

LA RESPONSABILITÀ DELL'AVVOCATO

La natura del contratto : principi generali

Il contratto che intercorre tra l'avvocato ed il cliente in virtù del quale il primo si impegna a prestare la propria opera professionale in favore del secondo è qualificato dalla giurisprudenza come mandato professionale a tempo (cfr. cass. 63/326).

Può avere ad oggetto sia una attività giudiziale che stragiudiziale.

Il cliente è colui che ha conferito l'incarico al professionista e che non necessariamente coincide con colui nel cui interesse la prestazione deve essere eseguita, il cliente è tenuto al pagamento del corrispettivo al professionista,

Il rapporto tra cliente e professionista è regolato dalle norme sul mandato e, dagli art. 2230 e ss. del c.c. E dalle norme del codice di deontologia professionale.

Nell'ipotesi di associazione tra professionisti il mandato rilasciato dal cliente ad uno di essi non può presumersi esteso impersonalmente e collettivamente a tutti i professionisti atteso il carattere personale e fiduciario.(cfr. Cass. Civ. II sezione n. 11922 dell'11/9/2000).

Al fine di esaminare la responsabilità dell'avvocato bisogna far riferimento all' Art. 1176.

Diligenza nell'adempimento “

“Nell'adempire l'obbligazione il debitore deve usare la diligenza del buon padre di famiglia.

Nell'adempimento delle obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale, la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata.”

all' Art. 1218.

Responsabilità del debitore

“Il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile”.

all'Art. 2236.

Responsabilità del prestatore di opera

“ Se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o di colpa grave”.

La responsabilità dell'avvocato può essere a) penale ad. es. art. 380 c.p., patrocinio o consulenza infedele, 381 altre infedeltà del patrocinatore o del consulente tecnico, b) disciplinare; c) e civile.

La responsabilità dell'avvocato va inquadrata nell'ambito della responsabilità del professionista che negli ultimi anni ha avuto una rapida evoluzione.

L'obbligazione dell'avvocato assunta mediante la stipulazione di un contratto professionale di prestazione d'opera intellettuale è ritenuta comunemente una obbligazione di mezzi e non di risultato, in quanto il professionista assumendo l'incarico, si impegna a porre in essere tutte le condizioni tecnicamente necessarie per consentire al cliente la realizzazione dello scopo perseguito, ma non a conseguire il risultato.

Occorre quindi fare riferimento al criterio della diligenza esigibile ai sensi dell'art. 1176 c.c. Il comma rapportata alla natura dell'attività esercitata, cosicché la diligenza da impiegare nello svolgimento dell'opera prestata in favore del cliente è quella del professionista di preparazione tecnica e di attenzioni medie.

L'art. 2236 c.c. prevede una deroga alle norme generali che disciplinano l'inadempimento, giustificata dalla natura e dal contenuto della prestazione richiesta, allorché questa comporti la soluzione di questioni tecniche di particolare difficoltà, nel qual caso potrà essere ravvisata la responsabilità del professionista solo in caso di dolo o colpa grave.

Gravano inoltre sul professionista oneri informativi -onere che come vedremo avranno

valenza sempre maggiore ai fini della valutazione della responsabilità.

In particolare l'avvocato, malgrado l'obbligazione assunta sia di mezzi e non di risultato, deve adempiere sia all'atto del conferimento dell'incarico che nel corso dello svolgimento dello stesso anche ai doveri di sollecitazione, dissuasione informazione essendo tenuto a rappresentare a quest'ultimo tutte le questioni di fatto e di diritto, comunque insorgenti ostative al raggiungimento del risultato e comunque produttive di rischio e di effetti dannosi, di richiedergli gli elementi necessario o utili in suo possesso, a sconsigliarlo dall'intraprendere o proseguire un giudizio dall'esito probabilmente sfavorevole.

E' stato altresì precisato che il rilascio al difensore della procura necessaria all'esercizio del potere di rappresentanza in giudizio, ovvero allo jus postulandi, non è sufficiente a provare l'avvenuta informazione del cliente di tutte le circostanze indispensabili ad assumere una decisione pienamente consapevole sulla opportunità o meno di promuovere o intervenire in una controversia.

In alcuni casi tuttavia l'avvocato assume una **obbligazione di risultato** quali ad es. verificare la sussistenza di procedure esecutive immobiliari in cui intervenire; l'interruzione del termine di prescrizione; proposizione di un appello, redazione di un parere, la redazione di un contratto.

In tutti questi casi un risarcimento del danno dovrà essere riconosciuto ma sempre che , pur su base probabilistica, l'esatto adempimento avrebbe consentito in concreto di raggiungere il risultato sperato.

Ipotesi tipiche di responsabilità dell'avvocato sono: 1) il colposo mancato rilievo della prescrizione: l'avvocato risponde se non eccepisce la prescrizione o se ha iniziato la causa senza aver rilevato l'esistenza della prescrizione del diritto e se eccepita la prescrizione da parte del convenuto, non abbia avvisato di ciò il proprio cliente; 2) per l'intervenuta decadenza, per la mancata colposa proposizione di una valida impugnazione, della redazione di un atto, per la mancata intimazione dei testi, per la colposa erronea interpretazione di una norma; 3) per la mancata partecipazione alle udienze, per il mancato deposito di atti e/o documenti; 4) per la mancata informazione relativa a essenziali scelte processuali; 5) per l'inadempimento dell'obbligo di rendiconto.

Tutto ciò va però attentamente valutato; ad esempio la proposizione di un appello infondato potrebbe indurre le parti a transigere la causa.

Gli obblighi accessori

Il dovere di informazione assume un particolare importanza con riferimento all'ipotesi di recesso del professionista. Il disposto di cui all'art. 2237 III comma c.c. Prevede che "il recesso del prestatore d'opera deve essere esercitato in modo di evitare un pregiudizio al cliente", ciò comporta che il professionista che recede dall'incarico deve informare il cliente dello stato del giudizio e degli adempimenti che restano ancora da compiere, ciò a maggior ragione ove i temoi non consentano al nuovo difensore di provvedervi.

Excursus

In tema di responsabilità civile del professionista a partire dagli inizi del 2000 si è verificato un mutamento rispetto alla posizione precedentemente assunta dalla giurisprudenza, volta ad una tutela sempre maggiore del cliente avente l'intento di riportare il rapporto professionista -cliente alla logica codicistica al rapporto tra debitore semplice e creditore semplice.

Sino agli anni 50 l'avvocato godeva di una sorta di impunità fondata sul presupposto che la di lui responsabilità avrebbe potuto essere affermata solo dove si fosse potuto stabilire con certezza un rapporto tra diligenza ed esito favorevole ma ciò era impossibile in quanto *"ogni sentenza è condizionata da una quantità di fattori inimmaginabili, da indurre a negare la sussistenza un danno risarcibile, anche in presenza di una accertata negligenza professionale"* (cfr. trib. Roma 3 marzo 1954).

La stessa corte di Cassazione nel 1931 (sentenza n. 495 del 10 febbraio 1931) ha affermato che il procuratore in colpa per l'omessa interposizione di appello di cui abbia assunto l'incarico dal proprio cliente può farsi carico del rimborso delle spese invano anticipategli, ma non del danno incerto ed eventuale desunto da una stima preventiva dell'esito della lite, posto che secondo la SC "habent sua sidera lites" nel senso che nel calcolo concorrono elementi di difficile valutazione, quali l'opinione personale del giudice, il suo apprezzamento delle prove, l'apprestamento delle stesse, il corso del giudizio ecc.

La responsabilità dell'avvocato era considerata una eccezione giustificata sulla base di due considerazioni 1) l'impossibilità di prevedere l'esito della lite; 2) inammissibilità del riesame di controversie già decise con sentenza passata in giudicato

Basti pensare che nello stesso periodo l'errore medico era in una sentenza definito un "disgraziato fardello della scienza medica". Al cui accertamento si procedeva tenendo conto di cautele, esimenti e scusanti, e ove mai verificata la responsabilità medica godeva di attenuanti.

Il riferimento alla responsabilità medica non è casuale perchè proprio tale responsabilità ha assunto una posizione centrale in tema di responsabilità di professioni intellettuali ed è destinata a far da traino alla responsabilità degli altri professionisti.

L'esame della giurisprudenza in tema di responsabilità civile del professionista negli ultimi anni e l'incremento di cause di responsabilità professionale dell'avvocato, conforta tale affermazione.

La disciplina codicistica cui bisogna far riferimento è quella dettata dall'art. 2236 c.c., inizialmente volta a tutelare esigenze corporativistiche, successivamente è stato interpretato in linea con il dettato costituzionale.

In particolare con la sentenza n. 166 del 28 novembre 1973 la Corte Cost. ha affermato la legittimità costituzionale della norma *"ritenendo non irragionevole la scelta del legislatore di graduare i presupposti della responsabilità in ragione della difficoltà della prestazione. "L'art. 2236 c.c. risulta non più norma eccezionale ma applicazione concreta del principio di cui al secondo comma dell'art. 1176 c.c. al quale l'avvocato deve attenersi nell'esercizio dell'attività professionale"*.

La Cassazione (499/2001) ha altresì precisato che il rapporto tra le due norme è di **integrazione per complementarietà** per cui la regola generale è quella dettata dall'art. 1176 c.c, con riguardo alla natura dell'attività prestata, mentre quando la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà opera il 2236 c.c. delimitando così la responsabilità dell'avv. al dolo o colpa grave.

L'avvocato in buona sostanza deve porre in essere un'attività diligente secondo lo standard professionale che in quel momento storico e in quella particolare situazione il giudice investito della questione ritiene sussistente

"l'inadempimento del professionista non può essere desunto dal mancato raggiungimento del risultato utile sperato dal cliente, ma deve essere valutato alla stregua dei doveri inerenti allo svolgimento dell'attività professionale, ed in particolare del dovere di diligenza, per il quale trova applicazione il criterio di cui all'art. 1176 c.c, sicchè la diligenza che il professionista deve utilizzare è quella media, cioè quella del professionista di preparazione professionale e attenzione medie, salvo il caso in cui la prestazione professionale involga la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà, nel qual caso la responsabilità è attenuata, configurandosi la previsione di cui all'art. 2236 c.c. solo nel caso di dolo o colpa grave. L'accertamento relativo al se la prestazione professionale implichi la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà è rimesso al giudice di merito ed il relativo giudizio è incensurabile in sede di legittimità sempre che sia sorretto da motivazione congrua ed esente da vizi logici o da errori di diritto (cfr. Cass. 7618/1997).

L'ONERE DELLA PROVA

In tema di responsabilità professionale in generale vale il principio secondo cui “il cliente è tenuto a provare non solo di aver sofferto un danno, ma anche che questo è stato cagionato dalla insufficiente o inadeguata attività e cioè dalla difettosa esecuzione della prestazione del professionista, rimanendo a carico di quest'ultimo la dimostrazione della impossibilità a lui non imputabile della perfetta esecuzione della prestazione stessa (cfr. Cass. 2230/73).

In tema di onere della prova bisogna far riferimento al superamento della distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato.

La discussa distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato ha consentito nel passato alla giurisprudenza di stabilire un regime di prova dell'inadempimento senz'altro più favorevole al professionista-debitore, e ciò malgrado le critiche che in dottrina sono state levate contro tale sorta di distinzione (ricordiamo fra tutti il Mengoni).

Bisognerà attendere il 2005 perchè la Giurisprudenza di legittimità faccia proprie tali critiche sancendo il superamento della distinzione sul piano sostanziale, verosimilmente sull'onda di altri pronunciamenti in tema di responsabilità medica che ne avevano già decretato il tramonto.

La Corte di cassazione con la sentenza 13533 del 30/10/2001 ha tentato di ricondurre ad unità il regime probatorio con riferimento alle azioni previste dall'art 1453.c.c.

La Corte sulla base di criteri di ragionevolezza per identità di situazioni probatorie, di vicinanza della prova, di distinzione strutturale tra responsabilità contrattuale e da fatto illecito, enuncia il principio secondo cui “in tema di inadempimento di un'obbligazione, il creditore che agisca per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno, ovvero per l'adempimento deve soltanto provare la fonte (negoziale o legale) del suo diritto ed il relativo termine di scadenza limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte, mentre il debitore convenuto è gravato dall'onere della prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa, costituito dall'avvenuto adempimento”, al creditore istante sarà sufficiente la mera allegazione dell'inesattezza dell'adempimento (per violazione di diritti accessori, come quello di informazione, ovvero per mancata osservanza dell'obbligo di diligenza o per difformità quantitative o qualitative del beni) gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto esatto adempimento”.

Pochi anni dopo la Corte con due sentenza la 10297/2004 e la 11488/2004, in tema di responsabilità medica - operando un deciso mutamento rispetto al consolidato orientamento che chiedeva al paziente la prova dell'inadempimento del medico o della struttura sanitaria sulla premessa che la “relazione tra medico e paziente (o struttura sanitaria) e di carattere contrattuale - afferma “ che in base alla regola di cui all'art. 1218 c.c. (non compete al paziente provare la colpa, né tanto meno, la gravità di essa, dovendo il difetto di colpa o la non qualificabilità della stessa in termini di gravità (nel caso di cui all'art. 2236 c..) essere allegate e provate dal medico.

Le S.U. Della S.C. con la sentenza n. 15781/2005 prima e con la 577/2008 dopo, hanno approfonditamente analizzato il tema relativo alla distinzione tra O di mezzi e O di risultato; nell'esaminare l'applicabilità dell'art. 2226 c.c. in tema di decadenza e prescrizione della garanzia per i vizi della prestazione d'opera, in particolare di un progettista e direttore dei lavori, hanno affermato che la distinzione tra O di mezzi e O di risultato ha solo carattere descrittivo e non ha alcuna incidenza sul regime di responsabilità ove è richiesto al professionista di attenersi a parametri molto rigidi di professionalità, notandosi come lo stesso standard di diligenza sia cresciuto sensibilmente, comprimendo l'area della colpa grave nei confronti di problemi tecnici di speciale

difficoltà.

Questo orientamento verrà come già detto ulteriormente avallato dalla sentenza n. 577/2008 che stempera ulteriormente la distinzione tra obbligazioni di mezzo ed obbligazioni di risultato laddove la Corte precisa: tale impostazione non è immune da profili problematici, specie se applicata proprio alle ipotesi di prestazioni d'opera intellettuale, in considerazione della struttura stessa del rapporto obbligatorio e tenendo conto altresì, che un risultato è dovuto in tutte le obbligazioni.

Riconosce la Corte che in ogni obbligazione si richiede la compresenza sia del comportamento del debitore che del risultato, anche se in proporzione variabile, prende atto poi che la distinzione tra obbligazioni di mezzo e di risultato è stata utilizzata dalla giurisprudenza per risolvere problemi di ordine pratico quali la ripartizione dell'onere della prova tra le parti, e l'individuazione dell'obbligo ai fini del giudizio.

Rileva che in qualche caso per ampliare la sfera di responsabilità del professionista si è operata "una sorta di metamorfosi dell'O. di mezzi in O di risultato mediante l'individuazione di doveri di informazione e di avviso definiti accessori ma integrativi, rispetto all'obbligo primario della prestazione ed ancorati a principi di buona fede, quali obblighi di protezione, indispensabili per il corretto adempimento della prestazione.

Le S.U. Manifestano il loro dissenso in tema di nesso di causalità espresso e pronunce a sezioni semplici, secondo cui è il paziente che deve fornire la prova del nesso di causalità tra azione ed omissione ed evento dannoso, in quanto ciò è frutto della distinzione tra obbligazioni di mezzo e di risultato

Affermano le S.U. che " *se può avere una funzione descrittiva è dogmaticamente superata quantomeno in tema di riparto dell'onere probatorio* dalla sentenza n.13533/2001 e ribadiscono le motivazioni di cui alla sentenza n. 15781/2005.

Quel che è importante evidenziare è che con la sentenza 577/2008 le S.U. richiamando quella del 2001 n. 13533 hanno affermato che il meccanismo di ripartizione dell'onere della prova ai sensi dell'art. 2967 c.c in tema di responsabilità contrattuale è identico sia che il creditore agisca per l'adempimento dell'obbligazione ex art. 1453, sia che si domandi il risarcimento per l'inadempimento contrattuale ex art. 1218 c.c. senza richiamarsi in alcun modo la distinzione tra O di mezzi e di risultato.

Le S.U. affermano che "*L'inadempimento rilevante nell'ambito dell'azione di responsabilità per il risarcimento del danno nelle O c.d. Di COMPORTAMENTO (si evidenzia l'uso di questa espressione rispetto a quella tradizionale di O di mezzo) non è qualunque inadempimento, ma solo quello che costituisce causa o concausa efficiente del danno. Ciò comporta che l'allegazione del creditore non può attenere ad un inadempimento, quale esso sia, ma ad un **inadempimento**, per così dire **qualificato**, e cioè astrattamente efficiente alla produzione del danno comporterà al debitore dimostrare che tale inadempimento non vi è stato ovvero che, pur esistendo, non è stato nella fattispecie causa del danno*".

Nella sentenza citata le S.U. hanno affermato il seguente **principio di diritto**: "*In tema di responsabilità contrattuale della struttura sanitaria e di responsabilità da contatto sociale del medico, ai fini del riparto dell'onere probatorio, l'attore, paziente danneggiato, deve limitarsi a provare il contratto (o il contatto sociale) e l'aggravamento della patologia o l'insorgenza di un'affezione ed allegare l'inadempimento del debitore astrattamente idoneo a provocare il danno lamentato.*

Al debitore competerà dimostrare o che tale inadempimento non vi è stato ovvero che, pur esistendo, esso non è stato eziologicamente rilevante".

COME rileva il principio della vicinanza dell'onere della prova nella cause di responsabilità professionale dell'avvocato?

Di solito la responsabilità dell'avvocato è inerente ad una omissione: la decadenza dalla

proposizione dell'appello, dall'opposizione, la prescrizione, la mancata partecipazione alle udienze: in tal caso graverà sull'avvocato l'onere di provare che nonostante tale omissione non v'è nesso di causalità tra omissione e danno.

Si evidenzia tuttavia come sempre più sentenze della SC successive in materia di responsabilità dell'avvocato non si accontentino della mera allegazione dell'inadempimento imponendo al cliente di fornire la prova di idonei dati obiettivi sulla scorta dei quali il giudice potrà valutare l'attività del professionista.

La Cassazione con la sentenza n. 230 dell'11/1/10 ha affermato: *“il rapporto professionale che lega l'avvocato al cliente comporta una obbligazione di mezzi e non di risultato sicché l'inadempimento del professionista non può essere desunto dal mancato raggiungimento dell'utile al cui mira il cliente ma soltanto alla violazione del dovere di diligenza adeguato alla natura dell'attività esercitata”*.

Il patto di quota lite

Nell'ottica di abolire la distinzione tra obbligazioni di mezzo e di risultato con riferimento alla prestazione dell'avvocato si inserisce la norma che ha previsto l'abrogazione del patto di quota lite. Il terzo comma dell'art. 2233 c.c. che prevedeva tale divieto, è stato sostituito dall'art. 2 comma II bis del d.legge n. 223 4/7/2006 convertito in legge 248/2006, nella sua vigente formulazione tale norma prevede la nullità dei patti conclusi tra avvocati e praticanti abilitati con i loro clienti che stabiliscono compensi professionali se non redatti in forma scritta.

Da autorevole dottrina (Covucci, Ponzanelli) è stato dunque affermato che il subordinare gli onorari dovuti per l'assistenza e la consulenza alla vittoria di una causa indica chiaramente che non sono più l'assistenza e la consulenza ad essere remunerate, ma il conseguimento di un risultato preciso per il cliente, cui consegue il riconoscimento di un'utilità per il professionista. L'alea della remunerazione viene cioè fatta gravare sul professionista con un rivoluzionario superamento rispetto alla impostazione passata nella quale il carattere onorario non poteva essere messo in discussione.

IL NESSO DI CAUSALITA'

L'accertamento del nesso di causalità rappresenta sicuramente il momento più difficile nei giudizi di responsabilità: ciò in particolar modo con riferimento alla natura dell'obbligazione su cui si fonda la valutazione dell'inadempimento del professionista.

Sull'argomento si registrano due orientamenti.

In particolare le S.U. della Cass. con la sentenza n. 25266/2008 ha affermato che *“in materia di responsabilità del professionista, il cliente è tenuto a provare non solo di aver sofferto un danno, ma anche che questo è stato causato dalla insufficiente o inadeguata attività del professionista e cioè dalla difettosa prestazione professionale. In particolare, trattandosi dell'attività del difensore, l'affermazione della responsabilità implica l'indagine positivamente svolta sulla scorta degli elementi di prova che il cliente ha l'onere di fornire – circa il sicuro e chiaro fondamento dell'azione che avrebbe dovuto essere proposta e diligentemente coltivata e in definitiva, la certezza morale, che gli effetti di una diversa attività sarebbero stati più vantaggiosi per il cliente medesimo rimanendo, in ogni caso, a carico del professionista l'onere di dimostrare l'impossibilità a lui non imputabile della perfetta esecuzione della prestazione”*.

(Nella fattispecie il cliente contestava al proprio difensore la mala gestio in una causa in cui era stato convenuto per i danni subiti dall'attore in occasione di un incidente stradale. La mala gestio era indiscutibile ma i giudici di merito avevano escluso ogni rapporto di causalità tra la suddetta mala gestio e la soccombenza dell'assistito nella precedente

causa (nello stesso senso Cass. 16846/2005, 4044/94).

Invece numerose decisioni al criterio della certezza degli effetti di una diversa condotta hanno preferito quello della probabilità degli effetti a dell'idoneità di tale condotta a produrli (cfr. Cass. 9238/2007 con cui la Corte ha confermato la sentenza di merito che aveva ritenuto che non vi era certezza, ma neppure la possibilità di accertare che la domanda potesse essere accolta, posto che non era dato conoscere quali fossero esattamente le circostanze sulle quali i testimoni avrebbero dovuto deporre).

E anche Cass. 8151/2009 che conferma la sentenza di merito che aveva riconosciuto la responsabilità dell'avvocato per la mancata riassunzione di una causa per risarcimento danni da circolazione stradale dopo l'interruzione seguita dalla messa in liquidazione coatta della Compagnia di assicurazione convenuta dallo stesso avvocato.

Da ultimo, tuttavia la Cass. (20828/2009) nel caso di mancata comunicazione al cliente dell'avvenuto deposito di una sentenza sfavorevole, con conseguente preclusione della possibilità di proporre impugnazione, ritorna sulla necessità per il cliente di *“produrre mezzi di prova idonei a fornire la ragionevole certezza che il gravame se proposto sarebbe stato accolto”*, richiamandosi nell'applicazione dell'enunciato controfattuale, adottato per l'accertamento del rapporto di causalità ipotetica, derivante da condotta omissiva, al criterio del *“più probabile che non”*, già formulato dalla sentenza della Cass. 21619/2007 ancora una volta in tema di responsabilità medica sul presupposto che il **nesso di causalità rappresenti “la misura della relazione probabilistica concreta tra comportamento e fatto dannoso** (successivamente confermato dalla S.U. con la sentenza 581/2008).

Nello stesso senso sono altre sentenze della Cassazione la 12535/2009 in tema di appello penale tardivamente depositato. Che afferma che *“sostenere che basti la perdita, in se stessa, di uno o più gradi del giudizio, perchè si configuri il nesso causale tra comportamento negligente dell'avvocato ed esito infausto del giudizio, infatti equivale a sostituire un criterio di mera possibilità al criterio della ragionevole probabilità che necessariamente implica una prognosi sull'esito della lite basata sulla valutazione del merito della stessa: valutazione dalla quale il ricorrente prescinde del tutto dato che in ricorso non viene fatto alcun accenno al merito, neppure quanto ai contenuti che il giudice di appello avrebbe potuto rilevare.*

Pronunce recenti ingerenze sulle strategie processuali

Le c.d. “Cause perse in partenza ”

Sono le cause rispetto alle quali la soccombenza appare l'esito più probabile se non quasi certo. I tali casi la perdita dipende dalla oggettiva ed evidente fondatezza del diritto altrui e non dall'attività sbagliata del proprio avvocato. E tuttavia quando una causa appare persa sin dall'inizio l'avvocato non è esente da responsabilità e non può disinteressarsi della pratica affidatagli dal cliente, in attesa della scontata e prevedibile sentenza negativa. La fattispecie sottoposta all'attenzione della S.C. aveva ad oggetto l'acquisto di una Ferrari a non domino e l'acquirente ne aveva subito l'evizione.

La Corte con la sentenza n. 15717/2010 nell'enunciare un principio di deontologia, professionale ancor prima che di diritto, fa delle valutazioni in ordine al contenuto della diligenza tecnica che deve informare l'attività professionale dell'avvocato affermando che *“E' indubbio che – anche e soprattutto con riferimento alle c.d. Cause perse (ammesso e non concesso che tale fosse quella di che trattasi) all'attività del difensore, se bene svolta, può essere preziosa, al fine di limitare o di escludere il pregiudizio insito nella posizione del cliente... Il difensore può non accettare una causa che prevede di perdere ma non può accettarla e poi disinteressarsene del tutto, con il pretesto che si tratta di causa persa. Egli in tal modo espone il cliente all'incremento del pregiudizio iniziale, se non altro a causa*

delle spese processuali a cui va incontro, per la propria difesa e per la difesa di controparte. Correttamente ha rilevato la Corte di appello che sarebbe stato onere dell'avv. quantomeno quello di attivarsi per trovare una soluzione transattiva comportamento che è da ritenere doveroso ... ove si accetti di difendere una causa difficile e rischiosa per il proprio assistito”.

Da ciò consegue che l'avv. prima di tutto deve informare il cliente della scarse o nulle possibilità di successo insite nella causa che gli viene affidate e delle possibili conseguenze pregiudizievoli di una partecipazione al giudizio.

Deve altresì svolgere una attività di dissuasione, rivolta a convincere il cliente a desistere dal proprio intento di agire o resistere in giudizio. Il difensore può decidere di non accettare una causa che prevede di perdere.

Se il professionista non adegua la propria condotta ai sopra enunciati principi egli non adempie correttamente all'incarico affidatogli ed è quindi tenuto a risarcire i danni derivanti da una inadeguata attività. In tal caso il danno va rapportato alle spese sostenute per la propria e la altrui difesa.

Ed ancora la Cassazione è intervenuta anche con riferimento alle strategie processuale adottate dall'avvocato.

Con l'ordinanza 17506 del 26/7/2010 La Cassazione respinge per manifesta infondatezza il ricorso contro una sentenza di condanna di un avvocato a risarcire al proprio cliente i danni derivanti dalla violazione del dovere di diligenza professionale, nella scelta delle strategie processuale adottata. In questo fattispecie l'avvocato per recuperare i compensi spettanti al proprio cliente architettato nei confronti di terzi, piuttosto che procedere al procedimento monitorio che avrebbe garantito un sollecito soddisfacimento del credito stante l'abbondante documentazione a disposizione aveva promosso un giudizio ordinario. Ciò rappresenta una innovazione rispetto all'orientamento precedente secondo cui la responsabilità è stata esclusa in quanto la scelta delle strategie processuali non può essere fonte di responsabilità salvo il caso di dolo o colpa grave.

Invero alla luce di costante giurisprudenza *“nelle ipotesi di interpretazioni di leggi o di risoluzione di questioni opinabili, ivi incluse le scelte processuali, deve ritenersi esclusa la responsabilità dell'avvocato a meno che non risulti che abbia agito con dolo o colpa grave (cfr. Cass. 1847/2005, 10068/1996) .*

Ed ancora, la Corte di Cassazione con la sentenza n. 15728/2010 ha ritenuto affetta da vizio di motivazione la sentenza della corte di appello che escluda la responsabilità professionale del difensore allorché la soccombenza sia dipesa da errori di impostazione attinenti alla sfera processuale.

Sostiene la Corte di cassazione, nella fattispecie sottoposta alla sua attenzione, che *“Il fatto che l'errore dell'avvocato possa essere rimediato mediante la proposizione dell'appello contro la sentenza sfavorevole non è sufficiente di per sé ad escludere che la parte abbia risentito e continui a risentire del danno dalla lamentata negligenza. L'appello protrae la durata del processo presenta le incertezze e la aleatorietà insite in ogni controversia, sicché il poter disporre di un solo grado di giudizio per far valere compiutamente le proprie difese costituisce comunque un pregiudizio per la parte. Né si può sapere a posteriori se l'impugnazione avrebbe consentito alla parte di rimediare per intero ai danni derivanti dalle inadempienze del legale nel giudizio di primo grado.*

La Corte di appello avrebbe dovuto specificamente motivare su questi aspetti, per poter affermare che la proposizione dell'appello ha del tutto escluso l'esistenza del danno, anziché incidere se del caso solo sulla sua entità.

Cassaz. 18360 del 6/8/2010

La fattispecie sottoposta all'attenzione della Corte ha ad oggetto un giudizio di responsabilità professionale avente ad oggetto la responsabilità dell'avvocato per aver

allungato la durata del processo a causa di una erronea dichiarazione che aveva provocato l'interruzione del processo. Afferma la corte : *“non solo, l'errata o l'iniqua decisione, ma anche il ritardo nella definizione del giudizio (ancorchè correttamente deciso) costituisce circostanza potenzialmente produttiva di un danno risarcibile, come confermano le disposizioni di legge che consentono alle parti di far valere la responsabilità dello Stato per l'eccessiva durata dei processi. Né il ritardo già accumulato può essere causa di esenzione di responsabilità per il difensore che, con il suo comportamento colposo, abbia provocato un ulteriore, sensibile dilazione della conclusione della causa; che anzi il sovrapporsi di nuovi rallentamenti ad una situazione già pregiudicata non può che aggravare le conseguenze dannose”*

Cass.n. 22274 del 4 ottobre 2 novembre 2010

L'obbligo di informazione come fonte di responsabilità

La cassazione espressamente ricomprende l'obbligo di informazione nell'alveo della diligenza di cui all'art. 1176, Il comma c.c. specificandolo nei doveri di sollecitazione, dissuasione ed informazione del cliente, in adempimento dei quali l'avvocato è tenuto a rappresentare quest'ultimo tutte le questioni di fatto e di diritto, comunque insorgenti, ostate al raggiungimento del risultato, nonché a sconsigliarlo dall'intraprendere un giudizio dall'esito probabilmente sfavorevole” (cfr. cass. 12/10/2009 n. 21589 e 18/11/2009 n. 24344.

In buona sostanza la violazione dell'obbligo di informazione diviene fonte di responsabilità sempre più ampia, secondo lo schema già adottato in tema di responsabilità medica. Per ultimo si evidenzia come l'obbligo di informazione è stato oggetto di previsione legislativa laddove il D. lgs. n. 4/2010 sulla mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali, all'art. 4 espressamente prevede che all'atto di conferimento dell'incarico l'avvocato debba fornire al cliente, secondo precise formalità, tutte le informazioni inerenti al procedimento di mediazione, pena l'annullabilità del contratto con l'assistito.

IL DANNO DA PERDITA DI CHANCES

Anche con riferimento alla responsabilità dell'avvocato è stata ammessa la risarcibilità del danno da perdita di chances.

“ La chance, o concreta ed effettiva occasione favorevole di conseguire un determinato bene o risultato, non é una mera aspettativa di fatto ma un'entità patrimoniale a sé stante, giuridicamente ed economicamente suscettibile d'autonoma valutazione, onde la sua perdita, id est la perdita della possibilità consistente di conseguire il risultato utile del quale risulti provata la sussistenza, configura un danno concreto ed attuale (Cass. 440/2004

Ed ancora la perdita di “chance si configura come concreta ed effettiva occasione favorevole di conseguire un determinato bene, atteso che non costituisce una mera aspettativa di fatto, ma un'identità patrimoniale a sé stante, giuridicamente ed economicamente suscettibile di autonoma valutazione anche, in tal caso, **il creditore ha l'onere di provare**, pur se solo in modo presuntivo o secondo un calcolo di probabilità, la realizzazione in concreto di alcuni dei presupposti per il raggiungimento del risultato sperato ed impedito dalla condotta illecita della quale il danno risarcibile deve essere conseguenza immediata e diretta.

Invero *“quando sia stata fornita la dimostrazione, anche in via presuntiva, e di calcolo probabilistico, dell'esistenza di una chances di consecuzione di un vantaggio in relazione ad una determinata situazione giuridica, la perdita di tale chances è risarcibile come danno alla situazione giuridica di cui trattasi, indipendentemente dalla dimostrazione che la concreta utilizzazione della chance avrebbe presuntivamente o probabilmente determinato la consecuzione del vantaggio, essendo sufficiente anche la sola possibilità di tale consecuzione. La idoneità della chance a determinare presuntivamente o probabilmente ovvero solo possibilmente la detta consecuzione è viceversa rilevante soltanto ai fini della concreta individuazione e quantificazione del danno, da effettuarsi eventualmente in via equitativa (cfr. Cass. 23846/2008).*

Tale problematica è stata affrontata con riferimento alla omessa impugnazione

La ammissibilità di tale voce di danno presuppone la possibilità di distinguere tra danno da mancata impugnazione e danno da perdita della possibilità di impugnazione.

Tale distinzione è stata ritenuta ammissibile dalla S.C. Nell'ipotesi in cui un domiciliatario non aveva comunicato la notificazione di un atto impositivo, impedendone la impugnazione distinguendo tra *“danno da mancata impugnazione e danno da perdita della possibilità di impugnazione ed ha precisato che tale secondo danno va “liquidato in ragione di un criterio prognostico basato sulle concrete ragionevoli possibilità di risultati utili, assumendo come parametro di valutazione complessivamente realizzabile dal danneggiato diminuito di un coefficiente di riduzione proporzionato al grado di possibilità di conseguirlo e deducibile questo, caso per caso, dagli elementi costitutivi della situazione giuridica dedotta e, ove tale criterio risulti di difficile applicazione, con ricorso al criterio equitativo “ (Cass. 15759/2001).*

Tutto ciò però se solo alla stregua di idonee prova il cliente avesse provato che l'appello sarebbe stato accolto ove puntualmente proposto.

In assenza di tale prova non v'è spazio per la risarcibilità del danno da perdita di chances così come affermato dalla cassazione con la sentenza (Corte di Cassazione Sez. Seconda Civ. - Sent. del 27.05.2009, n. 12354

Alla luce di tale principio incorre in responsabilità professionale l'avvocato che abbia proposto tardivamente una opposizione a decreto ingiuntivo, con la conseguente dichiarazione di inammissibilità; il danneggiato ha dunque diritto ad ottenere il risarcimento del danno da perdita di chance (cfr. Trib. SR n. 1258/2010).

Il Tribunale ha ritenuto che *“può ragionevolmente stimarsi che comunque l'opposizione se tempestivamente proposta, avesse delle possibilità di condurre ad una pronuncia di accoglimento o di revoca del D.I. Opposto. Nè è del tutto improbabile che la lunghezza e la pendenza del giudizio avrebbero potuto favorire una transazione vantaggiosa. Il danno da perdita da chances non può che essere liquidato in maniera equitativa, tenendo principalmente conto dell'effettivo grado di probabilità di consecuzione del risultato utile e dell'importanza del bene finale avuto di mira”.*

La responsabilità dell'avvocato per violazioni di norme di deontologia

In tema di rapporti tra violazioni di norme di deontologia professionale e responsabilità civile del professionista una recente sentenza della cassazione a S.U. la 26810/2007 ha stabilito che.

a) In materia di responsabilità disciplinare degli avvocati le norme del codice disciplinare

forense costituiscono fonti normative del precetto legislativo che attribuisce al CNF il potere disciplinare, con funzione di giurisdizione speciale appartenente all'ordinamento generale dello stato e come tali interpretabili direttamente dalla Corte di legittimità;

b) sulla scorta di tale affermazione ha confermato l'interpretazione data all'art. 49 del suddetto codice a tenore de quale l'avvocato non può aggravare con onerose o plurime iniziative giudiziali la situazione debitoria della controparte quando ciò non corrisponda alle effettive ragioni della parte assistita – deve essere interpretato nel senso che “iniziative giudiziali” hanno ad oggetto tutti quegli atti aventi carattere propedeutico al giudizio esecutivo, suscettibili di aggravare la posizione debitoria della controparte e quindi anche agli atti di precetto, pur non costituenti atti di carattere processuale. Nella fattispecie un avvocato aveva notificato in forza di una decina di cambiali una decina di precetti nel giro di pochi giorni allo stesso debitore. Alla luce di tali principi secondo autorevole dottrina muta il rapporto tra responsabilità civile e disciplinare che prima si ritenevano separati salvo che l'illecito disciplinare costituisse fatto illecito civile, alla luce di quanto espresso dalle S.U. La violazione delle norme del codice deontologico civile in quanto violazione di fonte normativa, non sono più violazione di una norma interna della categoria ma costituendo violazione di un precetto giuridico costituiscono contestualmente atto illecito. Tale illecito può avere rilevanza contrattuale, nei confronti del cliente, o extracontrattuale nei confronti dei terzi

A conferma dell'orientamento altalenante in tema di responsabilità dell'avvocato per omesso consiglio in materia successoria si segnala Cass. civ., sez. VI, ordinanza 23 febbraio 2011, n. 4422)

Il ricorrente lamenta che la Corte d'appello ha erroneamente disconosciuto la sussistenza della responsabilità professionale dell'avvocato il quale "seppure all'epoca dell'incarico mancasse buona parte della documentazione, e in prossimità della scadenza dei 6 mesi per la presentazione della denuncia di successione, omise di far presentare agli eredi, entro detto termine, una dichiarazione di accettazione con beneficio di inventario che, ai sensi dell'art. 31 lett. d) Dlg. 31.10.1990 n. 346 ante novella, avrebbe procrastinato il termine finale per la presentazione della denuncia di successione di altri 6 mesi, decorrenti dalla scadenza del termine per la presentazione del beneficio di inventario".

La censura risulta manifestamente infondata, dovendosi escludere, come in sostanza ha osservato il giudice di secondo grado, che tra i doveri di un professionista sia compreso quello di "aggirare" le prescrizioni di legge, deviandole dallo scopo loro proprio (che per l'accettazione di eredità con beneficio di inventario non è eludere il termine stabilito per la presentazione della dichiarazione di successione, bensì mantenere distinti i patrimoni del de cuius e dell'erede, per evitare la responsabilità ultra vires).

Il principio da enunciare è dunque: "Non è fonte di responsabilità professionale, per il legale che sia stato incaricato della presentazione di una dichiarazione di successione in prossimità della scadenza del relativo termine e in mancanza della documentazione necessaria per il tempestivo adempimento della prestazione, omettere di consigliare il cliente di accettare l'eredità con beneficio di inventario, in modo da farlo beneficiare della proroga prevista per tale ipotesi dalla legge, trattandosi di una deviazione dell'atto dal suo scopo precipuo"

Relazione per l'incontro di studio “la responsabilità professionale” catania 11 marzo 2011

Relazione dell'Avv. Valeria Paterno – componente commissione di studi diritto e procedura civile Ordine Avvocati Catania