanze indispensabili per l'assunzione da parte del cliente di una decisione pienamente consapevole sull'opportunità o meno di iniziare un processo.

⁷¹ R. DANOVI, *Il nuovo codice deontologico forense*, cit., p. 188; *id.*, *Commentario del codice deontologico forense*, cit., p. 606; G. ANANIA, *Professione avvocato*, cit., p. 64. Si sottolinea, in particolare, che l'omissione dell'attività informativa comporta una responsabilità disciplinare: M.R. TRAZZI, *Responsabilità dell'avvocato per violazione del dovere di informazione*, cit., p. 53.

⁷² Vedasi anche il 5° comma dell'art. 13 L.P.: "Il professionista è tenuto, nel rispetto del principio di trasparenza, a rendere noto al cliente il livello della complessità dell'incarico, fornendo tutte le informazioni utili circa gli oneri ipotizzabili dal momento del conferimento alla conclusione dell'incarico." In sostanza, bisogna informare il cliente se la sua questione sia bagatellare o di media o alta complessità. Il cliente, dal proprio punto di vista, ritiene sempre, sotto l'aspetto psicologico, che la propria questione sia della massima importanza, anche quando così non è. In particolare, bisogna rendere edotto il cliente del rapporto tra costi e benefici della presumibile prestazione professionale. Questa attività risulta preziosa quando il cliente ritiene di dover agire per una questione di principio. Se si tratta di una autentica questione di principio, l'aspetto economico diventa irrilevante. Ma se così non è, come nella stragrande maggioranza dei casi, allora va chiarito subito l'aspetto economico. La tesi è condivisa anche dalla S.C.: Cass. 30 luglio 2004 n. 14597, in *Giur. it.*, 2005, 1401, con nota di S. PERUGINI, *La diligenza imposta al professionista nell'espletamento del suo incarico e l'obbligo di informazione*.

sulle ipotesi di soluzione” è cruciale per superare definitivamente il tradizionale brocardo *habent lites sidera sua*⁷³, secondo cui l'avvocato non è gravato dall'onere di prevedere l'esito della lite, essendo impossibile ogni previsione che sfugge alle regole della logica formale⁷⁴; ora l'avvocato deve svolgere la diagnosi e la prognosi della causa, precisando non solo la questione fattuale e giuridica del caso (la malattia), ma anche le attività giudiziali o stragiudiziali da affrontare (le terapie)⁷⁵. Ovviamente questa previsione non potrà mai avere i caratteri della certezza⁷⁶, ma dovrà essere condotta secondo criteri probabilistici⁷⁷. Inoltre, l'avvocato deve informare la parte assistita sulla presumibile durata del processo e sui relativi costi⁷⁸. Ancora, bisogna procedere ad informare la parte assistita sul trattamento dei dati personali e si deve identificare il cliente (art. 23, 2° comma, del cod. deont. for.) o il titolare effettivo della

⁷³ Il brocardo era posto a base della tesi dell'impossibilità di prevedere l'esito di una lite: P. CALAMANDREI, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, Milano, 1999, p. 13 e 24; *id.*, *Limiti di responsabilità del legale negligente*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1931, II, p. 260; A. PARRELLA, *Colpa del procuratore e stima preventiva della lite*, in *Foro it.*, 1931, I, 628.

⁷⁴ Il brocardo spesso si accompagna ad altra regola dell'esperienza giuridica: *iura novit curia*.

⁷⁵ La tesi non è condivisa da Cass. 22 novembre 2018 n. 30169, in www.dirittoegiustizia.it, con nota di M. SUMMA, *La scelta della strategia difensiva spetta unicamente all'avvocato*. La S.C., trascurando il sintagma “possibili soluzioni”, ritiene che non sussista il dovere di pronostico sulla lite. Tuttavia, subito dopo precisa che il pronostico comunque dovrebbe essere presupposto dall'informativa dovuta per la mediazione e la negoziazione assistita.

⁷⁶ E' un gravissimo errore assicurare con certezza al cliente la vittoria in una causa. In questo caso l'avvocato assicura in proprio il buon esito del processo, non potendo invocare, in caso di soccombenza, il limite dell'obbligazione di mezzi della propria prestazione professionale. In questo senso: R. MAZZON, *Responsabilità contrattuale e danni*, cit., p. 214; R. FAVALE, *La responsabilità civile del professionista forense*, cit., p. 127-130.

⁷⁷ E' in effetti impossibile prevedere con metodo scientifico l'esito del giudizio, perché si tratta di un giudizio storico su fatti già occorsi vincolati a variabili processuali sfuggenti (la memoria dei testimoni, il libero convincimento del giudice, gli *overruling* giurisprudenziali ecc.). La *quaestio facti* non riguarda la verità del fatto storico accaduto, che è impossibile, ma il c.d. vero giuridico, ovvero quanto viene dimostrato nel processo *iuxta alligata et probata*. La stessa tecnica dell'argomentazione individua il giusto metodo di argomentare, ma non garantisce la vittoria, consentendo solo di evitare gli errori. Così A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, Milano, 2013, p. 498. Nello stesso senso: M.R. TRAZZI, *Responsabilità dell'avvocato per violazione dell'obbligo di informazione*, cit. p. 56; M. TICOZZI, *Gli obblighi informativi del professionista sono obbligazioni di risultato*, nota a Cass. 23 marzo 2017 n. 7410, in *Giur. it.*, 2018, p. 336; R. FAVALE, *La responsabilità civile del professionista forense*, cit., p. 138.

⁷⁸ Art. 13, 5° comma, della L.P., come modificato dalla legge sulla concorrenza n. 124/2017, art. 1, comma 141, n. 6, lett. d.; in precedenza il preventivo sul compenso doveva essere proposto dall'avvocato solo “a richiesta” del cliente. Ora, invece, il preventivo va esibito al cliente anche a prescindere dalla richiesta. Dopo la modifica, il 5° comma dell'art. 13 L.P. è incongruente con l'art. 27 cod. deont. for., che prevede ancora la necessità della richiesta del preventivo da parte del cliente. Si potrebbe pensare che l'inciso “se richiesto” contenuto nel 2° comma dell'art. 27 cod. deont. for. sia stato tacitamente abrogato; oppure che un conto sia la questione civilistica del contratto di patrocinio e un'altra la questione deontologica, nel senso che la violazione dell'invio del preventivo, in mancanza di espressa richiesta del cliente, non rappresenti un illecito disciplinare, come io ritengo corretto sostenere.

prestazione per procedere all'adeguata verifica ai fini dell'antiriciclaggio (decreto legislativo 15/5/2017 n. 90). Infine, l'avvocato deve informare l'assistito del diritto di accedere al gratuito patrocinio, quando ne ricorrano gli estremi, della possibilità (o dell'obbligatorietà) di avvalersi del procedimento di mediazione disciplinato dal decreto legislativo n. 28/2010⁷⁹, delle relative agevolazioni fiscali e della negoziazione assistita di cui agli artt. 2 e ss. del decreto legge n. 132/2014, convertito con modifiche dalla legge n. 162/2014⁸⁰. Ancora, visto il riformato 3° comma dell'art. 27, è necessario informare il cliente sui percorsi alternativi al contenzioso giudiziario previsti dalla legge. Inoltre, devono essere resi noti al cliente gli estremi della polizza a copertura della responsabilità civile professionale (art. 27, comma 5° cod. deont. for. e art. 12, comma 1° L.P.)⁸¹. In questa fase della propria prestazione professionale l'avvocato non adempie un'obbligazione di mezzi, come normalmente accade nella fase giudiziale del rapporto, ma una vera e propria obbligazione di risultato⁸², dovendo offrire al cliente tutti gli elementi di valutazione necessari allo scopo di assumere una consapevole decisione in ordine all'opportunità o meno di promuovere la causa⁸³,

⁷⁹ Sul dovere di informativa specifico dell'avvocato in materia di mediazione: S. MONTICELLI, *La violazione degli obblighi d'informazione del cliente nella disciplina della mediazione civile*, in *Contratto e impresa*, 2015, 1, p. 68. Sulla mediazione in generale: C. MANDRIOLI – A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, cit., III, p. 485 e ss.; F. P. LUISO, *Diritto processuale civile*, Milano, 2017, V, p. 26 e ss.; A. MARIANI MARINI, *Specificità ed etica della mediazione*, in *Diritto e formazione*, 2010, 6, p. 980 e ss.; R. MASONI, *La mediazione nel processo. Con un commento alla negoziazione assistita di cui al D.L. n. 132/2014*, Milano, 2015; P.L. AMERIO – E.M. APPIANO – L. BOGGIO – D. COMBA – G. SAFFIRIO, *La mediazione nelle liti civili e commerciali. Metodo e regole*, Milano, 2011; E. MINERVINI, *Il regolamento ministeriale sulla mediazione finalizzata alla conciliazione*, in *Contratto e impresa*, 2011, 2, p. 339 e ss.; G. DOSI, *La mediazione e l'arbitrato irrituale nelle riforme del 2010*, in *Contratto e impresa*, 2011, p. 226 e ss. p.; A. UZQUEDA, *La mediazione: un cambio di paradigma per la composizione delle controversie civili e commerciali*, in *Diritto e formazione*, 2010, p. 643 e ss.; S. CHIARLONI, *Il modello italiano di mediazione*, in *Giur. it.*, 2012, p. 211 e ss.

⁸⁰ La necessità che l'informazione sia estesa anche al procedimento di negoziazione assistita è stata prevista dalla modifica dell'art. 27 del cod. deont. for. introdotta con delibera del 23/2/2018 del Consiglio Nazionale Forense pubblicata nella G.U. 13/4/2018 n. 86.

⁸¹ Sul punto vedasi M. GAZZARA, *Note a margine della nuova disciplina in tema di polizze professionali per gli avvocati*, in *Contratto e impresa*, 2017, 3, p. 988.

⁸² Cass. 23 marzo n. 2017 n. 7410, con nota di M. TICOZZI, *Gli obblighi informativi del professionista sono obbligazioni di risultato*, in *Giur. it.*, 2018, p. 330 e ss.; Cass. 14 novembre 2002 n. 16023, in *Rass. forense*, 2003, 399; Trib. Verona 28 maggio 2013, in *Rass. forense*, 2013, 539; R. DANOVI, *Il nuovo codice deontologico forense*, cit., p. 189. In senso decisamente contrario G. CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, cit., p. 49: "In ogni caso è poi è un'obbligazione di mezzi quella del professionista che si obbliga a dare un consiglio o un parere".

⁸³ Cass. 13 settembre 2017 n. 21173, in www.dirittoegiustizia.it; Trib. Pisa 24 marzo 2020, in *De Jure*; A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO – M. FEOLA, *La responsabilità civile. Contratto e torto*, cit., P. 369;

rispondendo anche per colpa lieve allorché ometta di segnalare al cliente, per ignoranza, negligenza o imperizia, tutte le questioni di fatto o di diritto che avrebbero scongiurato l'utile esperimento dell'azione⁸⁴ (come per esempio nel caso di omessa segnalazione del compimento della prescrizione del suo diritto – art. 27, comma 7° del cod. deont. for.). Questa tesi va, però, opportunamente chiarita. Non può essere ammissibile ritenere che l'avvocato sia obbligato ad informare il cliente in termini tali da garantire l'esito della soluzione prospettata, anche se solo con aspettative probabilistiche⁸⁵, salvo il caso in cui abbia assicurato con certezza il buon esito della causa. Non c'è alcuna possibilità di garantire con certezza la vittoria in giudizio perché dipende da attività esterne all'avvocato (ad esempio mutamento dell'orientamento giurisprudenziale, incertezze sull'assunzione probatoria, ecc.)⁸⁶. Il giudizio di responsabilità sulla prestazione dell'avvocato va condotto ovviamente *ex ante* e non *ex post*: ci si deve porre nelle condizioni di conoscenza che l'avvocato aveva o poteva diligentemente avere al momento del conferimento dell'incarico⁸⁷. Del resto, nell'ambito della didattica forense, si insegna ai tirocinanti avvocati che il parere su

G. PASCUZZI, *Giuristi si diventa. Come riconoscere e apprendere le abilità proprie delle professioni legali*, Bologna, 2013, p. 219 e ss.

⁸⁴ Cass. 14 novembre 2002 n. 16023, in *Giust. civ. Mass.* 2002, 1977; Cass. 18 giugno 1996 n. 5617, in *Giur. it.*, 1997, I, 638. M.R. TRAZZI, *Responsabilità dell'avvocato per violazione dell'obbligo di informazione*, cit., p. 51 e ss.; R. MAZZON, *Responsabilità contrattuale e danni risarcibili*, cit., p. 221; P. MORO, *Vir bonus dicendi peritus. L'etica dell'avvocato di valore*, in *Retorica e deontologia forense*, a cura di M. MANZIN e P. MORO, Milano, 2010, pp. 25-26; P. RUSSO, *La responsabilità dell'avvocato*, in *Trattato breve dei nuovi danni*, diretto da P. CENDON, Milanofiori Assago (MI), 2014, II, p. 428; R. FAVALE, *La responsabilità civile del professionista forense*, cit., p. 148; quest'ultimo A., in particolare, riferisce che non sarebbe applicabile l'esimente della colpa lieve concessa dall'art. 2236 c.c., perché la speciale difficoltà della prestazione forense non comprenderebbe l'attività informativa.

⁸⁵ L'avvocato deve esporre un parere che consenta al cliente di prendere una decisione ragionata sulla tutela del proprio diritto. Il cliente può anche decidere di impugnare un provvedimento per cui l'avvocato abbia esposto poche *chance* di vittoria. L'importante è che l'avvocato lo abbia preventivamente reso edotto di queste scarse possibilità di successo. Così M. TICOZZI, *Gli obblighi informativi del professionista sono obbligazioni di risultato*, in *Giur. it.*, 2018, p. 334.

⁸⁶ G. SICCHIERO, *Dalle obbligazioni di mezzi e di risultato alle obbligazioni governabili e non governabili*, nota a Cass. 20 maggio 2015 n. 10289, in *Giur. it.*, 2015, p. 2325: "I giudici ritengono che la resa di un parere sia governabile ma, francamente, è una tesi non condivisibile, posto che nessuno ha realmente il controllo dell'ermeneutica giuridica, come dimostrano i continui contrasti giurisprudenziali della stessa corte di legittimità; senza dimenticare, tra l'altro, che da sempre la giurisprudenza ritiene che l'attività di interpretazione delle norme non sia governabile, mandando esenti avvocati e giudici dalla responsabilità derivante da interpretazioni successivamente in qualche modo smentite".

⁸⁷ "Il dovere di comunicare le informazioni utili a una scelta consapevole del cliente trova un limite nella prevedibilità delle situazioni": M. TICOZZI, *Gli obblighi informativi del professionista sono obbligazioni di risultato*, nota a Cass. 23 marzo n. 2017 n. 7410, in *Giur. it.*, 2018, p. 336.

una determinata fattispecie può condurre a diverse soluzioni, tutte potenzialmente corrette se adeguatamente sostenute da un ragionamento giuridico metodologicamente ben impostato⁸⁸. Infatti, “*il diritto non è tranquillizzante certezza, ma problema, sovente di ardua e (opinabile) soluzione*”⁸⁹.

Il dovere informativo non è limitato dal fatto che, al momento della formulazione del parere, non sia stato ancora stipulato il contratto di patrocinio⁹⁰. Infatti, prima della stipula del contratto, l'avvocato deve uniformarsi al principio di buona fede di cui all'art. 1337 c.c. che governa la responsabilità precontrattuale e che si declina proprio nell'obbligo di informare l'altra parte su tutte le circostanze che possono essere determinanti per il suo consenso⁹¹.

Il dovere informativo non si esaurisce certamente all'atto dell'assunzione dell'incarico, ma accompagna l'avvocato durante tutto lo svolgimento dell'attività di patrocinio⁹², visti i commi 6°, 7° e 8° dell'art. 27: il cliente e la parte assistita devono essere informati sullo svolgimento del mandato e hanno diritto di ricevere la copia di tutti gli atti e documenti riguardanti la difesa, esclusa sola la corrispondenza qualificata come riservata scambiata tra legali ai sensi del 3° comma dell'art. 48 cod. deont. for.. Il difensore deve avvisare i patrocinati sulla necessità di compiere atti necessari per

⁸⁸ P. MORO, *Didattica forense. La formazione retorica dell'avvocato*, Pordenone, 2009, p. 69 e ss.; P. DORIA, *Insegnare ad argomentare. La lezione argomentativa e il metodo casistico*, in *Cultura e diritti*, 2017, 1/S, p. 87.

⁸⁹ C. GRANELLI, *In ricordo di Piero Schlesinger*, in *Jus civile*, 2020, p. 4. Nel senso che il diritto concreto scaturisce dalla crisi provocata dal singolo caso in cui si contrappongono due diverse tesi contrapposte, nell'ambito di una prospettiva processuale del diritto: P. MORO, *Il diritto come processo. Principi, regole e brocardi per la formazione critica del giurista*, Milano, 2012, p. 9 e ss., con particolare riferimento alle pagine 11-15.

⁹⁰ G. CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, cit., p. 90: l'A. sottolinea opportunamente che l'obbligo di informazione si manifesta nella fase precontrattuale, ma può essere oggetto di uno specifico contratto, quando il cliente richieda soltanto un parere o una consulenza in relazione ad una particolare questione. Nello stesso senso: C. LEGA, *La libera professione (art 2229-2238 cod. civ.)*, cit., p. 265. In giurisprudenza si tende comunque a far rientrare quest'attività in ambito contrattuale come obbligo preliminare derivante dalla fonte contrattuale: Cass. 29 marzo 1981 n. 1773, in *Archivio civile*, 1981, 544; Cass. 29 marzo 1976 n. 1132, in *Giur. it.*, 1977, I, 1, 1980. Sul punto vedasi anche R. FAVALE, *La responsabilità civile del professionista forense*, cit., p. 143-144.

⁹¹ M.R. TRAZZI, *Responsabilità dell'avvocato per violazione dell'obbligo di informazione*, cit., p. 49, F. GALGANO, *Diritto privato*, Milano, 2019, p. 368-369.

⁹² M. AZZALINI, *Responsabilità professionale dell'avvocato e risarcimento del danno: riflessioni su un curioso caso d'omessa informazione al cliente*, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, 10, p. 2051; R. FAVALE, *La responsabilità civile del professionista forense*, cit., p. 135 e 138; P. RUSSO, *La responsabilità dell'avvocato*, cit., p. 428.

evitare prescrizioni, decadenze o altri eventi pregiudizievoli⁹³. Infine, più in generale l'avvocato deve informare la parte assistita su quanto appreso legittimamente durante il mandato. Si intendono in questo caso gli eventi rilevanti che incidono sull'oggetto della difesa⁹⁴.

Sembrerebbe che il dovere di informare il cliente e la parte assistita in ordine allo svolgimento del mandato l'obbligo per l'avvocato sia meno stringente, visto l'inciso "ogni qual volta ne venga richiesto" riportato dal 5° comma dell'art. 27. Si potrebbe pensare, dunque, che, una volta assunto l'incarico, l'avvocato debba informare il cliente sullo svolgimento dell'attività professionale solo qualora ne sia espressamente richiesto. Tuttavia, diverse ragioni depongono nel senso che questo affievolimento non sussista. Innanzi tutto, la *ratio* complessiva della norma è quella di assicurare alla parte assistita-cliente il diritto di essere chiaramente informata sulle vicende del processo, dei provvedimenti del giudice e degli atti e documenti scambiate tra le parti⁹⁵. Inoltre, la giurisprudenza disciplinare ritiene correntemente che sussista un vero e proprio dovere di informare il cliente sullo stato della causa come espressione del dovere di diligenza, sanzionando il contegno reticente o omissivo dell'avvocato⁹⁶. Il precetto del 6° comma, poi, va letto anche in combinato disposto con l'8° comma, in base al quale la comunicazione di eventi rilevanti del processo va inoltrata anche a prescindere dall'espressa richiesta del cliente. Quindi, l'avvocato probo e diligente avrà cura di informare il cliente - parte assistita passo a passo sullo svolgimento dell'attività professionale, anche comunicando scrupolosamente i provvedimenti del giudice e gli atti e i documenti riversati nel fascicolo dalla controparte e dal consulente tecnico. Inoltre, senza che sia necessaria un'apposita richiesta del cliente, nel caso in cui il processo presenti evidenti criticità, ad esempio all'esito dell'assunzione dei mezzi istruttori, non vi è dubbio che l'avvocato sia onerato non solo dal dovere di

⁹³ Cass. 20 novembre 2009 n. 24544, in *La resp. civ.*, 2010, 2, p. 151.

⁹⁴ E' certamente responsabile l'avvocato che ometta di informare il cliente della fissazione di un'udienza o della notifica di una sentenza di condanna: Cass. 20 agosto 2015 n. 16991, in *De Jure*.

⁹⁵ R. DANOVI, *Il nuovo codice deontologico forense*, cit., p. 192.

⁹⁶ Consiglio Nazionale Forense 11 giugno 2016 n. 159, in *Codice deontologico forense*, a cura di D. CONDELLO, Milano, 2020, p. 253; Consiglio Nazionale Forense 24 settembre 2015 n. 147, *ivi*; Consiglio Nazionale Forense 13 settembre 2006 n. 62, *ivi*, p. 260.

informazione, ma anche da quello di dissuasione nel procedere con la causa⁹⁷. Il dovere di informazione, infine, può proseguire anche dopo la cessazione dell'incarico, ad esempio nel caso di ultrattività del mandato per mancata sostituzione del difensore che abbia rinunciato all'incarico, visto l'art. 85 c.p.c.⁹⁸

Si è osservato che non è necessario che questa attività informativa si svolga per iscritto, ma può essere data con ogni mezzo (oralmente nel corso di colloqui, per telefono, ecc.), purché in modo chiaro e compiuto⁹⁹. L'assunto va condiviso, tuttavia è altamente raccomandato che l'attività informativa venga svolta prevalentemente per iscritto. Infatti, in caso di contestazione sul rispetto di questo dovere, che incide direttamente sull'adempimento dell'avvocato in relazione alla propria prestazione professionale¹⁰⁰, l'onere della prova ricade sul difensore che dovrà dimostrare di aver puntualmente e compiutamente informato il cliente sullo svolgimento dell'incarico sin dal momento dell'assunzione¹⁰¹.

Pertanto, l'avvocato deve prestare massima attenzione nell'osservare il dovere informativo, la cui violazione incide tanto sul momento genetico dell'assunzione dell'incarico, quanto su quello funzionale dello svolgimento del processo.

§4. – La diligenza dell'avvocato come parametro dell'adempimento tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato.

Il contratto d'opera intellettuale si distingue dal contratto d'opera manuale (art. 2222 c.c.) per il rischio del lavoro, che è regolato in maniera sensibilmente differente nelle due tipologie contrattuali: l'obbligazione del prestatore d'opera manuale è sempre un'obbligazione di risultato, sia che consista nell'esecuzione di un'opera, sia che consista nella prestazione di un servizio; oggetto del contratto non è il lavoro, ma il

⁹⁷ Cass. 20 maggio 2015 n. 10289, in *De Jure.*; Trib. Treviso 12 marzo 2018, con nota di F. VALERINI, *L'obbligo di dissuasione dell'avvocato nei confronti del cliente*, in www.dirittoegiustizia.it.

⁹⁸ Cass. 5 ottobre 2015 n. 19867, in www.dirittoegiustizia.it.

⁹⁹ Consiglio Nazionale Forense 20 maggio 1989 n. 76, in *Rass. forense*, 1990, 237; Consiglio Nazionale Forense 18 luglio 1972, in *Rass. forense*, 1974, 198; R. DANOVÌ, *ul. op. cit.* p. 189.

¹⁰⁰ Il dovere informativo riguarda sia il consenso del cliente allo svolgimento dell'attività difensiva sia la diligenza del professionista.

¹⁰¹ Cass. 30 luglio 2004 n. 14597, in *Giur. it.*, 2005, 1401, con nota di S. PERUGINI, *La diligenza imposta al professionista nell'espletamento del suo incarico e l'obbligo di informazione.*

risultato del lavoro. Al contrario, l'obbligazione del prestatore d'opera intellettuale è un'obbligazione di mezzi: il professionista deve mettere a disposizione del cliente la propria opera con diligenza e perizia, ma non è obbligato a raggiungere il risultato desiderato¹⁰².

La distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato non risulta presente nel nostro codice civile, essendo stata elaborata dalla dottrina che l'ha mutuata dall'ordinamento francese¹⁰³. E' stato opportunamente sottolineato che la distinzione nel nostro ordinamento non rileva ai fini dell'applicazione della disciplina generale delle obbligazioni e della responsabilità contrattuale, ma piuttosto ai fini della identificazione della prestazione dovuta. La distinzione non comporta che il debitore nell'obbligazione di risultato sia tenuto ad assicurare il risultato stesso nell'ambito di una responsabilità oggettiva. Anche nelle obbligazioni di risultato il debitore può liberarsi da responsabilità se prova l'impossibilità della prestazione non prevedibile né superabile con la normale diligenza; infatti, la disciplina dell'onere della prova di cui all'art. 1218 c.c. non distingue tra obbligazioni di mezzi e di risultato¹⁰⁴. Non è posta in discussione l'unità del concetto di obbligazione, nel senso che tutte le obbligazioni hanno come scopo l'utilità per il creditore ai sensi dell'art. 1174 c.c.¹⁰⁵. Pertanto, la

¹⁰² L. MENGONI, *Obbligazioni di "risultato" e obbligazioni di "mezzi". Studio critico*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, 189; F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, cit., II, p. 759; L. DELLI PRISCOLI, *Diligenza, perizia e onere della prova*, in *Diritto e formazione*, 2010, 3, 379; M. TICOZZI, *Gli obblighi informativi del professionista sono obbligazioni di risultato*, nota a Cass. 23 marzo 2017 n. 7410, in *Giur. It.*, 2018, p. 336; A. GABRIELLI, *La r.c. del professionista: generalità*, in *La responsabilità civile* a cura di P. CENDON, Torino, 1998, VI, p. 261-262.

¹⁰³ C.M. BIANCA, *Diritto civile, 4, L'obbligazione*, Milano, 1990, p. 71 e ss.; *id.*, *Diritto civile, 5, La responsabilità*, Milano, 2012, p. 32; M. TICOZZI, *Gli obblighi informativi del professionista sono obbligazioni di risultato*, nota a Cass. 23 marzo n. 2017 n. 7410, in *Giur. It.*, 2018, p. 332; S. PERUGINI, *La diligenza imposta al professionista nell'espletamento del suo incarico e l'obbligo di informazione*, nota a Cass. 30 luglio 2004 n. 14597, in *Giur. it.*, 2005, 1403. Per gli autori francesi: R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, V, Parigi, 1925, 1273; H. MAZEAUD, *Essai de classification des obligations*, in *Riv. trim. dr. civ.*, 1936; H. e L. MAZEAUD, *Traité théor. et prat. de la responsabilité civile*, I, Parigi, 1947. L'istituto viene fatto risalire alla pandettistica tedesca.

¹⁰⁴ M. TESCARO, *Unitarietà e centralità del contratto d'opera nel panorama dei contratti di servizi*, Milano, 2017, p. 277.

¹⁰⁵ L. MENGONI, *Obbligazioni di "risultato" e obbligazioni di "mezzi". Studio critico*, cit., p. 188; A. DI MAJO, *Le obbligazioni nel pensiero di Luigi Mengoni*, in *Europa dir. priv.*, 2012, p. 119, 5 e ss; G. CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, cit., p. 47; V. DE LORENZI, *Diligenza, obbligazioni di mezzi e di risultato*, in *Contratto e impresa*, 2016, 6, p. 460 e 469.

distinzione riguarda la prestazione dedotta, piuttosto che il rapporto obbligatorio¹⁰⁶. In dottrina, comunque, la distinzione tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi è controversa, tra chi la ritiene utile quanto meno a fini descrittivi¹⁰⁷ e chi la avversa decisamente¹⁰⁸. La giurisprudenza, almeno in ambito di responsabilità professionale dell'avvocato, ritiene che la prestazione richiesta al legale riguardi un'obbligazione di mezzi¹⁰⁹: il professionista deve mettere a disposizione del cliente la propria opera con diligenza e perizia, ma non è obbligato a raggiungere il risultato desiderato¹¹⁰.

¹⁰⁶ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, Milano, 1990, p. 71 e ss.; *id.*, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, Milano, 2012, p. 32; E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1953, I, p. 128 e ss.; M. GIORGIANNI, *L'inadempimento*, Milano, 1975, p. 227; F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, III, 1959, p. 58-59.

¹⁰⁷ L. MENGONI, *Obbligazioni di "risultato" e obbligazioni di "mezzi"*. *Studio critico*, cit., p. 185 e ss., in particolare p. 306; F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, cit., II, p. 759; M. FRANZONI, *Dalla colpa grave alla responsabilità professionale*, cit., p. 86; A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2009, p. 643; A. TORRENTE – P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2013, p. 372-373; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2015, p. 638; G. D'AMICO, *La responsabilità ex recepto e la distinzione tra obbligazioni di "mezzi" e di "risultato"*, Napoli, 1999, p. 162; V. DE LORENZI, *Diligenza, obbligazioni di mezzi e di risultato*, cit., p. 475, 518-519; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, cit., p. 72; *id.*, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, cit., p. 33; E. CARBONE, *Sviluppi in tema di onere probatorio*, in *Giur. it.*, 2018, p. 2559; R. PLENTEDA, *La responsabilità dell'avvocato*, cit., p. 6; R. FAVALE, *La responsabilità civile del professionista forense*, cit., p. 28 e 29 e 100 e ss.: questo A. accetta la distinzione, quanto meno a fini descrittivi, ma poi evidenzia le varie critiche sia dottrinali che giurisprudenziali.

¹⁰⁸ C. CASTRONOVO, *Profili della responsabilità medica*, in *Vita not.*, 1997, p. 1222 e ss.; L. NIVARRA, *La responsabilità civile dei professionisti (medici, avvocati, notai): il punto sulla giurisprudenza*, in *Eur. dir. priv.*, 2000, p. 518; E. QUADRI, *La responsabilità medica tra obbligazioni di mezzi e di risultato*, in *Danno e resp.*, 1999, p. 1171; A. NICOLUSSI, *Il commiato della giurisprudenza dalla distinzione tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, in *Eur. dir. priv.*, 2006, p. 823; S. RODOTA' voce *Diligenza: c) Diritto civile*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 543; G. CERDONIO CHIARAMONTE, *L'obbligazione del professionista intellettuale tra regole deontologiche, negoziali e legali*, cit., p. 70, 77 e 120; A. PERULLI, *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera e professioni intellettuali*, cit., p. 449. Per quest'ultimo A. "oggetto del contratto d'opera intellettuale è sempre un risultato descrivibile in termini di opera o servizio".

¹⁰⁹ Cass. 22 marzo 2017 n. 7309, in *Guida al diritto*, 2017, 29, 67; Cass. 14 febbraio 2017 n. 3765, in *De Jure*; Cass. 20 maggio 2015 n. 10289, in *Giur. it.*, 2015, 2321, con nota di G. SICCHIERO, *Dalle obbligazioni di mezzi e di risultato alle obbligazioni governabili e non governabili* e in *Guida al diritto* 2015, 24, 31; Cass. 5 agosto 2013 n. 18612, in *Giust. civ. Mass.*, 2013; Cass. 18 aprile 2011 n. 8863, in *De Jure*; Trib. Reggio Calabria, in *Giur. merito* 2012, 2, 361; Trib. Modena 21 febbraio 2011 n. 242, in *De Jure*. E' pur vero che, soprattutto in ambito medico, invece, la distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato anche in giurisprudenza è risultata superata: Cass. s.u. 28 luglio 2005 n. 15781, in *Europa dir. priv.* 2006, p. 797, con nota di A. NICOLUSSI, *Il commiato della giurisprudenza dalla distinzione tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*; Cass. s.u. 11 gennaio 2008 n. 577, in *Danno e resp.* 2008, p. 788. Questo arresto è dovuto alla precedente pronuncia della S.C. a sez. unite n. 13533 del 2001 in base alla quale il creditore deve solo allegare e non provare l'inadempimento.

¹¹⁰ Cass. 8 settembre 2015 n. 17758, in www.dirittoegiustizia.it, con nota di A. PAGANINI, *La negligenza dell'avvocato scatta se il professionista non ha svolto tutte le attività astrattamente esigibili per la tutela del cliente*; Cass. 29 settembre 2009 n. 20828, in *De Jure*; Cass. 27 maggio 2009 n. 12354, in *De Jure*;

Ritengo che la distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato nei termini sopradescritti vada condivisa. La distinzione, infatti, mantiene tutta la sua validità ed attualità nella descrizione dell'attività oggetto della prestazione in determinate obbligazioni di fare. Infatti, in un'obbligazione di fare il debitore può promettere un risultato concreto; ma, soprattutto quando il risultato finale dipenda da circostanze esterne, il debitore può promettere solo un comportamento, una determinata (diligente) attività volta a conseguire il risultato, ma senza che questo sia oggetto di uno specifico impegno contrattuale¹¹¹.

Una volta accettata la tesi che l'obbligazione dell'avvocato riguarda l'attività diligente che deve essere oggetto della propria prestazione, il parametro dell'adempimento è costituito dalla diligenza professionale¹¹². Infatti, la diligenza dell'avvocato costituisce il canone di valutazione dell'inadempimento: trattandosi di obbligazione

Cass. 27 marzo 2006 n. 6967, in *Giust. civ.*, 2006, 10, I, 2036; C. Cass. sez. un. 28 luglio 2005 n. 15781, in *Giust. civ. Mass.* 2005, 6; Cass. 28 ottobre 2004 n. 20869, in *Giust. civ. Mass.* 2004, 10; Cass. 26 febbraio 2002 n. 2836, in *Resp. civ. e prev.*, 2002, 1373, con nota G. FACCI, *L'errore dell'avvocato, l'appello tardivo e la chance di vincere il processo*; Cass. 8 agosto 2000 n. 10431, in *Giust. civ. Mass.*, 2000, 1742; L. SCALIA – F. CENTOFANTI, in *L'avvocato e le sue quattro responsabilità*, cit., p. 242-244; S.T. MASUCCI, *La r.c. dell'avvocato*, cit., p. 492; G. CASSANO, *Trattato della responsabilità civile*, cit., p. 99; P. RUSSO, *La responsabilità dell'avvocato*, cit., p. 428; M. TESCARO, *Unitarietà e centralità del contratto d'opera nel panorama dei contratti di servizi*, cit., p. 259; F. BARTOLINI, *La responsabilità dell'avvocato*, cit., p. 46; A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO – M. FEOLA, *La responsabilità civile. Contratto e torto*, cit., p. 353; R. FAVALE, *La responsabilità civile del professionista forense*, cit.: questo A. specifica che l'obbligazione professionale sia di risultato, ma non nel senso di quello "sperato" dal cliente, ma di quello "promesso" dall'avvocato nell'ambito della preliminare attività informativa (p. 127). Quindi, Favale mette in guardia l'avvocato che prometta il buon esito della causa, correndo il rischio di trasformare la prestazione professionale in promessa del fatto del terzo di cui all'art. 1381 c.c. (p. 129). L'A., poi, però, richiama la giurisprudenza che continua a ritenere non vincolato l'avvocato al risultato voluto dal cliente (p. 187).

¹¹¹ V. DE LORENZI, *Diligenza, obbligazioni di mezzi e di risultato*, cit., p. 485 e ss.; l'A. richiama la teoria economica di origine anglo-sassone per spiegare il concetto già proposto da Mengoni. Nello stesso senso G. CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, cit., p. 47-48. Poi praticamente tutti gli autori che si occupano di responsabilità professionale forense giungono a richiamare questa distinzione: *ex multis*, M. FRANZONI, *Dalla colpa grave alla responsabilità professionale*, cit., p. 86; *id.*, *L'illecito*, cit., p. 256; R. MAZZON, *Responsabilità contrattuale e danni*, cit., p. 208; G. SICCHIERO, *Dalle obbligazioni di mezzi e di risultato alle obbligazioni governabili e non governabili*, nota a Cass. 20 maggio 2015 n. 10289, in *Giur. it.*, 2015, p. 2322. Quest'ultimo A., in particolare, distingue tra obbligazioni del professionista che siano sotto il suo controllo, ed altre che dipenderebbero tra fattori esterni alla sua attività, come ad esempio l'esito del processo. Le prime sarebbero obbligazioni governabili (di risultato), le seconde non governabili (di mezzi). In ogni obbligazione professionale bisogna valutare "la misura di governabilità della prestazione dedotta per stabilire se l'adempimento consista nel realizzare il risultato voluto dal creditore o nel prestare l'attività diligente richiesta dal tipo di prestazione".

¹¹² A. PERULLI, *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera e professioni intellettuali*, cit., p. 565. Peraltro, il dovere di diligenza è previsto espressamente anche dal codice deontologico (artt. 12, 14 e 16) e dalla legge professionale (art. 3).

ordinariamente di mezzi, l'inadempimento del professionista non può essere desunto dal mancato raggiungimento del risultato utile del cliente, ma deve essere valutato alla stregua dei doveri inerenti allo svolgimento dell'attività professionale, con particolare riguardo al dovere di diligenza¹¹³. Il criterio della diligenza discende dall'art. 1176 c.c.; secondo un'autorevole opinione dottrinale, la diligenza si distingue in senso proprio, facendo riferimento al 1° comma dell'art. 1176 c.c., e deve essere intesa come cura e sollecitudine nell'adempimento di tutte le obbligazioni. Oppure può essere intesa in senso improprio e significa la perizia nell'esecuzione "esperta" della prestazione¹¹⁴. Questa tesi non è universalmente condivisa, perché per altri autori la nozione di diligenza rimane unica, anche se la perizia rappresenterebbe la caratteristica che contraddistingue le attività professionali¹¹⁵. La giurisprudenza segue la teoria unitaria della diligenza che comprende in sé anche la perizia, intesa come conoscenza delle regole tecniche di una determinata arte o professione¹¹⁶. La diligenza viene correntemente definita come l'impiego adeguato delle energie e dei mezzi utili al soddisfacimento del creditore, mentre la perizia rappresenta l'impiego delle adeguate nozioni tecniche (perizia oggettiva) da parte di chi sia dotato di idonea abilità (perizia soggettiva)¹¹⁷.

¹¹³ Cass. 11 agosto 2005 n. 16846 in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 9; Cass. 8 agosto 2000 n. 10431, in *Giust. civ. Mass.*, 2000, 1742; Cass. 14 agosto 1997 n. 7618, in *De Jure*; L. DELLI PRISCOLI, *Diligenza, perizia e onere della prova*, in *Diritto e formazione*, 2010, 3, 379; M. FRANZONI, *L'illecito*, cit., p. 256; A. e S. BALDASSARRI, *La responsabilità civile del professionista*, cit., p. 564 e 573; R. PLENTEDA, *La responsabilità dell'avvocato*, cit., p. 7.

¹¹⁴ L. MENGONI, *Obbligazioni di "risultato" e obbligazioni di "mezzi"*. *Studio critico*, cit., p. 194 e ss.; V. DE LORENZI, *Diligenza, obbligazioni di mezzi e di risultato*, cit., p. 468-469; R. FAVALE, *La responsabilità civile del professionista forense*, cit., p. 116-117; .

¹¹⁵ C.M. BIANCA, *Diritto civile, 4, L'obbligazione*, cit., p. 74 e 91; Bianca, pur aderendo alla teoria dell'unitarietà della nozione di diligenza, poi la distingue in cura, cautela, perizia e legalità. Nello stesso senso M. GIORGIANNI, *L'inadempimento*, Milano, 1975, p. 272; G. CERDONIO CHIARAMONTE, *L'obbligazione del professionista intellettuale tra regole deontologiche, negoziali e legali*, cit., p. 107; A. PERULLI, *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera e professioni intellettuali*, cit., p. 585; G. CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, cit., p. 53: "Sembra evidente che la diligenza del 2° comma dell'art. 1176 cod. civ. non possa essere qualche cosa di completamente diverso da quella del 1° comma: in realtà la norma del 2° non è che un'applicazione particolare della regola generale enunciata nel 1°".

¹¹⁶ Cass. 19 maggio 1999 n. 4852, in *Foro it.*, 1999, I, 2874; Cass. 3 marzo 1995 n. 2466, in *Giust. civ. Mass.*, 1995, 514.

¹¹⁷ C.M. BIANCA, *Diritto civile, 4, L'obbligazione*, cit., p. 90 e 94; R. FAVALE, *La responsabilità civile del professionista forense*, cit., p. 122-124.

Normalmente l'avvocato deve adempiere il proprio mandato professionale con la diligenza qualificata di cui al 2° comma dell'art. 1176 c.c.; la diligenza che il legale deve impiegare nello svolgimento della prestazione forense è quella del professionista esercente la sua attività con media preparazione (*homo eiusdem professionis et conditionis*)¹¹⁸. Non può essere condivisa la tesi più rigorosa che collega la diligenza a quella superiore alla media¹¹⁹, salvo che si intenda ovviamente quella del comune padre di famiglia non qualificato per svolgere una prestazione professionale, e sempre che non si verta su un'attività specialistica¹²⁰.

Pertanto, dal momento che il mancato raggiungimento del risultato rappresentato dal buon esito della causa non comporta *in re ipsa* responsabilità professionale¹²¹, bisogna valutare se nel caso concreto sussista la violazione dell'obbligo di eseguire la prestazione con adeguata diligenza. Il concetto di diligenza è intimamente connesso a quello di colpa, che ne costituisce la negazione (negligenza)¹²². Nelle obbligazioni di comportamento l'inadempimento va commisurato alla diligenza impiegata dal debitore. Pertanto, nelle obbligazioni di comportamento c'è inadempimento quando sussiste la colpa¹²³.

¹¹⁸ Cass. 22 marzo 2017 n. 7309, in *Guida al diritto*, 2017, 29, 67; C. Cass. 16 febbraio 2016 n. 2954, con nota di R. VILLANI, in *De Jure*; C. Cass. 22 maggio n. 10527, in *De Jure*; C. Cass. 22 maggio 2015 n. 10526, con nota di A. GRECO, *La responsabilità dell'avvocato va provata in concreto*, in *Diritto & Giustizia*, 2015, 21, 96; D. MEZZACAPO, *Il contratto d'opera e il contratto d'opera intellettuale*, cit., p. 120; R. FAVALE, *La responsabilità civile del professionista forense*, cit., p. 116-117; L. DELLI PRISCOLI, *Diligenza, perizia e onere della prova*, in *Diritto e formazione*, 2010, 3, 378; F. BARTOLINI, *La responsabilità dell'avvocato*, cit., p. 60; M. FRANZONI, *Dalla colpa grave alla responsabilità professionale*, cit., p. 86; *id.*, *L'illecito*, cit., p. 256; R. MAZZON, *Responsabilità contrattuale e danni*, cit., p. 208; A. PERULLI, *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera e professioni intellettuali*, cit., p. 580-581. Non è stata recepita in ambito forense la definizione spesso utilizzata in campo medico di diligenza intesa come "scrupolosa attenzione e adeguata preparazione professionale" che sembrerebbe accedere a un concetto più rigoroso di quello medio: Cass. pen. 28 giugno 2012 n. 37346, in www.dirittoegiustizia.it; Cass. 13 gennaio 2005 n. 583, in *Giust. civ.*, 2006, I, 2186; Cass. 12 agosto 1995 n. 8845, in *De Jure*; Cass. 8 marzo 1979 n. 1441, in *Giust. civ. Mass.*, 1978, fasc. 3.

¹¹⁹ Cass. 15 dicembre 1972 n. 3616, in *Foro. it.*, 1973, I, 1464.

¹²⁰ C. LEGA, *La libera professione (art. 2229-2238 cod. civ.)*, cit., p. 341 e 351; G. CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, cit., p. 64; A. PERULLI, *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera e professioni intellettuali*, cit., p. 592.

¹²¹ A. PERULLI, *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera e professioni intellettuali*, cit., p. 578-579; M. FRANZONI, *L'illecito*, cit., p. 256.

¹²² G. CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, cit., p. 51; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 5, *L'obbligazione*, cit., p. 24; A. PERULLI, *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera e professioni intellettuali*, cit., p. 588.

¹²³ G. CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, cit., p. 51.

Il concetto di colpa è unitario sia in ambito contrattuale che extracontrattuale, anche se sotto il profilo probatorio l'elemento soggettivo nel primo caso è presunto, mentre nel secondo deve essere provato dal danneggiato¹²⁴. La colpa consiste sempre nella violazione di regole di condotta¹²⁵ che si riassumono nella distinzione di cui all'art. 43 c.p. applicabile anche alla responsabilità civile¹²⁶: la colpa sussiste in caso di negligenza, imprudenza o imperizia o in caso di inosservanza normativa (leggi, regolamenti, ordini o discipline)¹²⁷.

Quindi, ai fini dell'inadempimento occorre valutare se l'attività svolta dal patrono presenti i profili della colpa professionale. L'accertamento della colpa va eseguito confrontando la condotta effettiva tenuta dal debitore con quella che avrebbe tenuto il professionista di media preparazione¹²⁸.

Per alcuni autori la colpa andrebbe distinta dall'errore professionale, che pur rappresentando una condotta tecnicamente errata sarebbe caratterizzato dall'assenza di colpa¹²⁹. Personalmente ritengo questa distinzione inutile sul piano pratico, perché

¹²⁴ Per gli assertori della teoria oggettivistica della responsabilità l'elemento soggettivo della colpa non rappresenta un elemento fondamentale dell'inadempimento contrattuale e può anche non sussistere, non essendo ammesso nella generalità dei casi che il debitore possa liberarsi da responsabilità provando l'assenza di colpa, salva l'impossibilità oggettiva non imputabile, visto l'art. 1218 c.c.: così F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, cit., II, p. 63-65 e III, p. 321. Per i sostenitori della teoria soggettivistica della responsabilità invece, la colpa è elemento costitutivo anche della responsabilità contrattuale e si presume, salva la prova dell'impossibilità oggettiva non prevedibile e imputabile: così C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, cit., p. 23 e ss. e p. 583. La giurisprudenza abbraccia prevalentemente la tesi soggettivistica, presumendo la colpa del debitore: Cass. 26 agosto 2002 n. 12477, in *Mass. Foro it.*, 2002; Cass. 5 agosto 2002 n. 11717, in *De Jure*; Cass. 15 giugno 1988 n. 4088, in *Giust. civ.*, 1989, I, 111; Cass. 22 gennaio 1986 n. 394, in *Mass. Foro. It.*

¹²⁵ La colpa è così contraddistinta in senso oggettivo. Per la teoria soggettiva, invece, la colpa intesa come elemento soggettivo dell'illecito si espliciterebbe in un giudizio di condanna morale. Sul punto: C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, cit., p. 577-578; G. CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, cit., p. 73; A. GABRIELLI, *La r.c. del professionista: generalità*, in *La responsabilità civile* a cura di P. CENDON, Torino, 1998, VI, p. 274-275.

¹²⁶ G. CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, cit., p. 53; R. MAZZON, *Responsabilità contrattuale e danni*, cit., p. 196; M. FRANZONI, *L'illecito*, cit., p. 187-188. Quest'ultimo A. sottolinea che la colpa va inteso in senso unitario, anche se ovviamente si applica in due sistemi differenti per struttura e funzione. In giurisprudenza, per l'unitarietà: Cass. sez. lav. 25 giugno 1994 n. 6125, in *Riv. it. dir. lav.*, 1995, II, p. 837, con nota di L. ANGELINI, *Sugli effetti preclusivi del giudicato penale di assoluzione nell'azione civile di responsabilità contro il presidente di una spa per infortunio sul lavoro*.

¹²⁷ A. PERULLI, *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera e professioni intellettuali*, cit., p. 590-591.

¹²⁸ G. CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, cit., p. 54-55.

¹²⁹ R. FAVALE, *La responsabilità civile del professionista forense*, cit., p. 174 e ss..

in ambito della responsabilità civile del professionista ciò che conta è sempre la colpa professionale che è caratterizzata da un errore colposo nella esecuzione dell'attività¹³⁰. Infatti, il fondamento della responsabilità colposa del professionista è rappresentato dalla disciplina dell'art. 2236 c.c. che introduce un'esimente basata sulla graduazione della colpa¹³¹.

L'art. 2236 c.c. prescrive che, se la prestazione implica problemi tecnici di speciale difficoltà¹³², il prestatore d'opera non risponde dei danni se non in caso di dolo o di colpa grave; in sostanza, il professionista intellettuale, oltre a non essere vincolato al raggiungimento di un risultato, non risponde ordinariamente per colpa lieve nell'esecuzione della propria prestazione se presenta profili di speciale difficoltà. L'art. 2236 c.c. va ricordato all'art. 1176, 2° comma, c.c.: si tratta di un rapporto di integrazione per complementarietà e non per specialità¹³³: normalmente il professionista intellettuale deve impiegare la diligenza qualificata di cui al 2° comma dell'art. 1176 c.c., ma in caso di problemi tecnici di speciale difficoltà risponde solo per colpa grave o dolo.

L'esonero da responsabilità per colpa lieve, peraltro, viene ammesso solo in caso di imperizia¹³⁴ del professionista (per errore dovuto a imperfetta conoscenza tecnica), ma non in caso di negligenza¹³⁵ (l'errore dovuto a trascuratezza – ad esempio l'avvocato che omette l'esecuzione di accertamenti fondamentali prima di una causa,

¹³⁰ G. CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, cit., p. 66-67.

¹³¹ M. FRANZONI, *L'illecito*, cit., p. 202 e ss., id., *Dalla colpa grave alla responsabilità professionale*, cit., p. 10 e ss.; G. CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, cit., p. 68.

¹³² I problemi tecnici in ambito forense si rinvengono nelle questioni controverse in dottrina o in giurisprudenza: A. GABRIELLI, *La r.c. del professionista: generalità*, cit., p. 296.

¹³³ Cass. 15 gennaio 2001 n. 499, con nota di A. SPINELLI FRANCALANCI, *La responsabilità contrattuale dell'avvocato: la diligenza imposta al professionista nell'espletamento del suo incarico. Rapporto tra gli artt. 1176 e 2236 c.c.*, in *Giur. it.*, 2003, p. 450 e ss.; L. SCALIA – F. CENTOFANTI, in *L'avvocato e le sue quattro responsabilità*, cit., p. 245; R. MAZZON, *Responsabilità contrattuale e danni risarcibili*, cit., p. 201; E. CARBONE, *La responsabilità civile del patrono di causa persa*, nota a C. Cass. 2 luglio 2010 n. 15717, in *Giur. it.*, 2010, p. 2257.

¹³⁴ L'imperizia è l'inosservanza delle regole tecniche proprie di una determinata professione. Sul punto: M. FRANZONI, *Dalla colpa grave alla responsabilità professionale*, cit., p. 14; C.M. BIANCA, *Diritto civile, 5, La responsabilità*, cit., pag. 581; A. e S. BALDASSARRI, *La responsabilità civile del professionista*, cit., pag. 618; R. MAZZON, *Responsabilità contrattuale e danni risarcibili*, cit., p. 200.

¹³⁵ La negligenza o incuria consiste nel difetto di attenzione volta alla salvaguardia altrui – C.M. BIANCA, *Diritto civile, 5, La responsabilità*, *ibidem*.

come l'estrazione di una visura camerale o ipo-catastale) o imprudenza¹³⁶ (l'errore dovuto ad avventatezza: ad esempio l'avvocato che si avventura in una causa per cui non ha alcuna competenza); in caso di negligenza o imprudenza, l'avvocato risponde per colpa lieve anche quando la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà¹³⁷.

Molto incerto è il confine tra la colpa grave e la colpa lieve. Tutte le distinzioni proposte lasciano sempre un ampio margine di incertezza. Si è detto che la colpa lieve consisterebbe nella violazione dell'ordinaria diligenza, mentre quella grave consisterebbe nella violazione della diligenza minima¹³⁸. La colpa grave talvolta viene definita come errore grossolano¹³⁹ o inescusabile, o come espressione di palese insipienza o ignoranza degli obblighi professionali¹⁴⁰, o nella totale difformità del metodo o della tecnica praticata rispetto a quelle regole che si possono comunemente considerare acquisite alla scienza e alla pratica¹⁴¹. Nella sostanza, quando si definisce la colpa grave come errore grossolano o inescusabile nell'esecuzione della prestazione professionale, si rimane sempre nel vago e non si individua con precisione il confine tra la possibilità di ricorrere all'esimente e la sua esclusione. Pertanto, sul punto è condivisibile l'opinione di chi sostiene che il confine vada individuato nel caso concreto ricorrendo alla discrezionalità consentita dal principio del libero convincimento del giudice che si desume dal 1° comma dell'art. 116 c.p.c.¹⁴²; il giudice

¹³⁶ L'imprudenza consiste nel difetto delle misure di cautela idonee a prevenire il danno; l'inidoneità delle cautele va giudicata secondo regole di esperienza, secondo regole professionali o anche secondo norme di legge, C.M. BIANCA, *Diritto civile, 5, La responsabilità*, cit., *ibidem*.

¹³⁷ Cass. 21 giugno 2004 n. 11488, in *Giur. it.*, 2005, 1413, con nota di S. PERUGINI, *La fattispecie prevista dall'art. 2236 c.c. e la ripartizione dell'onere della prova*; Cass. 8 luglio 1994 n. 6464, in *Mass. Foro It.*, 1994; Corte Cost. 28 novembre 1973 n. 166, in *Foro it.*, 1974, I, 19. Si è giustamente osservato che in realtà l'art. 2236 c.c. non limita la scriminante alla sola imperizia. E' il concetto stesso di problemi tecnici di speciale difficoltà che richiede che la prestazione sia conforme a determinate regole tecniche e scientifiche, limitando l'esimente al solo caso di imperizia oggettiva. Così: G. CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, cit., p. 74. Nel senso del testo: E. CARBONE, *La responsabilità civile del patrono di causa persa*, cit., p. 2527; M. GIORGIANNI, *L'inadempimento*, Milano, 1975, p. 272; D. MEZZACAPO, *Il contratto d'opera e il contratto d'opera intellettuale*, cit., p. 121; A. GABRIELLI, *La r.c. del professionista: generalità*, cit., p. 291.

¹³⁸ C.M. BIANCA, *Diritto civile, 5, La responsabilità*, cit., pag. 581.

¹³⁹ C. App. Roma 6 settembre 1983, in *Resp. civ. prev.*, 1984, 89.

¹⁴⁰ Trib. Roma 28 marzo 1978, in *Giur. merito*, 1980, I, 326. Si parla in questo caso di mancanza di sufficienti cognizioni tecniche

¹⁴¹ Cass. 13 ottobre 1972 n. 3044, in *Foro it.*, 1973, I, 1170

¹⁴² G. CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, cit., p. 70.

dovrà sempre attenersi ovviamente ai principi generali dell'ordinamento e alle regole di buona pratica della professione, valutando come criterio di preferenza il contegno assunto dal professionista sotto l'aspetto della diligenza: se l'avvocato, affrontando una questione di particolare complessità, presti la propria attività con la adeguata attenzione e cautela, la responsabilità potrà essere valutata con minor rigore laddove l'errore sia trascurabile, anche se in parte prevedibile¹⁴³.

Naturalmente, perché possa essere invocata l'esimente di cui all'art. 2236 c.c., non basta la colpa lieve, ma occorre anche che la prestazione dedotta nel contratto di patrocinio presenti problemi tecnici di speciale difficoltà¹⁴⁴. Bisogna, quindi, che l'avvocato debba affrontare una questione di particolare complessità.

Pertanto, l'imperizia per cui sussiste l'attenuazione di responsabilità *ex art.* 2236 c.c. si identifica sostanzialmente nell'errore nella risoluzione di problemi tecnici che trascendano la preparazione media dell'avvocato qualificato o che siano oggetto di una *vexata quaestio* giurisprudenziale¹⁴⁵. Si deve trattare di questioni opinabili relative all'interpretazione della legge o del fatto oggetto del giudizio¹⁴⁶.

Va sottolineato che l'esimente di cui all'art. 2236 c.c. si applica anche quando la responsabilità professionale sia di origine extracontrattuale¹⁴⁷.

¹⁴³ Si pensi al caso dell'avvocato che prospetti al cliente la difficoltà di accoglimento della sua tesi e poi la sostenga correttamente, non ottenendo il risultato voluto. In questa ipotesi, o la responsabilità manca del tutto, oppure è scrinata dalla colpa lieve.

¹⁴⁴ L'onere della prova della sussistenza dei problemi tecnici di speciale difficoltà per poter godere dell'esimente incombe sull'avvocato: Cass. 23 aprile 2002 n. 5928, in *Danno e resp.*, 2003, 68, con nota di A. BONETTA, *Per la serie "anche gli avvocati piangono": il procuratore risponde della nullità dell'atto di citazione*; A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO – M. FEOLA, *La responsabilità civile. Contratto e torto*, cit., p. 354.

¹⁴⁵ G. CASSANO, *Trattato di diritto civile*, cit., p. 100; G. CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, cit., p. 75; F. BARTOLINI, *La responsabilità dell'avvocato*, cit., p. 66-67; CARBONE, *La responsabilità civile del patrono di causa persa*, cit., p. 2527.

¹⁴⁶ Cass. 11 agosto 2005 n. 16846, in *Rassegna forense*, 2006, 1, p. 447; Trib. Bari 17 maggio 2010, in *De Jure*; M. FRANZONI, *Dalla colpa grave alla responsabilità professionale*, cit., p. 89; A. PERULLI, *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera e professioni intellettuali*, cit., p. 591. Per altro Autore si tratterebbe di "errori di portata ridotta che si possano ragionevolmente giustificare nella complessità del caso di specie", con riferimento all'avvocato che debba preparare un ricorso per cassazione il giorno prima della scadenza. Così: G. SICCHIERO, *Come si valuta il merito della diligenza professionale?* in *Giur. it.*, 2016, p. 342.

¹⁴⁷ Cass. 20 novembre 1998 n. 11743, in *Mass. Foro it.*, 1998; Cass. 26 marzo 1990 n. 2428, in *Giur. it.*, 1991, I, 1, 600, con nota di D. CARUSI, *Responsabilità del medico, prestazione professionale di speciale difficoltà e danno alla persona*; Cass. 7 agosto 1982 n. 4437, in *Resp. civ.*, 1984, p. 78. M. FRANZONI, *Dalla colpa grave alla responsabilità professionale*, cit., p. 13; G. CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, cit., p. 81.

In ambito forense la riflessione sulla diligenza professionale, che costituisce il parametro per valutare la correttezza della prestazione, merita un ulteriore approfondimento.

L'avvocato non va esente da responsabilità se, pur comportandosi secondo i canoni della media diligenza professionale, si avventuri in questioni giuridiche per cui non abbia adeguata preparazione. Il dovere di diligenza di cui all'art. 12 del cod. deont. forense deve associarsi al dovere di competenza di cui all'art. 14 cod. deont. for.: l'avvocato non deve assumere incarichi che non sia in grado di svolgere con adeguata capacità professionale¹⁴⁸. Se l'incarico professionale richiede competenze diverse da quelle possedute dal legale, questi dovrà invitare il cliente a integrare l'assistenza con altro collega adeguatamente preparato, visto il 2° comma dell'art. 26 cod. deont. for.¹⁴⁹.

Infine, bisogna tener presente che per alcune attività materiali, come il compimento di atti processuali, le notifiche e le iscrizioni a ruolo, sostanzialmente riconducibili alla vecchia funzione procuratoria¹⁵⁰, l'obbligazione dell'avvocato è di risultato e non di mezzi, per cui ci si libera da responsabilità solo per impossibilità oggettiva non imputabile ai sensi dell'art. 1218 c.c.¹⁵¹

¹⁴⁸ R. DANOVI, *Il nuovo codice deontologico forense*, Milano, 2014, p. 126; A. PERULLI, *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera e professioni intellettuali*, cit., p. 588.

¹⁴⁹ R. DANOVI, op. ult. cit., p. 182. La disposizione si allaccia alla specializzazione professionale disciplinata dall'art. 9 L.P., ancora in corso di attuazione. Nello stesso senso: A. PERULLI, op. ult. cit., *ibidem*.

¹⁵⁰ Il patrono distingue in sé la funzione di procuratore correlata al ministero del difensore e quella di assistenza riguardante l'attività vera e propria di avvocato. La prima riguarda la rappresentanza in giudizio e il compimento delle attività materiali della difesa (depositi, notifiche, richiesta di copie ecc.), mentre la seconda concerne l'attività difensiva riguardante la stesura degli atti e la tecnica dell'argomentazione. Detta distinzione dal punto di vista formale è stata abrogata dalla legge 24 febbraio 1997 n. 27 che ha soppresso l'albo dei procuratori legali unificandolo con quello degli avvocati. Sul punto vedasi C. MANDRIOLI – A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, cit., I, p. 357 e ss., A. e S. BALDASSARRI, *La responsabilità civile del professionista*, cit., pag. 561; S.T. MASUCCI, *La r.c. dell'avvocato*, cit., p. 480. Qualcuno per distinguere le due funzioni ricorre al criterio tra attività rituali e attività discrezionali: R. PLENTEDA, *La responsabilità dell'avvocato*, cit., p. 17. La distinzione era a propria volta associata ai compensi professionali che si dividevano in diritti, attinenti alla funzione procuratoria, e in onorari, riguardanti l'attività difensiva. Il sistema dei diritti e degli onorari è stato soppresso a propria volta dall'art. 9 della legge 24 marzo 2012 n. 27, e ora è vigente il sistema dei parametri con le fasi introdotto dal d.m. 10 marzo 2014 n. 55, così come integrato e modificato dal d.m. 8 marzo 2018 n. 37, visti il 6° e il 7° comma dell'art. 13 della L.P.

¹⁵¹ Cass. 26 febbraio 2002 n. 2836 in *Resp. civ.*, 2002, 1573; Cass. 6 febbraio 1998 n. 1286, in *Danno e resp.*, 1998, 602; Cass. 18 giugno 1996 n. 5617, in *Giur. it.*, 1997, I, 1, 638; Cass. 24 marzo 1978, in *Mass. Foro it.*, 1978; Trib. Roma 2 giugno 2003 in *Giust. civ.*, 2004, I, 243; L. DELLI PRISCOLI, *Diligenza*,

§6. – *Il nesso eziologico tra la prestazione inadeguata dell'avvocato e l'esito negativo delle aspettative del cliente-assistito: la causalità di fatto.*

La responsabilità professionale dell'avvocato non è scontata neppure se la prestazione risulta inadeguata sotto l'aspetto della diligenza, secondo i criteri indicati al paragrafo precedente.

Infatti, il cliente – parte assistita deve assolvere il proprio onere probatorio sia sotto il profilo del nesso causale, sia sotto quello della sussistenza del danno.

Secondo l'orientamento largamente dominante, in base al principio che l'obbligazione del professionista forense è di mezzi e non di risultato, incombe sul cliente l'onere della prova della dimostrazione dell'inadempimento, la prova del danno e del nesso eziologico tra il comportamento inadempiente e il danno¹⁵². La colpa professionale forense non si presume, ma deve essere dimostrata dal cliente¹⁵³.

perizia e onere della prova, cit., 383; M. FRANZONI, *Dalla colpa grave alla responsabilità professionale*, cit., p. 87-89; R. MAZZON, *Responsabilità contrattuale e danni risarcibili*, cit., p. 202. E' del resto ammesso che il professionista possa contrarre obbligazioni miste di mezzi e di risultato, obbligandosi al tempo stesso all'espletamento di una determinata attività e al conseguimento di un risultato: C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, cit., p. 73.

¹⁵² Cass. 16 maggio 2017 n. 12038, in *De Jure*; Cass. 15 dicembre 2016 n. 25895 in *De Jure*; Cass. 27 maggio 2009 n. 12354 in *Resp. civ. prev.*, 2009, 2, 817, con nota di G. MUSOLINO, *Responsabilità dell'avvocato per perdita di chance di appellare la sentenza sfavorevole*; Cass. 9 marzo 1965 n. 37, in *Foro it.*, 1965, I, 1040. *Contra*, nel senso che il cliente debba solo dimostrare il titolo (rapporto contrattuale) e allegare l'inadempimento dell'avvocato: Cass. 12 aprile 2011 n. 8312 in *De Jure*. In dottrina, praticamente tutti nel senso del testo: M. FRANZONI, *L'illecito*, it., p. 261; *id.*, *Dalla colpa grave alla responsabilità professionale*, cit., p. 92; L. SCALIA – F. CENTOFANTI, in *L'avvocato e le sue quattro responsabilità*, cit., p. 257; R. FAVALE, *La responsabilità civile del professionista forense*, cit., p. 182 e ss.; G. CERDONIO CHIARAMONTE, *L'obbligazione del professionista intellettuale tra regole deontologiche, negoziali e legali*, cit., p. 196; R. MAZZON, *Responsabilità contrattuale e danni risarcibili*, cit., p. 228; P. RUSSO, *La responsabilità dell'avvocato*, in *Trattato breve dei nuovi danni* diretto da P. CENDON, cit., II, p. 429; L. DELLI PRISCOLI, *Diligenza, perizia e onere della prova*, cit., 386; A. GRECO, *La responsabilità professionale dell'avvocato va provata in concreto*, in *Diritto & Giustizia*, 2015, 21, p. 96; A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO – M. FEOLA, *La responsabilità civile. Contratto e torto*, cit., p. 357. Nel senso, però, che l'onere della prova dell'adempimento ricada sul professionista, ogni qualvolta il risultato dell'attività sia stato anomalo o aberrante: A. PERULLI, *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera e professioni intellettuali*, cit., p. 577.

¹⁵³ L. SCALIA – F. CENTOFANTI, in *L'avvocato e le sue quattro responsabilità*, cit., p. 256; G. ANANIA, *Professione avvocato*, cit., p. 72.

Il nesso eziologico in ambito risarcitorio nel nostro ordinamento si scompone in due momenti¹⁵⁴: prima deve essere determinato se un determinato evento può essere imputato ad un soggetto; poi il nesso deve essere valutato anche per stimare il danno provocato da quel determinato evento¹⁵⁵. Il nesso eziologico tra la condotta del soggetto agente e l'evento riguarda la causalità di fatto che viene regolata dagli artt. 40 e 41 c.p. pacificamente applicabili anche in materia civile¹⁵⁶: si tratta di accertare nel caso concreto se, secondo un criterio di regolarità statistica o adeguata¹⁵⁷ (che esclude il nesso in presenza di un evento imprevedibile ed inevitabile da parte del danneggiante), applicando la regola dell'*id quod plerumque accidit*, un determinato contegno ha provocato il verificarsi di un certo evento¹⁵⁸. La causalità di fatto si scompone a propria volta in un elemento positivo e uno negativo: quello positivo è dato dalla prova che un soggetto abbia posto in essere una condizione dell'evento secondo la regola della *condicio sine qua non*; quello negativo è che l'evento finale non

¹⁵⁴ Prima bisogna stabilire chi ha commesso un determinato evento; poi bisogna quantificare il danno risarcibile.

¹⁵⁵ Cass. s.u. 26 gennaio 1971 n. 174, in *Giur. it.*, 1971, I, 1, 680. M. FRANZONI, *L'illecito*, cit., p. 57; F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, cit., III, p. 181; F. BARTOLINI, *La responsabilità dell'avvocato*, cit., p. 60, C. SALVI, *La responsabilità civile*, Milano, 2019, p. 231. Parte della dottrina ritiene che il nesso eziologico riguardi esclusivamente l'evento e esclude il fondamento causale dell'art. 1223 c.c. per non compromettere la teoria unitaria del giudizio di causalità: F. CARNELUTTI, *Perseverare diabolicum (a proposito del limite della responsabilità per danni)*, in *Foro it.*, 1952, IV, 90.

¹⁵⁶ Cass. 6 febbraio 1998 n. 1286, in *Foro it.*, 1998, I, 1917; Trib. Bari 24 aprile 2014, in *De Jure*; Trib. Napoli 10 gennaio 2006, in *Giur. merito*, 2007, 1, 120. L. SCALIA – F. CENTOFANTI, in *L'avvocato e le sue quattro responsabilità*, cit., p. 262; R. MAZZON, *Responsabilità contrattuale e danni risarcibili*, cit., p. 230.

¹⁵⁷ Per il criterio della regolarità statistica l'insorgenza, nel decorso causale, di un evento imprevedibile ed inevitabile da parte di chi gli ha dato origine interrompe il rapporto causale ed esclude la responsabilità per l'evento finale. E' il caso di chi, con comportamento colposo, ferisce in un sinistro stradale un automobilista che decede però in seguito ad un successivo e decisivo incidente stradale dell'ambulanza che lo sta conducendo in ospedale. Così F. GALGANO, op. ult. cit., ivi. E' noto che va affermandosi un criterio più rigido di quello della causalità statistica o adeguata. Si tratta della causalità come consequenzialità razionale; alla probabilità statistica viene sostituita la probabilità scientifica che la giurisprudenza penale qualifica come credibilità razionale. L'evento riferibile al primo agente è stato la *condicio sine qua non* dell'evento successivo, anche se interviene nella sequenza causale un ulteriore evento non prevedibile. E' il caso del ferito in un incidente stradale che contrae in ospedale un virus a seguito della trasfusione. E' stato considerato responsabile l'autore dell'incidente: Cass. 24 aprile 2001 n. 6023, in *Arch. circ.*, 2001, p. 547. Il nesso causale diventa così elemento oggettivo dell'illecito: Cass. s.u. 11 gennaio 2008 n. 582, in *Foro it.*, 2008, I, 453. Oggi pare che il criterio di causalità statistica sia ancora valido per affermare la sussistenza del rapporto di causalità, ma non vale per escluderla. Si risponde ugualmente anche se sussiste un basso grado di regolarità statistica "*in presenza di un alto grado di consequenzialità scientificamente determinabile*". Sul punto vedasi diffusamente F. GALGANO, op. ult. cit., p. 182-185.

¹⁵⁸ Cass. s.u. 11 gennaio 2008 n. 576 in *Giust. civ. Mass.*, 2008, I 31; Cass. 11 maggio 2009 n. 10741 in *Dir. famiglia*, 2009, 3, 1159; Cass. 28 aprile 1994 n. 4044 in *Giust. civ. Mass.*, 1994, 570.

sia stato determinato dal concorso di fattori eccezionali¹⁵⁹. La prova dell'elemento positivo incombe sul danneggiato¹⁶⁰, mentre la prova del fatto impeditivo spetta al danneggiante.

Il nesso eziologico tra l'evento e il danno attiene invece alla causalità giuridica ed è regolato dall'art. 1223 c.c.: il danneggiato deve provare il danno in termini di danno emergente e lucro cessante che sia in consequenzialità immediata e diretta con l'inadempimento o l'illecito¹⁶¹. Il danno poi deve essere prevedibile da parte del debitore, salvo che sussista il dolo ai sensi dell'art. 1225 c.c. La funzione della causalità giuridica del danno è quella di contenere il *quantum* risarcibile entro i limiti della normalità, della regolarità e della ordinarietà desunti dalla regola delle conseguenze immediate e dirette espressa dall'art. 1223 c.c. e dalla regola dell'evitabilità posta dall'art. 1227, 2° comma c.c., secondo cui non sono risarcibili i danni che il creditore avrebbe potuto evitare con l'ordinaria diligenza¹⁶².

Negli stessi termini, quindi, deve essere provato il nesso causale nell'ambito del giudizio di responsabilità professionale forense, scomponendolo nei due diversi momenti della causalità di fatto e di quella giuridica: il cliente deve provare sia l'evento rappresentato causato dalla prestazione professionale non correttamente eseguita, sia il danno¹⁶³.

¹⁵⁹ M. FRANZONI, *L'illecito*, cit. p. 68; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, Milano, 1985, p. 210.

¹⁶⁰ Il danneggiato deve provare la sequenza causale alla stregua della *condicio sine qua non*.

¹⁶¹ La prova deve essere data dal danneggiato tanto in sede contrattuale che extracontrattuale: C.M. BIANCA, *Diritto civile, 5, La responsabilità*, cit., p. 149. In particolare, si ritiene che nell'ambito delle obbligazioni di mezzi come quelle dell'avvocato le regole della prova in tema di causalità valgano anche in sede contrattuale: F. BARTOLINI, *La responsabilità dell'avvocato*, cit., p. 112.

¹⁶² M. FRANZONI, *L'illecito*, cit. p. 75; C.M. BIANCA, *Diritto civile, 5, La responsabilità*, cit., p. 140; R. FAVALE, *La responsabilità civile del professionista forense*, cit., p. 196.

¹⁶³ Cass. 21 gennaio 2020 n. 1169, in www.ilprocessocivile.it, con nota adesiva di G. AMODIO, *Responsabilità professionale dell'avvocato*; Cass. 26 giugno 2018 n. 16803, in www.dirittoegiustizia.it; Cass. 30 aprile 2018 n. 10320, in *Guida al diritto*, 2018, 22, 19; Cass. 15 dicembre 2016 n. 25895, in *Guida al diritto*, 2017, 14, 71; Cass. 22 luglio 2014 n. 16690, in www.dirittoegiustizia.it; Cass. 13 febbraio 2014 n. 3355, in www.dirittoegiustizia.it; Cass. 23 marzo 2006 n. 6537, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 3; Trib. Cosenza 6 marzo 2020 in *De Jure*; Trib. Milano 20 febbraio 2020, in *De Jure*; Trib. Latina 4 febbraio 2020 in *De Jure*; Trib. Grosseto 28 gennaio 2020 in *De Jure*; Trib. Busto Arsizio 17 dicembre 2019, in *De Jure*; Trib. Rimini 24 febbraio 2018, in *De Jure*; Trib. Roma 1° marzo 2017, in *De Jure*; Trib. Milano 15 aprile 2015, in *De Jure*.

Per quanto riguarda il nesso eziologico relativo alla causalità di fatto, l'orientamento tradizionale si orienta sul criterio della certezza morale¹⁶⁴ degli effetti dell'attività del professionista: bisogna che sia raggiunta la certezza che, in mancanza dell'inadempimento dell'avvocato, l'esito del giudizio sarebbe stato diverso e ovviamente favorevole al cliente. Si tratta di una prova difficilissima, se non diabolica, perché bisogna provare un fatto certo nell'ambito del processo ove il risultato è sempre condizionato da un'inevitabile alea¹⁶⁵.

La giurisprudenza più recente, tuttavia, predilige il criterio della probabilità: occorre dimostrare che un determinato comportamento probabilmente avrebbe portato ad un esito diverso del giudizio¹⁶⁶. Questo orientamento è ovviamente più favorevole al cliente perché mitiga la difficoltà di dimostrare, con riguardo alla situazione valutata *ex ante*, la certezza del raggiungimento del risultato sperato dal cliente in assenza dell'inadempimento dell'avvocato.

Sia che si applichi il criterio della certezza morale, sia quello probabilistico, in ogni caso bisogna verificare se, qualora l'avvocato avesse tenuto la condotta dovuta, il cliente avrebbe avuto il riconoscimento delle proprie ragioni, difettando, in mancanza,

¹⁶⁴ Cass. 27 maggio 2009 n. 12354, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, 10, 3049, con nota di M. AZZALINI, *Responsabilità professionale dell'avvocato e risarcimento del danno: riflessioni su un curioso caso d'omessa informazione al cliente*; Cass. 18 aprile 2007 n. 9238, in *Resp. civ. e prev.*, 2007, 7-8, 1698; Cass. 17 gennaio 2007 n. 974, in *Giust. civ.*, 2008, 4, I, 1041; Cass. 11 agosto 2005 n. 16846, in *Rassegna forense*, 2006, 1, p. 447; Cass. 28 aprile 1994 n. 4044, in *Giust. civ. Mass.*, 1994, 570; C. Cass. 11 maggio 1977 n. 1831, in *Mass. Foro it.*, 1977; Trib. Roma 7 gennaio 2015, in *De Jure*; Trib. Bari 17 maggio 2010, in *De Jure*; Trib. Milano 30 aprile 2004, in *De Jure*; M. FRANZONI, *Dalla colpa grave alla responsabilità professionale*, cit. p. 92. In alcuni casi il criterio della certezza morale è stato degradato in ragionevole certezza: Cass. 5 aprile 1984 n. 2222, in *Rep. Foro it.*, 1984, voce *Professioni intellettuali*, n. 59; Trib. Nola 7 aprile 2011 in *De Jure*. In dottrina, R. PLENTEDA, *La responsabilità dell'avvocato*, cit., p. 41; A. GABRIELLI, *La r.c. del professionista: generalità*, cit., p. 284-287.

¹⁶⁵ F. BARTOLINI, *La responsabilità dell'avvocato*, cit., p. 115; R. MAZZON, *Responsabilità contrattuale e danni risarcibili*, cit., p. 229; S.T. MASUCCI, *La r.c. dell'avvocato*, cit., p. 499.

¹⁶⁶ Cass. 21 gennaio 2020 n. 1169, in www.ilprocessocivile.it, con nota di G. AMODIO, *Responsabilità professionale dell'avvocato*; Cass. 1° ottobre 2018 n. 23740, in www.dirittoegiustizia.it; Cass. 26 giugno 2018 n. 16803, in www.dirittoegiustizia.it; Cass. 20 marzo 2018 n. 6862, in www.dirittoegiustizia.it; Cass. 15 dicembre 2016 n. 25895, in *Guida al diritto*, 2017, 14, 71; Cass. 13 novembre 2015 n. 23209, in *De Jure*; Cass. 20 agosto 2015 n. 17016, in *Guida al diritto*, 2015, 40, 52; Cass. 22 luglio 2014 n. 16690, in www.dirittoegiustizia.it; Cass. 13 febbraio 2014 n. 3355, in www.dirittoegiustizia.it; Cass. 3 aprile 2009 n. 8151, in *De Jure*; Cass. 18 aprile 2007 n. 9238, in *Giur. it.*, 2007, 2172; Cass. n. 11 agosto 2005 n. 16846, in *Guida al diritto*, 2005, 38, 54; Cass. 19 novembre n. 21894, in *Corriere giur.*, 2005, 10, 1410; Trib. Bari 27 maggio 2015, in *De Jure*; Trib. Bari 13 febbraio 2014 in *De Jure*; Trib. Milano 4 settembre 2007, in *De Jure*.

la prova del nesso causale¹⁶⁷; l'unica differenza riguarda il grado di certezza o probabilità di questo accertamento. Non basta allegare la diversa condotta che l'avvocato avrebbe dovuto correttamente tenere: bisogna specificare in che termini e con quali argomentazioni giuridiche e di fatto l'avvocato avrebbe dovuto proporre la domanda o l'eccezione¹⁶⁸, perché bisogna dimostrare la fondatezza del diritto da tutelare sulla base di una valutazione prognostica positiva¹⁶⁹.

In molti casi di responsabilità professionale forense, poi, il nesso eziologico si pone come causalità omissiva; si tratta dei casi in cui l'inadempimento è rappresentato dal mancato compimento di una determinata attività da parte dell'avvocato (mancato deposito in termini di una memoria, mancata proposizione dell'appello ecc.). Nella causalità omissiva l'evento di danno si verifica perché l'agente non pone in essere il comportamento dovuto. Il nesso omissivo è sempre regolato dall'art. 40 c.p.: non aver impedito l'evento che si ha l'obbligo di impedire equivale a commetterlo¹⁷⁰.

Nel caso di causalità omissiva, ovverosia quando il danno scaturisce dalla mancata prestazione professionale, il ragionamento del giudice deve basarsi su regole di natura probabilistica che consentano di ritenere la sussistenza del nesso tra l'omissione e l'evento¹⁷¹. In altre parole, si deve valutare se il comportamento dovuto avrebbe potuto, in termini almeno probabilistici, evitare o quanto meno ridurre il danno. Naturalmente, per probabilità, deve intendersi un elevato grado di possibilità¹⁷².

In ogni caso deve essere condotta la verifica di *“uno stringente nesso di causalità tra l'evento produttivo del pregiudizio lamentato dal cliente e la condotta dell'avvocato”*¹⁷³.

¹⁶⁷ Cass. 20 marzo 2018 n. 6862, in www.dirittoegiustizia.it; Cass. 16 maggio 2017 n. 12038, in *De Jure*.

¹⁶⁸ Trib. Roma 12 febbraio 2018, in *De Jure*.

¹⁶⁹ Trib. Rimini 24 febbraio 2018, in *De Jure*; Trib. Macerata 17 febbraio 2018, in *De Jure*; Trib. Roma 1° febbraio 2017 in *De Jure*.

¹⁷⁰ F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, cit., III, p. 184; M. FRANZONI, *L'illecito*, cit. p. 35; F. BARTOLINI, *La responsabilità dell'avvocato*, cit., p. 117.

¹⁷¹ Cass. 30 aprile 2018 n. 10320, in *Guida al diritto* 2018, 22, 19; Cass. 16 maggio 2017 n. 12038, in *De Jure*; Trib. Perugia 16 febbraio 2017 in *Guida al diritto*, 2017, 33, 70.

¹⁷² L. SCALIA – F. CENTOFANTI, in *L'avvocato e le sue quattro responsabilità*, cit., p. 272; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, cit., p. 145 e ss.; quest'ultimo A. parla di rischio specifico di un evento; il danno sarebbe la realizzazione di un rischio specifico determinato da un fatto; la realizzazione di questo rischio specifico si collega alla teoria del più probabile che non: un *“danno si considera derivante da un fatto se la probabilità che il danno sia conseguenza di quel fatto siano maggiori delle probabilità che non lo sia”*.

¹⁷³ C. Cass. 2 febbraio 2016 n. 1984, in *Guida al diritto*, 2016, 15, 46.

Pertanto, la prova a carico del cliente è molto ardua anche in base all'imputazione della responsabilità con il nesso causale probabilistico. Del resto, considerando l'ambito di estrema aleatorietà in cui viene ad operare l'avvocato, la cui opera è condizionata dalle informazioni del cliente, dal contegno di terzi (C.T.U., testimoni ecc.) e dall'interpretazione delle norme da parte della giurisprudenza, si deve ritenere che questo rigoroso sistema probatorio sia assolutamente condivisibile. Infatti, se fosse applicato un criterio meno severo per il cliente, l'avvocato si troverebbe praticamente esposto al rischio di dover rispondere del buon esito della causa che dipende da innumerevoli fattori esterni alla sua attività e alla sua sfera di controllo. Si correrebbe il rischio di degradare la responsabilità professionale a responsabilità sostanzialmente oggettiva, come purtroppo è praticamente occorso in ambito medico, dando seguito alla degenerazione della c.d. medicina difensiva¹⁷⁴. Infatti, del tutto diversa è la situazione in ambito di responsabilità medica¹⁷⁵, dove viene correntemente applicato il principio di vicinanza della prova, in base al quale il paziente deve provare solo il titolo del rapporto (il contratto nei confronti del medico o della struttura sanitaria) e allegare l'insuccesso della prestazione sanitaria, mentre il medico è gravato dall'onere di provare l'assenza di colpa professionale e, in caso di problemi tecnici di speciale difficoltà, la mancanza di dolo o colpa grave, dovendo anche dimostrare di essersi attenuto alle linee guida dell'Istituto Superiore di Sanità o alle buone pratiche clinico-assistenziali¹⁷⁶ (art. 5 della legge n. 24/2017 c.d. Gelli-Bianco)¹⁷⁷.

¹⁷⁴ R. BREDA, *Responsabilità medica tra regole giurisprudenziali e recenti interventi normativi*, in *Contratto e impresa*, 2014, p. 769; A. MANNA, *Medicina difensiva e diritto penale tra legalità e tutela della salute*, Pisa, 2013; A. ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale*, Milano, 2012.

¹⁷⁵ Giustamente si ritiene che “*la responsabilità medica continui a rappresentare un sotto-sistema tendenzialmente autonomo rispetto a quello forense*”: A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO – M. FEOLA, *La responsabilità civile. Contratto e torto*, cit., p. 365.

¹⁷⁶ Cass. 30 novembre 2018 n. 30998, in *Resp. civ. e prev.*, 2019, 2, p. 663: “*Le c.d. linee guida (ovvero le leges artis sufficientemente condivise almeno da una parte autorevole della comunità scientifica in un determinato tempo) non rappresentano un letto di Procuste insuperabile. Esse sono solo un parametro di valutazione della condotta del medico: di norma una condotta conforme alle linee guida sarà diligente, mentre una condotta difforme dalle linee guida sarà negligente od imprudente*”.

¹⁷⁷ Per il principio di vicinanza della prova: Cass. s.u. 30 ottobre 2001 n. 13533, in *Corr. giur.*, 2001, p. 1565, con nota di V. MARICONDA, *Inadempimento e onere della prova: le sezioni unite compongono un contrasto e ne aprono un altro*. Per la trasposizione in ambito medico: Cass. s.u. 11 gennaio 2008 n. 577, in *Giust. civ.*, 2009, 11, 2532. Per una disamina generale della disciplina della responsabilità del medico dopo l'entrata in vigore della legge Gelli: F. GELLI – M. HAZAN – D. ZORZIT, *La nuova responsabilità*

§7. – *Il danno risarcibile da perdita di chance: la causalità giuridica.*

Una volta data la prova del nesso di causalità di fatto, deve essere provata la causalità giuridica¹⁷⁸ tra l'evento pregiudizievole determinato dalla condotta negligente dell'avvocato e il danno concretamente subito dal cliente¹⁷⁹. Tra il fatto inteso come evento di danno, ed il danno, inteso come perdita patrimoniale risarcibile, deve sussistere una relazione da causa ad effetto in base alla quale il secondo sia riconducibile al primo¹⁸⁰.

Infatti, la responsabilità civile dell'avvocato si configura nel caso in cui il proprio operato, viziato da un comportamento doloso, gravemente colposo (nel caso di prestazione particolarmente difficoltosa) o semplicemente colposo (nel caso di prestazione ordinaria), abbia provocato come conseguenza immediata e diretta un danno certo ed effettivo al cliente ai sensi dell'art. 1223 c.c., con i limiti di cui agli artt. 1225 e 1227 c.c. Infatti, il danno va limitato a quello prevedibile (salvo il dolo) e a quello che il danneggiato non avrebbe potuto evitare con l'ordinaria diligenza, salva la riduzione proporzionale del risarcimento nel caso in cui vi sia stato concorso colposo del creditore¹⁸¹.

Dal punto di vista astratto, il cliente potrebbe riuscire a dimostrare la responsabilità professionale dell'avvocato (*an debeatur*) ma non il concreto danno risarcibile

sanitaria e la sua assicurazione. *Commento sistematico alla legge 8 marzo 2017 n. 24 (c.d. Legge Gelli)*, Milano, 2017; G. LUDICA, *La tutela della persona nella nuova responsabilità sanitaria*, Milano, 2019; D. CHINDEMI, *Responsabilità del medico e della struttura sanitaria pubblica e privata*, Milano, 2018; P. MAUTONE, *Responsabilità sanitaria e risk management*, Milano, 2020; M. ROSSETTI, *Il danno alla salute*, Milano, 2017; G. ALPA, *Orientamenti della giurisprudenza sulla nuova disciplina della responsabilità medica*, in *Contratto e impresa*, 2019, 1, p. 1.

¹⁷⁸ M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, in *Trattato della responsabilità civile* diretto da M. FRANZONI, Milano, 2004, p. 12 e ss.; C. SALVI, *La responsabilità civile*, Milano, 2019, p. 263.

¹⁷⁹ C. Cass. 28 giugno 2018 n. 16803, www.dirittoegiustizia.it; C. LEGA, *La libera professione (art 2229-2238 cod. civ.)*, Milano, 1950, p. 350.

¹⁸⁰ Cass. 15 ottobre 1999 n. 11629, in *Foro it.*, con nota di E. SCODITTI, *Danni conseguenza e rapporto di causalità*, in *Danno e resp.*, 2000, p. 257; M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, cit., p. 14.

¹⁸¹ C. SALVI, *La responsabilità civile*, cit., p. 264-265.

(*quantum*)¹⁸². Si pensi al caso in cui il credito, anche qualora si fosse vinta la causa, sarebbe stato irrecuperabile per il conclamato stato di insolvenza della controparte. Anche nell'ipotesi in cui il nesso causale tra l'evento e il danno fosse a propria volta dimostrato, giammai il risarcimento potrebbe essere riconosciuto per l'intero. Infatti, l'alea che incombe su ogni giudizio fa sì che in ambito forense il contegno negligente dell'avvocato possa provocare al più la perdita di una *chance* di vittoria da parte del cliente, non potendo essere assicurato in alcun caso a priori il risultato rappresentato dal buon esito del giudizio. Per questo motivo il danno risarcibile si presenta come danno da perdita di *chance*, ovverosia da perdita di una probabilità favorevole¹⁸³. Il danno patrimoniale da perdita di *chance* è un danno futuro¹⁸⁴ consistente non nel mancato conseguimento di un vantaggio economico, ma nella perdita della mera

¹⁸² La prova del danno incombe sempre sul cliente danneggiato: Cass. 6 maggio 2020 n. 8494, in www.dirittoegiustizia.it, con nota di A. GRECO, *Responsabilità dell'avvocato e irrisarcibilità del danno*, Cass. 13 dicembre 2012 n. 22890, in *De Jure*. In dottrina: C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, cit., p. 185.

¹⁸³ Cass. sez. lav. 25 agosto 2014 n. 18207, in *Giust. civ. Mass.*, 2014; Cass. 18 marzo 2003 n. 3999, in *De Jure*; G. ALPA, *Responsabilità civile e danno*, Bologna, 1991, p. 201; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, cit., p. 179; M. AZZALINI, *Responsabilità professionale dell'avvocato e risarcimento del danno: riflessioni su un curioso caso d'omessa informazione al cliente*, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, 10, p. 2051 e ss.; G. CRICENTI, *La perdita di chance nella responsabilità civile*, Torino, 2019, p. 28; C. SALVI, *La responsabilità civile*, cit., p. 5 e 113; F. BARTOLINI, *La responsabilità dell'avvocato*, cit., p. 128 e ss.; R. FAVALE, *La responsabilità civile del professionista forense*, cit., p. 217 e ss.; G. ANANIA, *Professione avvocato*, cit., p.76; L. SCALIA – F. CENTOFANTI, in *L'avvocato e le sue quattro responsabilità*, cit., p. 270.

¹⁸⁴ La natura del danno da perdita di *chance* è controversa; per alcuni si tratterebbe di danno futuro da lucro cessante: M. ROSSETTI, *Il danno alla salute*, cit., p. 1236. In giurisprudenza: Cass. 14 ottobre 2015 n. 7193 in *Giust. civ., Mass.*, 2015; Cass. 19 febbraio 2009 n. 4052, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, 2, 269; Cass. 25 settembre 1998 n. 9598, in *Danno e resp.*, 1999, p. 534, con nota di U. VIOLANTE, *La chance di un giro di valzer (sul danno biologico dell'aspirante ballerino)*; per altri, invece, si tratterebbe di danno emergente: M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, cit., p. 77; V.S. MAZZAMUTO, *Danno da perdita di una ragionevole aspettativa patrimoniale*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, p. 53; L. PERCIBALLI, *Il danno da perdita di chance*, in *Trattato breve dei nuovi danni* diretto da P. CENDON, Padova, 2014, I, p. 80. In giurisprudenza: Cass. 21 luglio 2003 n. 11322, in *Foro it.*, 2004, I, 155, con nota di G. FAELLA; Trib. Arezzo 12 marzo 2018, in *De Jure*. Per un A. non si tratterebbe né di danno emergente, né di lucro cessante, ma di un semplice criterio per la quantificazione dell'uno o dell'altro; in alcuni casi si tratterebbe di danno emergente, come nell'ipotesi in cui si distrugga un'opera d'arte che poteva vincere un premio in un concorso; si profilerebbe invece come lucro cessante quando si perde un concorso che si poteva probabilmente vincere. Così P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, Milano 2017, p. 576. Sul punto vedasi anche G. GRIGENTI, op. ult. cit., p. 26. Personalmente ritengo che nell'ambito del giudizio di responsabilità forense, nel caso in cui la probabilità riguardi una causa attiva, ad esempio per ottenere il pagamento di un credito, si tratti di lucro cessante. Invece, in caso di causa passiva, relativa al pagamento di un debito, si tratta di danno emergente.

possibilità di conseguirlo¹⁸⁵, secondo una valutazione *ex ante* da ricondursi al momento in cui il comportamento illecito ha inciso su tale possibilità in termini di conseguenza dannosa potenziale¹⁸⁶.

Tuttavia, bisogna dare la prova concreta del danno da perdita di *chance*¹⁸⁷ e non è sufficiente allegare solo la pretesa negligenza dell'avvocato. Infatti, la *chance* non è di per sé risarcibile come mera possibilità astratta di un risultato diverso e migliore¹⁸⁸, ma occorre che essa sussista effettivamente ed in concreto sulla base di una valutazione prognostica basata su allegazioni ed elementi probatori forniti dalla parte assistita¹⁸⁹. La *chance* in ambito di responsabilità forense è rappresentata dal consistente

¹⁸⁵ Deve trattarsi di una concreta ed effettiva occasione favorevole di conseguire un determinato bene: Cass. 22 novembre 2019 n. 30502, in *De Jure*; Cass. 20 novembre 2018 n. 29829, in *Giust. civ. Mass.*, 2019; Cass. 15 febbraio 2018 n. 3691, in *De Jure*; Trib. Salerno 13 dicembre 2019, in *De Jure*.

¹⁸⁶ Cass. 12 aprile 2018 n. 9063, in *De Jure*; Cass. 17 aprile 2008 n. 10111, in *Giust. civ. Mass.*, 2008, 4, 596.

¹⁸⁷ L'onere della prova ricade ovviamente sul danneggiato che deve provare, quanto meno in termini probabilistici, alcuni dei presupposti per il raggiungimento del risultato sperato e impedito dalla condotta illecita della quale il danno risarcibile deve essere conseguenza immediata e diretta: Cass. sez. lav. 25 settembre 2019 n. 23936, in www.dirittoegiustizia.it; Trib. Salerno sez. lav. 13 dicembre 2019, in *De Jure*. Altre sentenze, invece, ritengono sufficiente il criterio della possibilità della consecuzione di un determinato vantaggio: Cass. 8 giugno 2018 n. 14916, in *Giust. civ. Mass.*, 2018; Trib. Lucca 28 settembre 2018, in *De Jure*.

¹⁸⁸ Va criticata la tesi che scinde il danno da perdita di *chance* in due distinte voci: una costituita dalla perdita dell'occasione in sé di ottenere un risultato favorevole; l'altra dalla concreta possibilità di ottenere un determinato vantaggio in base alla valutazione dell'accoglimento o meno delle pretese del cliente qualora vi fosse stata la condotta diligente del professionista. Così P. MARIOTTI-A. SERPETTI, *La responsabilità dell'avvocato da mancata iscrizione a ruolo del giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo*, nota a Cass. 6 luglio 2010 n. 15861, in *Resp. civ. e prev.* 2011, 2, p. 381 e ss. Questa interpretazione non è convincente per diverse ragioni. In primo luogo il danno costituito dalla mera possibilità di conseguire un vantaggio è un danno evento che prescinde dal concreto accertamento della perdita patrimoniale del danneggiato. In sostanza, si tratta di un danno non provato in base al principio compensativo. In secondo luogo, ove il danno da perdita di *chance* venisse valutato in sé prescindendo dalla lesione concreta alla sfera del danneggiato, si addosserebbe all'avvocato la responsabilità praticamente ogni qual volta la causa venisse persa, anche in condizioni di grande difficoltà. Nessuna causa è al 100 per cento vinta o persa in partenza. La valutazione può essere solo probabilistica. Pertanto, in caso di esito negativo di un giudizio, considerando che un criticato orientamento giurisprudenziale ritiene sempre responsabile l'avvocato per la strategia adottata, anche quando indicata e concordata con il cliente, il legale risponderebbe praticamente sempre, trasformando la sua prestazione in un'obbligazione di risultato negata alla radice dal sistema della responsabilità professionale. Nel senso da me sostenuto: G. FACCI, *L'errore dell'avvocato, l'appello tardivo e la chance di vincere il processo*, nota critica a Cass. 26 febbraio 2002 n. 2836, in *Resp. civ. e prev.*, 2002, 1373 e ss.

¹⁸⁹ C. Cass. 20 agosto 2015 n. 17016, in *Giur. it.*, 2016, p. 355, con nota di G. SICCHIERO, *Come si valuta il merito della diligenza professionale?*; Cass. 5 luglio 2012 n. 11304, in *De Jure*. Si tratta di dover fare un autentico "processo nel processo": G. GRIGENTI, op. ult. cit., p. 30; P. TRIMARCHI, op. ult. cit., p. 585; A. PERULLI, *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera e professioni intellettuali*, cit., p. 604-605. Per altro A., invece, in caso di omesso appello, il danno risarcibile non è rappresentato dalla mera (perduta) possibilità di far valere le proprie ragioni nel processo, ma anche la lesione al proprio diritto

fumus boni juris sulla seria e apprezzabile possibilità¹⁹⁰ di successo dell'azione che doveva essere diligentemente esperita¹⁹¹. L'onere probatorio specifico sull'inferenza probabilistica incombe sul preteso danneggiato¹⁹².

Una volta dimostrato il nesso di causalità giuridica in ordine al danno di perdita di *chance*, si deve considerare il vantaggio economico potenzialmente realizzabile dal danneggiato, diminuito di un coefficiente di riduzione proporzionato al grado di possibilità di conseguirlo, secondo un apprezzamento del giudice da valutarsi caso per caso¹⁹³. Bisogna considerare nella fattispecie il grado di possibilità di vittoria del cliente; questo rappresenterà il danno da perdita di *chance* in termini percentuali. Deve trattarsi di una percentuale almeno significativa¹⁹⁴. Non credo che possa essere considerata una *chance* di vittoria inferiore al venti-trenta per cento¹⁹⁵. Una volta che il

all'autodeterminazione personale: M. AZZALINI, *Responsabilità professionale dell'avvocato e risarcimento del danno: riflessioni su un curioso caso d'omessa informazione al cliente*, cit., p. 2051 e ss.

¹⁹⁰ Cass. 11 novembre 2019 n. 28993, in *Foro it.*, 2020, 1, I, 187 (la sentenza è resa in materia sanitaria); Cass. 14 maggio 2013 n. 11548, in www.dirittoegiustizia.it. “Il riconoscimento della chance deve essere limitato alle ipotesi in cui il grado della probabilità sia elevato: ciò non solo per evidenti ragioni di praticabilità, ma anche perché un risarcimento si giustifica solo quando la chance abbia una misura tale da far ritenere che abbia potuto avere un ruolo effettivo nelle aspettative e nella programmazione di chi ne lamenta la perdita”: P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, cit., p. 579.

¹⁹¹ G. MUSOLINO, *Responsabilità dell'avvocato per perdita della chance di appellare la sentenza sfavorevole*, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, fasc. 4, p. 819; G. CRICENTI, *La perdita di chance nella responsabilità civile*, cit., p. 28.

¹⁹² C. Cass. sez. un. 23 settembre 2013 n. 21678, in *Giust. civ. Mass.*, 2013; Cass. 27 luglio 2001 n. 10291, in *Mass. Foro it.*, 2001; L. SCALIA – F. CENTOFANTI, op. ult. cit., p. 271.

¹⁹³ Cass. 22 novembre 2004 n. 22026, in *De Jure*; Cass. 13 dicembre 2001 n. 15759, in *Foro it.*, 2002, I, 1804; R. FAVALE, *La responsabilità civile del professionista forense*, cit., p. 218: “In particolare la liquidazione segue all'applicazione di un parametro di riduzione corrispondente alle probabilità di conseguire il risultato sperato in relazione al vantaggio non conseguito, oppure in alternativa al criterio equitativo previsto dalla disposizione dell'art. 1226 c.c.”.

¹⁹⁴ Una possibilità di sopravvivenza labile e teorica in ambito medico non giustifica il risarcimento: Cass. 11 novembre 2019 n. 28993, in *Foro it.*, 2020, 1, I, 187 e in *Resp. civ. e prev.*, 2020, 1, p. 181, con nota di E. BUFANO, *Statuti risarcitori dell'incertezza giuridicamente rilevante: la chance perduta come “forma dell'acqua” nella tutela anticipata dei diritti inviolabili*.

¹⁹⁵ Non va assolutamente condivisa la tesi secondo cui il risarcimento del danno da perdita di *chance* dovrebbe essere riconosciuto nell'arco tra l'1 e il 99%; in questi termini parrebbe esprimersi M. BONA, *Causalità da perdita di chance e “lost years”*: nessuna soglia minima per la tutela risarcitoria delle possibilità di sopravvivenza, in *Corr. giur.*, 2014, p. 1081; in termini simili Cass. 27 marzo 2014 n. 7195, in www.dirittoegiustizia.it, con nota di F. VALERIO, *La chance di vivere più a lungo: un bene risarcibile*. Bisogna porre molta attenzione a non confondere la causalità di fatto con quella giuridica. Nella causalità di fatto, per esempio, potrebbe accadere che l'avvocato abbia privato dell'80% di possibilità di vincere la causa del cliente; nella causalità giuridica, invece, quel cliente potrebbe aver avuto la possibilità di recuperare concretamente il danno del 20%. Se, secondo il criterio del più probabile che non, l'evento può essere imputato alla condotta negligente dell'avvocato, poi bisogna valutare il danno concreto da perdita di *chance*. Siccome su ogni processo incombe un'inevitabile alea anche in relazione alla realizzabilità del risultato finale sperato dal cliente (*id est* il *petitum* mediato, ovverosia, ad esempio, il concreto pagamento di una determinata somma oggetto del *petitum* immediato, ovverosia la domanda di condanna), il

danno sia stato provato in maniera certa e significativa, può essere utile il ricorso al criterio di liquidazione equitativa¹⁹⁶.

In mancanza di precisi elementi probatori atti a giustificare una valutazione prognostica positiva circa il probabile esito dell'attività del prestatore d'opera professionale, va esclusa l'affermazione della responsabilità forense.

Si può porre, in casi molto limitati nell'ambito della responsabilità professionale forense, il problema della risarcibilità del danno non patrimoniale¹⁹⁷. Proprio per la marginalità della casistica nella responsabilità del patrono legale, si tratta l'argomento in termini sintetici.

Il danno non patrimoniale¹⁹⁸, declinato normalmente in ambito di responsabilità forense nella voce descrittiva del danno morale, è riconosciuto ai sensi dell'art. 2059

riconoscimento di una percentuale irrisoria del danno da perdita di *chance*, in base ad un'interpretazione esasperata della teoria dell'entità autonoma della stessa *chance*, comporterebbe da una parte l'automatico riconoscimento di un danno in ogni situazione, dall'altra svuoterebbe di significato il principio dell'onere della prova del danno sancito dall'art. 2697 c.c. Un danno da perdita di *chance* insignificante rimane incerto e come tale non può essere riconosciuto. Sul punto: G. CRICENTI, op. ult. cit., p. 12 e 28. Sul problema dell'attualizzazione del danno da perdita di *chance* che tenga conto del rischio: P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, cit., p. 571-572.

¹⁹⁶ Trib. Livorno 15 aprile 2020, in *De Jure*.

¹⁹⁷ R. FAVALE, *La responsabilità civile del professionista forense*, cit., p. 226; P. RUSSO, in *Trattato breve dei nuovi danni*, cit., II, p. 430; F. BARTOLINI, *La responsabilità dell'avvocato*, cit., p. 121.

¹⁹⁸ Sul danno non patrimoniale la letteratura è sterminata; senza pretese di esaustività si indicano alcune indicazioni bibliografiche da cui attingere altri riferimenti: M. BONA – P.G. MONATERI, *Il nuovo danno non patrimoniale*, Milano, 2004, p. 229; C.M. BIANCA, *Diritto civile, 5, La responsabilità*, cit., p. 189; M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, cit., p. 359 e ss.; *id.*, *Il danno alla persona*, Milano, 1995, p. 501; *id.*, *I diritti della personalità, il danno esistenziale e la funzione della responsabilità civile*, in *Contratto e impresa*, 2009, 1, 1; M. BARCELLONA, *Il danno non patrimoniale*, Milano 2008; G. CASSANO, *Trattato della responsabilità civile*, cit., p. 653 e ss.; F.D. BUSNELLI, *Azioni risarcitorie e "principi giurisprudenziali"*, in *Contratto e impresa*, 2014, 1, p. 8; F.D. BUSNELLI – S. PATTI, *Danno e responsabilità civile*, Torino, 2013; E. NAVARRETA (a cura di), *Danno non patrimoniale. Principi e regole e tabelle per la liquidazione*, Milano, 2010; L. RIPA, *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, Torino, 2013; L.A. SCARANO, *La quantificazione del danno non patrimoniale*, Torino, 2013; P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, cit., p. 608 e ss.; M. SELLA, *Il danno biologico, Il danno morale, Il danno esistenziale*, in *Trattato breve dei nuovi danni* diretto da P. CENDON, Padova, 2014, I, p. 89, 99 e 107; F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, cit., III, p. 266; *id.*, *Danno non patrimoniale e diritti dell'uomo*, in *Contratto e impresa*, 2009, 4-5, p. 883; M. ROSSETTI, *Il danno alla salute*, cit., p. 193; P. CENDON, *La responsabilità extracontrattuale*, Milano, 1994; P. CENDON – P. ZIVIZ, *Il danno esistenziale. Una nuova categoria della responsabilità civile*, Milano, 2000; F. BILOTTA – P. ZIVIZ, *La prova del danno non patrimoniale*, in *Persona e danno* a cura di P. CENDON, Milano, 2004; P. ZIVIZ, *Il danno non patrimoniale: istruzioni per l'uso*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 1, 94; G. PASCALE, *I danni non patrimoniali. Il quadro normativo e giurisprudenziale*, Santarcangelo di Romagna (RN), 2019; G. PONZANELLI, *La responsabilità civile. Profili di diritto comparato*, Bologna, 1992 p. 260; *id.*, *Non è tanto il danno esistenziale ma il "quantum" il vero problema del danno non patrimoniale*, in *Danno e resp.*, 2013, 2, 129; G. ANZANI, *Danno non patrimoniale e responsabilità da inadempimento*, in *Studium Iuris*, 2017, 4, p. 399; C. SALVI, *La responsabilità civile*, cit., p. 289.

c.c. solo nei casi previsti dalla legge. L'evoluzione giurisprudenziale ha dapprima esteso il concetto di danno non patrimoniale a tutte le ipotesi di pregiudizi diversi ed ulteriori rispetto a quelli patrimoniali, purché conseguenza della lesione di un interesse costituzionalmente garantito¹⁹⁹. In sostanza, oltre all'ipotesi indicata dall'art. 185 c.p.²⁰⁰, per cui il danno non patrimoniale era riconosciuto in caso di illecito che configurasse un reato, si è stabilito che anche la Carta Costituzionale rappresenta una fonte legislativa idonea ad integrare uno degli altri casi previsti dalla legge richiesti dall'art. 2059 c.c.

Successivamente, le note sentenze c.d. di San Martino²⁰¹ hanno ulteriormente precisato il principio predetto riconoscendo il risarcimento del danno non patrimoniale derivante dalla lesione di diritti inviolabili della persona, come tali costituzionalmente garantiti, anche quando non sussista un fatto reato, né ricorra una delle ipotesi specificatamente previste dalle leggi, purché ricorrano tre condizioni²⁰²:

- a) Che l'interesse leso abbia rilevanza costituzionale (altrimenti si porrebbe ad una abrogazione per via interpretativa dell'art. 2059 c.c.);
- b) Che la lesione dell'interesse sia grave, nel senso che l'offesa superi una soglia minima di tollerabilità (in quanto il dovere di solidarietà di cui all'art. 2 Cost. impone a ciascuno di tollerare le minime intrusioni nella propria sfera personale inevitabilmente scaturenti dalla convivenza);
- c) Che il danno non sia futile, vale a dire che non consista in meri disagi o fastidi, ovvero nella lesione di diritti del tutto immaginari, come quello alla qualità della vita o alla felicità.

¹⁹⁹ C. Cass. 31 maggio 2003 n. 8827, in *Giur. it.*, 2004, 29; Cass. 31 maggio 2003 n. 8828, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 5; La tesi è stata confermata anche dal giudice delle leggi: Corte Cost. 11 luglio 2003 n. 233, in *Foro it.*, 2003, I, 2201. In dottrina: F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, cit., p. 271.

²⁰⁰ Vi sono altri limitati casi di previsione legale della liquidazione del danno non patrimoniale: ad esempio, art. 89 c.p.c. per utilizzo di espressioni sconvenienti ed offensive nel processo; art. 2 della legge n. 89/2001 (c.d. legge Pinto) per l'irragionevole durata del processo; art. 125 del d. lgs. n. 30/2005 (codice della proprietà industriale) per illecito utilizzo del marchio, art. 82 del Regolamento U.E. del 27 aprile 2016 n. 679 per violazione della privacy.

²⁰¹ C. Cass. s.u. 11 novembre 2008 n. 26972, in *Giur. it.*, 2009, 61; Cass. s.u. 11 novembre 2008 n. 26973, in *Foro it.*, 2009, I, 120.

²⁰² F. BARTOLINI, *La responsabilità dell'avvocato*, cit., p. 123.

Le sezioni unite hanno ulteriormente precisato che il danno patrimoniale ha natura unitaria, anche se può essere qualificato, per ragioni descrittive, nelle classiche voci del danno biologico, morale ed esistenziale²⁰³. E' stato anche precisato che il danno non patrimoniale può scaturire dall'inadempimento contrattuale, come avviene normalmente nell'ambito della prestazione forense. Inoltre, il danno non patrimoniale deve essere provato come danno conseguenza e non come danno evento: ovverosia, il danno non è provato *in re ipsa* in base al semplice accadimento dell'illecito. Successivamente una serie di sentenze del 2011 ha sancito il principio che per la liquidazione del danno non patrimoniale bisogna fare riferimento alle tabelle elaborate dal Tribunale di Milano²⁰⁴.

Tuttavia, l'incertezza interpretativa non è mai cessata del tutto²⁰⁵. Infatti, la S.C. è dovuta ancora intervenire proponendo un decalogo di valutazione e di liquidazione del danno non patrimoniale²⁰⁶.

²⁰³ Il danno biologico corrisponde alla lesione dell'integrità psico-fisica della persona; il danno morale è inteso come il turbamento interiore, il patema d'animo del danneggiato causato dall'evento ma che non degenera in una vera e propria patologia, rientrando in questo caso nel biologico; il danno esistenziale riguarda la sfera del fare non reddituale del danneggiato e consiste nella sofferenza di non poter fare una determinata attività della vita di relazione compromessa dall'evento pregiudizievole.

²⁰⁴ Cass. 7 giugno 2011 n. 12408, in *Giur. it.*, 2012, 1307; con nota di D. SPERA, *I criteri di liquidazione del danno non patrimoniale e le questioni aperte dai recenti orientamenti di legittimità*; Cass. 30 giugno 2011 n. 14402, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, 10, 2025; Cass. 31 agosto 2011 n. 17879, in *De Jure*; Cass. 12 settembre 2011 n. 18641, in *Giur. it.*, 2012, p. 1543, con nota di P. VALORE; in senso contrario si era espressa Cass. sez. lav. 2 agosto 2011 n. 16866, in *De Jure*; negli anni successivi, con qualche incertezza, si consolidava il criterio delle tabelle milanesi come punto di riferimento per la liquidazione del danno: Cass. 25 febbraio 2014 n. 4447, in *De Jure*; Cass. 20 agosto 2015 n. 16992, in *Foro it.*, 2016, 1, I, 210. Sul punto vedasi anche: A. RICCIO, *La nuova tabella unica nazionale sul danno biologico e la lesione dei diritti dell'uomo*, in *Contratto e impresa*, 2012, 1, p. 34. Tuttavia, anche di recente, sono emerse nuovamente incertezze; la S.C. ha ammesso che le tabelle milanesi, con adeguata motivazione, possano essere disapplicate, in forza del principio del c.d. notorio locale, nell'ambito della personalizzazione del danno, purché con adeguata motivazione: Cass. 5 maggio 2020 n. 8468, in www.dirittoegustizia.it, con nota di A. VILLA, *Il Giudice di merito può disapplicare le tabelle del Tribunale di Milano... motivando la scelta*; Cass. 4 febbraio 2020 n. 2461, con nota di G. PONZANELLI, *La crisi delle tabelle milanesi: l'intervento della cassazione*, in *Danno e resp.*, 2020, 2, p. 223.

²⁰⁵ In particolare si creava un contrasto tra un indirizzo che rimaneva fedele all'insegnamento delle sezioni unite e un altro, sostenuto soprattutto dalla sezione lavoro, che faceva riferimento ad un concetto più ampio di danno non patrimoniale. Nel senso del primo indirizzo: Cass. 7 novembre 2014 n. 23778, in *Danno e resp.*, 2015, 493, con nota di A. FRIGERIO, *Perduranti incertezze nella liquidazione del danno non patrimoniale*; Cass. 29 settembre 2015 n. 19211, in *De Jure*. In senso contrario: Cass. sez. lav. 15 gennaio 2016 n. 583, in *Giur. it.*, 2016, 1587, con nota di M. GIRAUDDO, *I confini del danno rimangono sfumati*.

²⁰⁶ Cass. 27 marzo 2018 n. 7513, in *Resp. civ. e prev.*, 2018, 3, p. 863, con nota di P. ZIVIZ, *Di che cosa parliamo quando parliamo di danno non patrimoniale*. Il decalogo precisa che: 1) L'ordinamento prevede solo il danno patrimoniale e non patrimoniale; 2) Il danno non patrimoniale costituisce una categoria unitaria; 3) Categoria unitaria significa che ogni pregiudizio non patrimoniale è soggetto ai medesimi criteri risarcitori; 4) Nella liquidazione del danno non patrimoniale il giudice deve prendere in esame tutte le

Infine, il sistema risarcitorio è stato ulteriormente riordinato con una serie di sentenze emesse a novembre del 2019, note già come le “nuove sentenze di San Martino”, che hanno inciso profondamente sotto l’aspetto della liquidazione del danno nella responsabilità sanitaria²⁰⁷.

Il sistema dell’accertamento del danno non patrimoniale, quindi, è in continua evoluzione, anche se riguarda principalmente la responsabilità sanitaria, ove il danno alla persona ricorre costantemente.

Pertanto, in ambito legale, il danno non patrimoniale può ricorrere esclusivamente quando per negligenza del patrono sia stato leso un diritto di rango costituzionale, come la libertà personale, l’onore, la famiglia, la dignità soggettiva o il diritto di elettorato attivo e passivo²⁰⁸.

conseguenze dannose dell’illecito ma non deve attribuire a pregiudizi identici nomi diversi; 5) Nella fase istruttoria il giudice deve procedere ad un approfondito accertamento, in concreto e non in astratto, dando ingresso a tutti i mezzi necessari, ricorrendo eventualmente a massime di esperienza e presunzioni, ma senza procedere ad alcun automatismo risarcitorio; 6) In presenza di danno permanente alla salute, costituisce duplicazione risarcitoria l’attribuzione di una somma a titolo di danno biologico, e l’attribuzione di un’ulteriore somma a titolo di risarcimento di giudizi già ricompresi nel biologico (ad es. pregiudizi alle attività quotidiane e relazionali o il danno dinamico-relazionale); 7) In presenza di un danno permanente alla salute la misura del risarcimento in base al sistema del punto può essere aumentata solo in presenza di conseguenze dannose del tutto anomale e peculiari; 8) In presenza di un danno alla salute, non costituisce duplicazione risarcitoria la congiunta attribuzione del danno biologico e di una somma a titolo di sofferenza interiore (danno morale); 9) Quando sia dedotta e provata l’esistenza dei pregiudizi non aventi base medico-legale (danno morale), devono formare oggetto di separata valutazione e liquidazione; 10) Il danno non patrimoniale non derivante da lesione della salute, ma conseguenza della lesione di altri interessi costituzionalmente garantiti, va liquidato tenendo conto tanto dei pregiudizi patiti dalla vittima nella relazione con sé stessa (la sofferenza interiore – danno morale interiore), quanto di quelli relativi alla dimensione dinamico-relazionale della vita del soggetto leso (danno esistenziale), evitando ogni automatismo e dopo un’accurata istruttoria.

²⁰⁷ Si segnalano in questa sede: Cass. 11 novembre 2019 n. 28986, in *Guida al diritto*, 2019, 49-50, 28; questa sentenza ha disciplinato le modalità di liquidazione del danno alla salute in caso di menomazioni concorrenti; Cass. 11 novembre 2019 n. 28988, in *Giust. civ. Mass.*, 2019; questa sentenza ha ribadito la validità del sistema di liquidazione tabellare che può essere incrementato solo in base a circostanze anomale e del tutto peculiari tempestivamente allegate e provate dal danneggiato; Cass. 11 novembre 2019 n. 28993, in *Resp. civ. e prev.*, 2020, 1, p. 181, con nota di E. BUFANO, *Statuti risarcitori dell’incertezza giuridicamente rilevante: la chance perduta come “forma dell’acqua” nella tutela anticipata dei diritti inviolabili*. Questa sentenza ha precisato che il danno da perdita di *chance* può essere liquidato solo nel caso in cui la perdita possibilità sia apprezzabile, seria e consistente. In dottrina: P.G. MONATERI, *Il nuovo quadro della responsabilità medica e del danno secondo la Corte di cassazione*, in *Danno e resp.*, 2020, 2, p. 153.

²⁰⁸ F. BARTOLINI, *La responsabilità dell’avvocato*, cit., p. 125, R. PLENTEDA, *La responsabilità dell’avvocato*, cit., p. 56; R. FAVALE, *La responsabilità civile del professionista forense*, cit., p. 227. L’A. sottolinea (p. 228) che nel sistema tedesco si nega la risarcibilità del danno non patrimoniale da *malpractice* forense perché il contenuto del mandato professionale non incorpora questioni non patrimoniali. Sul punto vedasi anche A. ZACCARIA, *Il risarcimento del danno non patrimoniale in Germania*, in *Resp. civ.*, 2009, p. 775.

Si può pensare, in particolare, all'attività degli avvocati penalisti che abbiano provocato con un contegno colpevolmente negligente l'applicazione di misure restrittive della libertà professionale; oppure al caso in cui l'avvocato, magari nell'ambito della commissione di un illecito penale (ad es. infedele patrocinio²⁰⁹), procuri intenzionalmente gravissimi danni al cliente tanto da provocare addirittura stati di morbilità.

Al di fuori di queste situazioni molto particolari non può ricorrere il danno non patrimoniale in ambito forense, e men che meno nei casi in cui si controverta di mere obbligazioni pecuniarie civili.

Un'ultima riflessione va fatta in tema di compenso dell'avvocato in caso di accertata responsabilità professionale. Ovviamente, se non viene accertata responsabilità, il compenso forense²¹⁰ va sempre riconosciuto. Viceversa, se vi è stata responsabilità professionale, bisogna distinguere tra contratto di patrocinio e contratto di clientela; nel primo caso, che riguarda normalmente solo una determinata questione, la dichiarazione di risoluzione per inadempimento comporta la ripetizione del compenso secondo le regole ordinarie di cui agli artt. 1458 e 2033 c.c.²¹¹; ovviamente, se non è stato pagato il compenso, può essere sollevata l'eccezione di inadempimento

²⁰⁹ Il reato di patrocinio infedele può sussistere anche in caso di mera perdita di *chance* dell'assistito: Cass. pen. 30 gennaio 2020 n. 8617, in www.dirittoegiustizia.it. Per la condivisione della ricorrenza del danno non patrimoniale in questa ipotesi: P. RUSSO, *La responsabilità dell'avvocato*, cit., p. 433-434. Quest'ultimo A. evidenzia la possibilità che ricorra l'ipotesi della risarcibilità del danno non patrimoniale anche quando l'avvocato di renda responsabile di un contegno illecito ai fini di violare il principio della ragionevole durata del processo, visto l'art. 2, 2° comma della c.d. Legge Pinto (n. 89/2001), oppure quando utilizzi a fini illeciti i dati personali del cliente, visto l'art. 15 del codice della privacy (d. lgs. n. 196/2003), ora sostituito dall'art. 82 del Regolamento U.E. del 27 aprile 2016 n. 679.

²¹⁰ Sul compenso forense: G. ANGELONI, *Le nuove regole sui compensi degli avvocati*, Milano, 2018; A. ANCESCHI, *Il compenso dell'avvocato*, Milano, 2017; P. SAVARRO, *I nuovi parametri per la liquidazione dei compensi dell'avvocato*, Piacenza, 2018; G. GAMBOGI, *Nuovi parametri forensi 2018*, Milano, 2018; F. COSSIGNANI, *Il nuovo procedimento per la liquidazione del compenso dell'avvocato*, in *La previdenza forense*, 2012, 2 p. 181.

²¹¹ F. GALGANO, *Diritto privato*, cit., p. 408; C.M. BIANCA, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 2018, p. 536; G. ALPA, *Manuale di diritto privato*, Milanofiori Assago (MI), 2015, p. 522-523; F. BARTOLINI, *La responsabilità dell'avvocato*, cit., p. 71. Non ha avuto seguito un'isolata pronuncia che ha ritenuto irripetibile il compenso ricevuto dal professionista anche in caso di risoluzione del contratto. Secondo questa sentenza, essendo irripetibile la prestazione già resa dal professionista, facendo riferimento al rapporto sinallagmatico del contratto d'opera intellettuale, non deve essere restituito neppure il compenso: Trib. Roma 1° luglio 2004 n. 21777, in *Giur. it.*, 2006, 288, con nota di G. NARDELLI. E' prevalso successivamente il tradizionale insegnamento secondo cui, quando la prestazione offerta sia del tutto inidonea e non apporti nessun vantaggio per chi l'ha ricevuta, il compenso non è dovuto e quindi va restituito. Così Cass. 19 novembre 1963 n. 2995, in *Giur. it.*, 1984, I, 1 7.

ex art. 1460 c.c.; invece, nel contratto di clientela, che riguarda l'assistenza o la consulenza continuativa, l'eventuale risoluzione non travolge le prestazioni già eseguite, visto l'art. 1458 c.c.. Ovviamente occorre che l'inadempimento sia stato di non scarsa importanza, considerato l'art. 1455 c.c.

E' necessario, in ogni caso, che il cliente abbia ritualmente proposto la domanda di risoluzione del contratto e di ripetizione del compenso (o di accertamento negativo del credito), non potendo essere ricompresa la domanda restitutoria in quella di risarcimento²¹².

Va precisato, infine, che la Suprema Corte ha ritenuto dovuto il compenso all'avvocato anche in caso d'errore professionale, ma senza che il cliente sia stato in grado di dimostrare un concreto danno in base alla condotta negligente del professionista²¹³.

§7. – *Casistica giurisprudenziale.*

Al termine di questo lavoro, è opportuno analizzare i principali casi concreti di responsabilità trattati dalla giurisprudenza²¹⁴.

L'avvocato è stato ritenuto responsabile civilmente nei confronti del proprio cliente nei seguenti casi:

- Per errore nella notificazione di un atto²¹⁵;

²¹² Cass. n. 29 luglio 2016 n. 15909, in *Guida al diritto*, 2017, 1, 37; Cass. 29 gennaio 2013 n. 2075, in *Giust. civ. Mass.*, 2013; Cass. 3 febbraio 2006 n. 2439, in *De Jure*; Trib. Padova 18 settembre 2009, in *Giur. it.*, 2010, p. 1098, con nota di P. GOBIO CASALI, *Osservazioni in tema di responsabilità dell'avvocato, restituzione del compenso e risarcimento danni*; A. ZACCARIA, in *Comm. breve al c.c. a cura di G. CIAN – A. TRABUCCHI*, Milano, 2018, p. 1594.

²¹³ Cass. 21 giugno 2018 n. 16342, in www.dirittoegiustizia.it, con nota di F. VALERINI, *L'avvocato sbaglia, ma senza danni per il cliente: escluso il risarcimento, confermato il compenso*.

²¹⁴ Per esaurienti rassegne giurisprudenziali: R. FAVALE, *La responsabilità civile del professionista forense*, cit., p. 235; M. FRANZONI, *Dalla colpa grave alla responsabilità professionale*, cit., p. 87-89; R. PLENTEDA, *La responsabilità dell'avvocato*, cit., p. 19 e ss.

²¹⁵ Cass. 30 marzo 2018 n. 7924, in www.dirittoegiustizia.it; Cass. 18 giugno 1996 n. 5617, in *Giur. it.*, I, 1, 638; Trib. Roma 27 novembre 1992 in *Nuova giur. civ.*, 1994, I, p. 367, con nota di F. MARINELLI, *Le nuove frontiere della responsabilità professionale dell'avvocato*; Trib. S. Maria Capua Vetere 6 febbraio 1989, in *Foro it.*, 1990, I, 3315. Si rinviene anche una pronuncia in cui è stata esclusa la responsabilità dell'avvocato che aveva chiesto la notifica prima dello spirare del termine, anche se si era perfezionata successivamente, per il noto meccanismo dello sdoppiamento degli effetti della notificazione sancito prima dalla sentenza della C. Cost. 26 novembre 2002 n. 477, in *Foro it.*, 2003, I, 13, con nota di R. CAPONI, e

- Per non aver proposto tempestivamente l'istanza di ammissione di mezzi di prova²¹⁶;
- Per mancata impugnazione tempestiva di una decisione²¹⁷;
- Per non aver consigliato un'impugnazione tempestiva di un provvedimento²¹⁸;
- Per la mancata integrazione del contraddittorio²¹⁹;
- Per aver depositato tardivamente il ricorso tanto da incorrere in dichiarazione di inammissibilità per decadenza²²⁰;
- Per omessa richiesta di prove testimoniali²²¹;
- Per aver rinunciato al mandato senza aver adottato le opportune iniziative a tutela delle ragioni del cliente e senza comunque averlo informato²²²;
- Per aver iniziato una causa in relazione a un diritto prescritto senza avere preventivamente informato il cliente²²³;
- Per aver omesso il compimento di atti interruttivi della prescrizione²²⁴;
- Per aver omesso di perfezionare una transazione, lasciando nel frattempo decorrere i termini d'appello²²⁵;

poi dalla modifica dell'art. 149 c.p.c. intervenuta con l'art. 1° comma, lett. e) della legge 28 dicembre 2005 n. 263. La sentenza è la seguente: Cass. 24 aprile 2015 n. 8395, in *Giust. civ. Mass.*, 2015.

²¹⁶ Cass. 23 dicembre 2015 n. 25963, in www.dirittoegiustizia.it; 20 Cass. 8 maggio 1993 n. 5325, in *Foro it.*, 1994, I, 3188, con nota di C. M. BARONE.

²¹⁷ Cass. 26 giugno 2013 n. 4781, in *Foro it.*, 2013, 4, I, 1135 e in *Foro it.*, 2013, 6, I, 1940, con nota di G. SCARSELLI; Cass. 26 giugno 2002 n. 2836 in *Resp. civ. e prev.*, 2002, 1973; Cass. 1° agosto 1996 n. 6937, in *Giust. civ. Mass.*, 1996, 1091.

²¹⁸ Cass. 20 marzo 2018 n. 6859, in www.dirittoegiustizia.it.

²¹⁹ Cass. 24 marzo 1978 n. 1437, in *Mass. Foro it.*, 1978.

²²⁰ Cass. 28 settembre 2018 n. 23449, in www.dirittoegiustizia.it.

²²¹ Cass. 6 febbraio 1998 n. 1286, in *Foro it.*, 1998, I, 1917 e in *Danno e resp.*, con nota di F. MAGNI, *Responsabilità dell'avvocato per negligente perdita della lite tra "certezza" e "probabilità" di un diverso esito del giudizio.*

²²² Cass. 8 maggio 1993 n. 5325, in *Foro it.*, 1994, I, 3188.

²²³ Cass. 14 novembre 2002 n. 16023, *Danno e resp.*, 2003, 256, con nota di F. SALVATORE; Cass. 29 novembre 1973 n. 3298, in *Giust. civ.*, 1974, I, 409.

²²⁴ Trib. Verona 27 giugno 2014, in www.ilcaso.it.

²²⁵ Cass. 13 maggio 2011 n. 10686, in *Giust. civ.*, 2011, 7-8, 1692.

- Per tardiva opposizione a decreto ingiuntivo con successiva declaratoria di inammissibilità²²⁶;
- Per tardiva riassunzione di una causa²²⁷;
- Per tardiva contestazione dei fatti costitutivi dedotti a fondamento delle domande dell'attore²²⁸;
- Per aver introdotto in sede ordinaria una causa soggetta ad arbitrato in presenza di clausola arbitrale irrituale²²⁹;
- Per aver omesso di comunicare al cliente l'avvenuta notificazione di una sentenza di condanna fino a far decorrere il termine per impugnare²³⁰;
- Per non aver proposto congiuntamente alla domanda di esecuzione specifica di un contratto preliminare di compravendita l'azione di riduzione del prezzo per vizi del bene²³¹;
- Per non aver tenuto conto di una soluzione giuridica costantemente riaffermata dalle sezioni unite del giudice di legittimità²³².

Come si può notare, la grande maggioranza delle decisioni riguarda il compimento errato o omesso di attività materiali dell'avvocato che non rientrano nell'assistenza difensiva vera e propria, ma sono collegabili alla vecchia attività procuratoria che non rappresenta un'obbligazione di mezzi, ma di risultato: se l'avvocato sbaglia una notifica o un deposito può liberarsi da responsabilità solo se prova l'impossibilità oggettiva ad adempiere a lui non imputabile ai sensi dell'art. 1218 c.c.

²²⁶ Trib. Roma 11 ottobre 1995, in *Danno e resp.*, 1996, p. 644. Tuttavia, il cliente deve dimostrare che l'opposizione, qualora fosse stata proposta tempestivamente, poteva ragionevolmente essere accolta.

²²⁷ Trib. Roma 2 giugno 2002, in *Giust. civ.*, 2004, I, 243, con nota di R. FAVALE, *La responsabilità civile del professionista fiorentino*.

²²⁸ G. BELLI, *Onere di contestazione: quale responsabilità per l'avvocato che vi assolve tardivamente*, nota a c. Appello Milano 29 giugno 2011, in *La resp. civ.*, 2012, p. 271. La considerazione è dell'A. in commento alla sentenza che aveva visto soccombente una compagnia di assicurazioni per tardiva contestazione delle quietanze di pagamento del premio, visto l'onere di contestazione di cui all'art. 167 c.p.c. e il principio di non contestazione di cui all'art. 115, 1° comma c.p.c.; sul principio di non contestazione: C. MANDRIOLI – A. CARRATTA, *Diritto proc. civ.*, cit., II, p. 39, nota 95.

²²⁹ Trib. Padova 18 settembre 2009, in *Giur. it.*, 2010, p. 1098, con nota di P. GOBIO CASALI, *Osservazioni in tema di responsabilità dell'avvocato, restituzione del compenso e risarcimento danni*.

²³⁰ Cass. 12 aprile 2011 n. 8312, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 4, 587.

²³¹ Cass. 6 settembre 2012 n. 14936, in *De Jure*.

²³² Cass. 28 febbraio 2014 n. 4790, in *Giust. civ. Mass.*, 2014.

Meritano un approfondimento due ipotesi di responsabilità professionale particolarmente dibattute e ricorrenti.

Il primo caso riguarda la responsabilità dell'avvocato per omessa impugnazione di un provvedimento. Non si tratta affatto di una responsabilità *in re ipsa*: il cliente non può limitarsi ad allegare semplicemente la mancata proposizione dell'atto di impugnazione deducendo il preteso danno. Il cliente, secondo la regola generale, deve dare la prova dell'incarico conferito all'avvocato²³³. Poi deve dimostrare l'erroneità della pronuncia da impugnare²³⁴, dovendo consentire al giudice una valutazione pronostica positiva circa il probabile esito dell'azione giudiziale²³⁵: in sostanza deve essere prodotto l'intero fascicolo di causa, comprensivo delle difese avversarie, per poter sviluppare un vero processo nel processo. Poi deve essere dettagliatamente censurato il provvedimento da impugnare proponendo i motivi che avrebbero probabilmente portato all'accoglimento del mezzo di gravame. In mancanza di questa prova, non può essere riconosciuta la responsabilità dell'avvocato.

Infine, bisogna considerare l'ipotesi di responsabilità per errore nella scelta della strategia processuale. Si tratta di una questione molto delicata perché pone dei rischi molto gravi a carico dell'avvocato; infatti, è impossibile stabilire a priori una strategia che possa condurre con certezza all'accoglimento della pretesa del patrocinato. Ad esempio, è stato ritenuto responsabile l'avvocato che abbia tutelato un credito del cliente tramite rito ordinario anziché con decreto ingiuntivo, per aver allungato i tempi di soddisfazione del credito²³⁶. La questione può essere opinabile, perché il difensore poteva avere delle ottime ragioni per procedere per via ordinaria: perché la

²³³ G. CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, cit., p. 184.

²³⁴ A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO – M. FEOLA, *La responsabilità civile. Contratto e torto*, cit., p. 351-353.

²³⁵ Cass. 28 novembre 2019 n. 31187, in www.dirittoegiustizia.it; Cass. 19 febbraio 2019 n. 4742, in www.dirittoegiustizia.it; Cass. 31 ottobre 2017 n. 25807, in *De Jure*; Cass. 20 agosto 2015 n. 17016, in *Giur. it.*, 2016, p. 335, con nota di G. SICCHIERO, *Come si valuta il merito della diligenza professionale?*; Cass. 5 febbraio 2013 n. 2638, in *Giust. civ. Mass.*, 2013; Cass. 27 maggio 2009 n. 12354, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, 10, p. 2015, con nota di G. AZZALINI, *Responsabilità professionale dell'avvocato e risarcimento del danno: riflessioni su un curioso caso d'omessa informazione al cliente*, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, 10, p. 2051, e in *resp. civ. e prev.*, 2010, 4, p. 819 con nota di G. MUSOLINO, *Responsabilità dell'avvocato per perdita della chance di appellare la sentenza sfavorevole*, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, 4, p. 819;

²³⁶ Cass. 26 luglio 2010 n. 17506, in *De Jure*.

documentazione di cui all'art. 634 c.p.c. era insufficiente, oppure perché, nella certezza dell'opposizione, contava di poter argomentare meglio un'eventuale istanza di ordinanza ingiunzione di cui all'art. 186 *ter* c.p.c. In un altro caso la responsabilità è stata ravvisata nella mancata citazione in giudizio del Fondo di garanzia per le vittime delle strade nell'ambito di un incidente stradale, pur essendo stato ritualmente citato il responsabile²³⁷. Anche qui potrebbero esserci state delle peculiari ragioni per evitare la chiamata in causa del Fondo, ad esempio per la sicura solvibilità del danneggiato. Il principio che governa la materia è che la scelta della strategia processuale può essere foriera di responsabilità solo se la sua inadeguatezza rispetto alle aspettative del cliente risulti valutata e motivata dal giudice *ex ante*, restando esclusa nel caso in cui le questioni giuridiche o fattuali presentino margini di opinabilità²³⁸. E' vero che, secondo l'ultimo orientamento della Suprema Corte, la scelta della strategia processuale spetta all'avvocato²³⁹, anche quanto la linea difensiva sia stata ispirata dalla volontà del cliente o addirittura concordata. Tuttavia, si tratta di una tesi assolutamente criticabile. Infatti, ciò che conta, è che l'avvocato abbia svolto adeguatamente il proprio dovere informativo all'atto della stipula del contratto di patrocinio. Infatti, laddove il difensore abbia correttamente illustrato al cliente la questione giuridica e le possibili soluzioni, non potendo garantire il risultato della causa, dovrà andare esente da responsabilità. Infatti, in questo senso si esprime quella avveduta giurisprudenza che sposta l'asse della responsabilità professionale dalla strategia processuale a quello dell'obbligo informativo, dando adeguato rilievo al consenso informato del cliente-assistito²⁴⁰.

²³⁷ Cass. 24 luglio 2017 n. 18239, in *Giur. it.*, 2017, p. 2380, con nota di R. CONTE, *Responsabilità civile dell'avvocato e scelte di strategia processuale non erranee*. La conclusione dell'A. della nota è condivisibile: "Alla luce di quanto fin qui detto, ritengo che una scelta di strategia processuale in sé non possa mai essere fonte di responsabilità, laddove rientri nell'ambito delle opzioni in cui può estrinsecarsi una difesa".

²³⁸ Cass. 3 settembre 2019 n. 21982, in www.dirittoegiustizia.it; Cass. 22 novembre 2018 n. 30169, in www.dirittoegiustizia.it, con nota di M. SUMMA, *La scelta della strategia difensiva spetta unicamente all'avvocato*; Cass. 10 giugno 2016 n. 11906, in *Giust. civ. Mass.*, 2016; Trib. Grosseto 28 gennaio 2020, in *De Jure*; Trib. Isernia 2 agosto 2019, in *Guida al diritto*, 2020, 18, 64.

²³⁹ Cass. 20 maggio 2015 n. 10289,

²⁴⁰ Cass. 19 aprile 2016 n. 7708, in www.dirittoegiustizia.it. E' stato anche ritenuto che vada esente da responsabilità l'avvocato che abbia operato una determinata scelta processuale in base a documentazione incompleta fornita dal cliente: C. Appello Milano 10 giugno 2006, in *De Jure*.

Quindi, anche in tema di strategia processuale non può essere condivisa la tesi secondo cui incomba sull'avvocato la relativa responsabilità quando sia stato assolto adeguatamente il dovere informativo. L'avvocato può anche accettare la difesa in una causa c.d. persa senza incorrere in responsabilità, purché informi opportunamente il cliente e lo assista diligentemente.

§8. – *Conclusioni*.

La responsabilità professionale forense sta conoscendo un momento di ampia espansione dovuto sia a motivazioni di tipo giuridico, collegate ai nuovi perimetri elaborati dalla giurisprudenza in ambito della responsabilità professionale in generale, sia a cause di tipo sociale, economico e ordinamentale²⁴¹. Infatti, i confini della responsabilità professionale si sono sempre più allargati riducendo l'ambito di operatività delle obbligazioni di mezzi, ormai spesso ricondotte nell'alveo di quelle di risultato. D'altra parte, il grande aumento del numero di professionisti ha causato un progressivo decadimento della qualità professionale²⁴² che giustifica rapporti sempre più tesi con i clienti congiunti ai sempre maggiori rischi di errori determinati dalla complessità del sistema. Oggi la professione forense viene sempre più assimilata anche a livello legislativo a un'impresa²⁴³ ed è in atto ormai da diversi anni un processo

²⁴¹ F. MARINELLI, *La responsabilità civile dell'avvocato*, in *La previdenza forense*, 2012, 2, p. 187.

²⁴² P. CALAMANDREI, *Troppi avvocati!*, Ristampa anastatica dell'edizione originale del 1921 a cura della Fondazione forense bolognese, Bologna 2006, p. 12 (introduzione) e 57. La crescita esponenziale degli avvocati come quella verificatasi tra il 1913 e il 1921, e tra il 1990 e oggi, provoca il "proletariato forense": "La esistenza di questo proletariato forense, che ogni anno si invilisce col crescer di numero, come un fiume in piena che più s'intorbida quanto più gonfia, è la sciagurata causa di tutti i mali della nostra professione".

²⁴³ Il processo è iniziato con il decreto legge 4 luglio 2006 n. 223 (noto come decreto Bersani), convertito in legge 4 agosto 2006 n. 248, che portò all'abrogazione delle tariffe minime per l'onorario degli avvocati e all'abrogazione del divieto del c.d. patto di quota lite. Poi, con l'art. 9 della legge 24 marzo 2012 n. 27 (di conversione del decreto legge 24 gennaio 2012 n. 1) vennero abrogate le tariffe delle professioni regolamentate nel sistema ordinistico. Il divieto del c.d. patto di quota lite venne reintrodotta con il 4° comma dell'art. 13 della L.P. Poi, con l'art. 1, comma 141, n. 6 lett. d) della legge n. 24 agosto 2017 n. 124 sulla concorrenza, venne modificato il 5° della L.P., introducendo l'obbligo del preventivo. Il potere contrattuale degli avvocati con le grandi imprese ad un certo punto si è così ridotto da portare al correttivo disposto dall'art. 13 bis della L.P. con la legge 4 dicembre 2017 n. 172 in materia di equo compenso. Di fatto ora gli avvocati, essendo in soprannumero rispetto alle esigenze della domanda del mercato di servizi legali, sono alla mercé dei clienti che girano tra gli studi per spuntare preventivi spesso irrisori rispetto alle prestazioni richieste. Per una disamina sull'argomento, con particolare riferimento al patto di quota lite: G. CONTE, *La tormentata disciplina del "patto di quota lite" e le equivoche novità introdotte con la riforma forense*, in *Contratto e impresa*, 2013, 4-5, p. 1109.

di indirizzo verso criteri mercantilistici che sembra condurre alla mercificazione della prestazione del giurista²⁴⁴.

La funzione pubblica dell'avvocato segna sempre più il passo rispetto a quella privatistica²⁴⁵, intesa nel senso deterioro di strumento della dialettica eristica tesa ad ottenere il soddisfacimento delle ragioni del cliente *per fas et nefas*. Il cliente-assistito tende sempre più a considerare l'avvocato come strumento per ottenere il soddisfacimento dei propri pretesi diritti, aldilà del torto e della ragione, confondendoli con i desideri.

Di fronte a questa situazione, si è verificato un altro fenomeno deprecabile. Si è spezzato il patto di colleganza tra avvocati. E' vero, ma fino ad un certo punto, che il dovere di fedeltà e di difesa è preminente rispetto a quello di colleganza.

Tuttavia, ora, di fronte a questa crescita esponenziale del contenzioso professionale forense, bisogna ammettere che spesso all'origine delle cause contro gli avvocati ci sono dei nuovi difensori "crumiri" che bacchettano l'operato dei colleghi con il senno di poi. Ragionando con il senno di poi si vincono anche le lotterie, oltre alle cause.

I colleghi, invece, dovrebbero fare da filtro, quali autentici promotori di legalità, sulle ipotesi di responsabilità professionale forense, provvedendo a selezionare le situazioni di reale manifesta negligenza degli avvocati. Ma questo succederà solo quando il numero degli avvocati tornerà ad essere equilibrato rispetto alle esigenze del mercato, probabilmente nell'arco di un paio di generazioni. Infatti, ora lo spropositato numero degli avvocati degenera nel malcostume forense, per cui si tende ad accettare qualsiasi incarico, senza alcun serio vaglio critico della questione giuridica.

Bisogna sempre tenere presente che nelle cause, sin dai tempi di Aristotele, si può solo utilizzare un metodo argomentativo retoricamente corretto che consente di non incorrere negli errori.

Ma nessun metodo difensivo può garantire il buon esito di una lite in giudizio.

²⁴⁴ G. ALPA, *L'avvocato. I nuovi volti della professione forense nell'età della globalizzazione*, Bologna, 2005, p. 52-53.

²⁴⁵ P. DORIA, *La formazione del giurista: L'impresa di servizi legali o il vir bonus dicendi peritus?*, in *Jus Civile*, 2020, p. 158.

