

**Scuola Superiore dell'Avvocatura - Associazione Avvocati I.N.A.I.L.**

**Convegno di studi su**

**RESPONSABILITÀ PROFESSIONALE DELL'AVVOCATO E  
OBBLIGO DI ASSICURAZIONE EX ART. 5 D.P.R. 137/2012**

**Roma, 19 ottobre 2012**

**IL CONTRATTO D'OPERA PROFESSIONALE E LA  
RESPONSABILITÀ CIVILE DEL PROFESSIONISTA FORENSE**

**RELAZIONE DELL'AVV. RICCARDO RIVA (FORO DI ROMA)**

- 1. La prestazione dell'avvocato fra obbligazione di mezzi ed obbligazione di risultato**
  - 2. Diligenza, prudenza e perizia nella prestazione dell'avvocato**
  - 3. La responsabilità dell'avvocato: ipotesi pratiche**
    - I) Non diligente scelta di mezzi difensivi**
    - II) L'assunzione di patrocinio in una causa infondata, lite temeraria e responsabilità del legale.**
  - 4. Il dovere di informazione**
  - 5. La limitazione di responsabilità ex art. 2236 c.c.**
  - 6. Onere della prova, nesso causale e danno**
  - 7. Il danno da perdita di *chance***
  - 8. Il danno non patrimoniale derivante dalla responsabilità professionale dell'avvocato**
- Conclusioni.**

Nella presente trattazione non affronteremo la responsabilità dell'avvocato presa in considerazione dal Codice Penale, e specificatamente dagli artt. 380, 381 e 382 in materia di patrocinio infedele e millantato credito del patrocinatore, limitandoci alla responsabilità di natura civile.

## **1. La prestazione dell'avvocato fra obbligazione di mezzi e obbligazione di risultato**

La prestazione cui è tenuto l'avvocato sulla scorta dell'incarico conferitogli dall'Assistito costituisce espressione di un contratto d'opera intellettuale.

Si tratta di un contratto, spesso definito con le espressioni contratto "di patrocinio" o "di clientela" o "di consulenza", che può avere ad oggetto singoli affari o questioni ovvero riguardare, più genericamente, la soluzione di problemi legali che possano prospettarsi nell'attività del cliente.

Questo accordo obbliga il professionista allo svolgimento di una complessa serie di prestazioni da individuarsi secondo le circostanze del caso concreto: dalle attività di consiglio ed informazione a quelle di rappresentanza e difesa (in procedimenti civili, penali, amministrativi, ovvero arbitrari) ma anche a quelle di redazione di contratti od altri atti giuridici e di consulenza generale nell'elaborazione delle strategie d'impresa.

Conviene preliminarmente identificare la natura del rapporto che intercorre tra il difensore ed il cliente, con particolare riferimento al compimento degli atti giuridici di natura giudiziale. In tale ambito occorre distinguere, per la prestazione dell'avvocato così come per quella di ogni altro professionista intellettuale, le obbligazioni di *facere* in obbligazioni di mezzi ed obbligazioni di risultato.

Nelle prime il debitore (cioè il professionista) si obbliga solamente ad un comportamento diligente; mentre il controllo sul risultato non rientra nell'ambito della doverosità del professionista. Questi si obbliga all'espletamento di una certa attività come mezzo per conseguire il risultato sperato dal cliente; e la diligenza, oltre che misura per valutare l'esattezza dell'adempimento, rappresenterebbe ed esaurirebbe l'oggetto stesso dell'obbligazione. In sostanza il professionista, assumendo l'incarico, si impegna a prestare la propria opera intellettuale per

raggiungere il risultato sperato ma non a conseguirlo.

Contrapposte alle obbligazioni di mezzi sono invece le obbligazioni c.d. di risultato, nelle quali il professionista-debitore è tenuto al raggiungimento in favore del cliente-creditore di un risultato determinato.

Tale distinzione viene così esplicitata dal Giudice di legittimità:

*“Le obbligazioni inerenti all’esercizio di un’attività professionale sono, di regola, obbligazioni di mezzi e non di risultato, in quanto il professionista, assumendo l’incarico, si impegna a prestare la propria opera per raggiungere il risultato desiderato ma non a conseguirlo. Avuto riguardo, più in particolare all’attività professionale dell’avvocato, l’inadempimento del professionista non può essere desunto senz’altro dal mancato raggiungimento del risultato utile avuto di mira dal cliente, ma deve essere valutato alla stregua dei doveri inerenti allo svolgimento dell’attività professionale ed, in particolare, al dovere di diligenza, per il quale trova applicazione, in luogo del criterio generale della diligenza del buon padre di famiglia, il parametro della diligenza professionale fissato dall’art. 1176, II comma, c.c., il quale deve essere commisurato alla natura dell’attività esercitata, sicché la diligenza che il professionista deve impiegare nello svolgimento della sua attività è quella media, cioè la diligenza posta nell’esercizio della propria attività, dal professionista di preparazione professionale e di attenzione medie. La responsabilità dell’avvocato, pertanto, può trovare fondamento in una gamma di atteggiamenti subiettivi, che vanno dalla semplice colpa lieve, al dolo, a meno che la prestazione professionale da eseguire in concreto involga la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà, nel qual caso la responsabilità è attenuata, configurandosi, secondo l’espresso disposto dell’art. 2236 c.c., solo nel caso di dolo o colpa grave. L’accertamento relativo al se la prestazione professionale in concreto eseguita implichi o meno 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” (Cass., Sez. II, 14/08/1997 n. 7618).*

In realtà di risultato può parlarsi, in un certo qual modo, anche nelle obbligazioni di mezzi. In esse infatti rientra, come dovere del professionista, quello di svolgere

ogni attività necessaria ed utile in relazione al caso concreto, come l'apprestamento dei mezzi difensivi più idonei rispetto alla particolare situazione vantata in giudizio dal cliente.

Tali considerazioni hanno indotto dottrina e giurisprudenza più recenti a superare la tradizionale distinzione tra obbligazioni di mezzi ed obbligazioni di risultato.

Si è -difatti- rilevato che un risultato, inteso come momento finale e conclusivo della prestazione, è dovuto in ogni obbligazione, in quanto il risultato finale implica il doveroso impiego dei mezzi necessari per il conseguimento del risultato stesso.

Secondo tale tesi ogni obbligazione è di comportamento (o mezzi) e di risultato insieme, poiché nessun comportamento può essere rilevante se non è seguito da un risultato, così come quest'ultimo non può essere conseguito se non costituisce espressione di un comportamento (mezzi scelti) idoneo a realizzarlo.

Il termine "risultato" -con riguardo alle professioni intellettuali- configura, quindi, l'opera che il prestatore intellettuale è tenuto a compiere in vista del fine ultimo che il cliente vuole raggiungere, cioè un complesso di prestazioni, comportamenti ed atti conformi alle regole dell'arte ed alle norme di correttezza.

Esso si esprime, inoltre, nel confronto tra quanto non si è raggiunto e ciò che, con l'osservanza delle regole tecniche della professione, si sarebbe dovuto e potuto conseguire, solo che si fosse usata la diligenza richiesta.

In sostanza, il risultato non si identifica necessariamente con l'integrale soddisfazione dell'interesse del cliente, bensì nel compimento di tutte quelle scelte, di natura discrezionale, che si rendono necessarie affinché l'opera possa dirsi compiuta. Pertanto, considerato che la semplice perdita della causa non postuli *culpa in re ipsa*, l'inadempimento è costituito dalla violazione dei doveri inerenti allo svolgimento dell'attività professionale e non dal mancato raggiungimento del risultato.

La colpa del professionista avvocato è racchiusa in un corretto confronto fra il comportamento concretamente posto in essere da questi ed il modello astratto del "buon professionista" che identifica la condotta *normalmente idonea* a raggiungere

il risultato sperato dal cliente. Siffatta nozione sintetizza lo scarto fra comportamento del professionista e *regulae artis*, le quali si elevano a parametro per valutare se l'attività professionale concretamente posta in essere sia tale da poter configurare un corretto adempimento oppure un inadempimento (eventualmente solo colposo). “Normalmente idonea”, secondo un giudizio di semplice probabilità (Cass., Sez. III, 06/02/1998 n. 1286), è da ritenersi quella condotta professionale corretta che avrebbe avuto serie ed apprezzabili possibilità di successo. Più in particolare, con una nota sentenza del 1998, il Giudice di legittimità è arrivato a qualificare, dopo un *excursus* riferito alle altre professioni, quale sia l'obbligazione professionale dell'avvocato:

*“Il problema, ben più ampio, dal quale occorre prendere le mosse e che risulta costituire la necessaria premessa dal problema del danno, del nesso di causalità tra la condotta del professionista ed il pregiudizio che il cliente assume di aver subito e della relativa prova, è quello della qualificazione della obbligazione professionale dell'avvocato. (...) Occorre ricordare, per ragioni d'ordine logico-espositivo, che siffatto problema ha formato oggetto di costante ed approfondito esame da parte della dottrina e della giurisprudenza e che questa Suprema Corte, in particolare, nell'intento di meglio tutelare la posizione del cliente che risultava oltremodo sacrificata dal “genus” dell'attività del professionista e dalle particolari connotazioni della stessa ha cercato di superare, o quanto meno di attenuare, la tradizionale bipartizione obbligazione di mezzi - obbligazione di risultato.*

*Così, in materia di professione ingegneristica, ha svariate volte osservato che essa, frequentemente, si esplica in attività diretta alla realizzazione di un'opera materiale, costituendo, già di per sé, un risultato per il creditore (cfr. Cass., 28 gennaio 1985, n. 488). Ed ha altresì rilevato (cfr. Cass., 7 maggio 1988, n. 497) che talvolta l'obbligazione del professionista deve, per suo particolare contenuto, qualificarsi come un'obbligazione di risultato avente ad oggetto la realizzazione di un opus, anziché un'obbligazione di mezzi.*

*Sulla stessa scia, avuto riguardo all'obbligazione del medico-chirurgo ha quindi parlato di “obbligazione di scopo” (cfr. Cass., 8 agosto 1985, n. 4394)*

*ed ha evidenziato la necessità di dissipare ‘le ombre indotte dalla nozione di obbligazione di mezzi o di diligenza’ -la quale risulterebbe qualificante la prestazione del professionista intellettuale- giungendo a sottolineare come il c.d. risultato che si vorrebbe espungere dal paradigma delineato da tali norme, ne costituisce pur sempre sostrato imprescindibile, quanto meno nel senso che l’attività da prestarsi con diligenza dal professionista deve essere tesa al suo conseguimento.*

*Più recentemente siffatti principi sono stati estesi all’ambito della responsabilità professionale di avvocati e di notai (cfr. Cass., 3/05/1993, n. 5325; Cass., 03/01/1994, e Cass. 28/04/1994 n. 4044) affermandosi anche per tali categorie di professionisti, pur tenendosi conto della peculiarità dell’attività da essi svolta, un particolare dovere di diligenza nell’espletamento del mandato loro conferito ed ancor più specificamente per gli avvocati l’obbligo di perseguire il buon esito della lite” (Cass., Sez. III, 06/02/1998 n. 1286).*

Va aggiunto che la prestazione dovuta al cliente rientra pienamente nell’alveo delle obbligazioni di risultato allorquando l’avvocato assuma un preciso obbligo in tal senso. Da ciò ne deriva che la violazione di tale obbligo sarà fonte di danno.

L’esempio tipico è quello dell’omesso compimento di atti processuali o notifiche in termini utili; in questo caso la colpa professionale è infatti *in re ipsa* perché è costituita dal solo fatto di aver lasciato decorrere inutilmente i termini.

In questa prospettiva, una prima situazione che deve essere considerata è quella in cui all’avvocato venga richiesta la predisposizione (e la corretta trasmissione) di atti autonomamente dotati di rilevanza giuridica, come comunicazioni recettizie a terzi finalizzate ad interrompere la prescrizione, mettere in mora, ad impedire decadenze (atti ad effetti “certi”). In questo caso si può ritenere che l’adempimento dell’incarico professionale dell’avvocato debba esser valutato verificando l’effettivo compimento del complesso di attività necessarie a porre in essere atti aventi gli effetti voluti: l’atto richiesto dovrà presentare indiscutibilmente le caratteristiche contenutistiche e formali richieste dalla normativa, oltre che essere notificato e comunicato nei modi di Legge.

Per quanto ora detto dovrà per esempio considerarsi inadempiente l’avvocato che

-richiesto del compimento di attività volte ad interrompere prescrizione- abbia comunicato alla controparte una semplice e generica esortazione al rispetto dei diritti della parte assistita, atto inidoneo a realizzare un'effettiva interruzione. Allo stesso modo, dovrà reputarsi inadempiente il legale al quale sia stata richiesto di compiere quanto necessario per interrompere validamente l'usucapione e che si sia invece limitato ad una generica contestazione dell'altrui dominio sulla cosa.

Naturalmente, non è necessario che il cliente richieda esplicitamente “un atto interruttivo della prescrizione”; restando onere del Legale individuarne la eventuale necessità. In tal caso, il Legale dovrà formalizzare un atto effettivamente idoneo ad interrompere validamente la prescrizione del diritto del cliente.

Altra ipotesi in cui si è ravvisata un'obbligazione di risultato è quella della formulazione di un parere circa il fruttuoso esperimento di un'azione giudiziale. In tale caso, infatti, la prestazione professionale consiste nel fornire elementi di valutazione e suggerimenti volti a permettere al cliente di giungere ad una decisione in ordine ad una determinata vicenda e, così, di adottare le scelte a lui più convenienti. In tal senso le parole della Cassazione secondo cui:

*“Di regola, le obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale costituiscono obbligazioni di mezzi e non di risultato, in quanto il professionista si impegna a prestare la propria opera per raggiungere il risultato desiderato, non per conseguirlo. Tuttavia, avuto riguardo all'attività professionale dell'avvocato, nel caso in cui questi accetti l'incarico di svolgere un'attività stragiudiziale consistente nella formulazione di un parere in ordine all'utile esperibilità di un'azione giudiziale, la prestazione oggetto del contratto non costituisce un'obbligazione di mezzi, in quanto egli si obbliga ad offrire tutti gli elementi di valutazione necessari ed i suggerimenti opportuni allo scopo di permettere al cliente di adottare una consapevole decisione, a seguito di un ponderato apprezzamento dei rischi e dei vantaggi insiti nella proposizione dell'azione. Pertanto, in applicazione del parametro della diligenza professionale (art. 1176, comma 2, c.c.), sussiste la responsabilità dell'avvocato che, nell'adempiere siffatta obbligazione, abbia omissso di prospettare al cliente tutte le questioni di diritto e di fatto atte ad impedire l'utile esperimento*

*dell'azione, rinvenendo fondamento di detta responsabilità anche nella colpa lieve, qualora la mancata prospettazione di tali questioni sia stata frutto dell'ignoranza di istituti giuridici elementari e fondamentali, ovvero di incuria ed imperizia insuscettibili di giustificazione” (Cass., Sez. II, 14/11/2002 n. 16023 - Nella specie, la S.C. ha cassato la sentenza impugnata, decidendo nel merito ed affermando la responsabilità dell'avvocato il quale, nella formulazione di un parere stragiudiziale, aveva ommesso di indicare al cliente che il diritto che questi intendeva far valere in giudizio era prescritto, omettendo altresì di approfondire l'eventuale sussistenza di elementi e circostanze in grado di contrastare l'eventuale eccezione di prescrizione).*

Da ciò emerge che la questione della configurazione della responsabilità dell'avvocato rimane una questione aperta e dibattuta tanto in dottrina quanto in giurisprudenza; laddove si registrano interessanti e considerevoli mutamenti di orientamenti.

La responsabilità professionale dell'avvocato è una *species* del *genus* più ampio della responsabilità civile di un professionista, inteso come prestatore di opera intellettuale. Non possiamo sottacere come in tema di responsabilità civile del professionista, da una decina d'anni, specialmente in controversie che vedevano implicati professionisti medici o ingegneri/architetti, si registra una variazione di orientamento rivolta a condurre anche il rapporto cliente/professionista nell'alveo di un normale rapporto obbligatorio. E con ciò aumentando la tutela del cliente/creditore.

Con ben due sentenze a Sezioni Unite, la n. 15781 del 28/07/2005 (professionista ingegnere) e la n. 577 dell'11/01/2008 (professionista medico chirurgo) la Suprema Corte ha, sostanzialmente, ritenuto “*dogmaticamente superata*” la tradizionale distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato, con tutte le conseguenze di rilievo specialmente in merito all'onere probatorio, come innanzi sarà chiarito.

*Il regime di responsabilità del professionista (la c.d. colpa professionale) è sempre il medesimo, per cui l'inadempimento, oltre che totale o dovuto ad incuria o disattenzione, consiste generalmente nell'imperizia, ossia nell'errore*

determinato da ignoranza di cognizioni tecniche o da inesperienza professionale, sia quando il professionista risponde solo per dolo o colpa grave (art. 2236 c.c.) sia quando -secondo le regole comuni- deve rispondere anche di colpa (art. 1176 co. 2° c.c.) ... La distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato non ha, quindi, alcuna incidenza sul regime di responsabilità, ove è richiesto al professionista di attenersi a parametri molto rigidi di professionalità, notandosi in proposito come lo stesso standard di diligenza del professionista sia cresciuto sensibilmente, comprimendo di conseguenza l'area della colpa grave nei confronti di problemi tecnici di speciale difficoltà di cui all'art.2236 c.c. (cfr. Cass. 11.8.1990 n. 8218). La distinzione sembra inoltre perdere ogni peso, sempre nell'ambito della responsabilità professionale, in materia di eccezione di inadempimento ex art. 1460 c.c. trovando tale eccezione accoglimento a prescindere dalla natura dell'obbligazione da adempiere (v. Cass. 5.8.2002 n. 11728; Cass. 23.4.2002 n. 5928). In tal modo si perviene al superamento della dicotomia in esame: l'obbligazione di redigere un progetto di ingegneria o di architettura, pur avendo per oggetto una prestazione d'opera intellettuale, costituisce un'obbligazione di risultato ... La dottrina ha assunto posizioni critiche sull'utilizzo della distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato la quale, ancorché operante soltanto all'interno della categoria delle obbligazioni di fare, ha originato una diatriba senza fine sia in ordine all'oggetto o contenuto dell'obbligazione, sia in relazione all'onere della prova e, quindi, in definitiva, allo stesso fondamento della responsabilità del professionista. Come insegna la definizione tradizionale, nelle obbligazioni di mezzi la prestazione dovuta prescinde da un particolare esito positivo dell'attività del debitore, che adempie esattamente ove svolga l'attività richiesta nel modo dovuto. In tali obbligazioni è il comportamento del debitore ad essere in obbligazione, nel senso che la diligenza è tendenzialmente considerata quale criterio determinativo del contenuto del vincolo, con l'ulteriore corollario che il risultato è caratterizzato dall'aleatorietà, perchè dipende, oltre che dal comportamento del debitore, da altri fattori esterni oggettivi o soggettivi. Nelle obbligazioni di risultato, invece, ciò che importa è il conseguimento del risultato stesso, essendo indifferente il mezzo utilizzato per raggiungerlo. La diligenza

*opera solo come parametro, ovvero come criterio di controllo e valutazione del comportamento del debitore: in altri termini, è il risultato cui mira il creditore, e non il comportamento, ad essere direttamente in obbligazione.*

*Tale impostazione non è immune da profili problematici, specialmente se applicata proprio alle ipotesi di prestazione d'opera intellettuale, in considerazione della struttura stessa del rapporto obbligatorio e tenendo conto, altresì, che un risultato è dovuto in tutte le obbligazioni.*

*In realtà, in ogni obbligazione si richiede la compresenza sia del comportamento del debitore che del risultato, anche se in proporzione variabile, sicchè molti autori criticano la distinzione poichè in ciascuna obbligazione assumono rilievo così il risultato pratico da raggiungere attraverso il vincolo, come l'impegno che il debitore deve porre per ottenerlo (Cass. S.U. n. 15781/2005. Ibidem: Cass. S.U. n. 577/2008).*

In pratica le Sezioni Unite, nelle due sentenze in esame, hanno affermato che la distinzione tra obbligazioni di mezzi ed obbligazioni 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; mentre lo standard di "diligenza" appare sensibilmente elevato comprimendo l'area della colpa grave di cui all'art. 1176 c. 2° c.c. ai problemi tecnici di effettivamente speciale difficoltà.

E' indubbio che tale orientamento era destinato ad incidere, come -infatti- ha inciso, anche sulle responsabilità degli altri professionisti, diversi dal medico e dall'ingegnere, e quindi anche dell'avvocato.

Non senza rilievo, in tal senso, è l'abrogazione del divieto di patto di quota lite; la cui disciplina (unitariamente considerata dal complesso di norme codicistiche e deontologiche) è stata per qualche anno contrastante.

Infatti, prima della modifica della norma codicistica, in armonia con l'art. 2233 c.c. (*gli avvocati, i procuratori e i patrocinatori non possono, neppure per interposta persona, stipulare con i loro clienti alcun patto relativo ai beni che formano oggetto delle controversie affidate al loro patrocinio, sotto pena di nullità e dei danni*"), l'art 45 del Codice Deontologico stabiliva il divieto della

*“pattuizione diretta ad ottenere, a titolo di corrispettivo della prestazione professionale, una percentuale del bene controverso ovvero una percentuale rapportata al valore della lite”.*

Successivamente l'art. 2, comma 2 bis del D.L. 04/07/2006 n. 233 (c.d. "Decreto Bersani"), definitivamente convertito dalla L. n. 248 del 04/08/2006, ha modificato l'art. 2233 co. 3° cod. civ. stabilendo che *“sono nulli, se non redatti in forma scritta, i patti conclusi tra avvocati ed i praticanti abilitati con i loro clienti che stabiliscono compensi professionali”*. Contestualmente però, non veniva modificata la su citata norma deontologica, per cui gli avvocati che non volevano incorrere in illecito disciplinare si astenevano dalla stipula di siffatti patti che, invece, prendevano piede nell'ambito della miriade di società di gestione recupero crediti e risarcimenti. Il cliente, solitamente *“allettato”* dal non dover anticipare nemmeno le spese, acconsentiva alla stipula dei patti di quota lite con le predette associazioni trascurando ogni considerazione sulla competenza della struttura cui si rivolgeva. In adempimento dell'istanza di adeguamento contenuta nel Decreto Bersani, il Consiglio Nazionale Forense ha provveduto -con Delibera del 12/06/2008 n. 15- a modificare l'art. 45 del Codice Deontologico, oggi rubricato *“accordi sulla definizione del compenso”*, che consente all'avvocato di *“pattuire con il cliente compensi parametrati al raggiungimento degli obiettivi perseguiti, fermo il divieto dell'articolo 1261 cc. e sempre che i compensi siano proporzionati all'attività svolta, fermo il principio disposto dall'art. 2233 del Codice civile”*.

Con tale delibera del C.N.F., fatto salvo l'obbligo di dare all'accordo forma scritta, veniva meno il divieto di stabilire i compensi professionali a prescindere dalle griglie tracciate dal "Tariffario forense" (D.M. 08/04/04 n. 127, in vigore sino a poche settimane fa) e nulla più si diceva sul divieto di individuare nei beni e/o diritti in causa la fonte dalla quale attingere per soddisfare le pretese professionali dell'avvocato, salvo il riferimento all'art. 1261 c.c. operato -solo- dall'art. 45 Codice Deontologico.

Non può sfuggire il fatto che il subordinare gli onorari dovuti all'avvocato per

l'assistenza e la consulenza alla vittoria di una causa indica come non siano più l'assistenza e la consulenza ad essere remunerate, bensì il conseguimento di un risultato preciso per il cliente cui consegue il riconoscimento di un'utilità per il professionista. Rispetto all'impostazione in cui il carattere onorario non poteva essere messo in discussione, ecco che la remunerazione diviene soggetta ad un'alea, la quale alea viene fatta gravare sul professionista.

Oggi la materia dei compensi professionali è profondamente e sostanzialmente cambiata a seguito dei "Parametri" introdotti dal D.M. n. 140/2012 ed in vigore dal 23/08/2012. Ma l'approfondimento di detti "Parametri" e degli effetti dell'abrogazione delle Tariffe ci porterebbe molto lontani dall'oggetto dell'odierno Convegno di studi. Nell'attesa di conoscere l'esito dell'impugnativa che il Consiglio Nazionale Forense ha deciso di promuovere nella riunione del 05/09/12, basti qui evidenziare che la conseguenza immediata, per quel che interessa la distinzione tra obbligazioni di mezzi o di risultato, è l'aleatorietà del pagamento della prestazione professionale. Può venire meno, infatti, la stessa remunerazione dell'avvocato per l'opera lavorativa svolta con un rivoluzionario superamento rispetto alla impostazione passata in cui (almeno) i diritti minimi di cui alle tariffe erano inderogabili. La remunerazione dell'avvocato può risultare quindi collegata, essenzialmente, all'esito positivo della controversia e lo "sganciamento" del corrispettivo dal lavoro trasforma certamente, ed al di là degli approfondimenti giurisprudenziali appena richiamati, la prestazione di mezzi in prestazione di risultato.

## **2. Diligenza, prudenza e perizia nella prestazione dell'avvocato**

Tradizionalmente, ancora ad oggi, l'obbligazione assunta dall'avvocato è ritenuta obbligazione di mezzi in quanto il professionista, assumendo l'incarico, si impegna a svolgerlo secondo i criteri della diligenza, prudenza e perizia; a porre in essere tutte le attività necessarie per consentire al cliente il raggiungimento dello scopo perseguito, ma non si obbliga a conseguire il risultato.

Occorre allora fare riferimento al criterio della diligenza esigibile ai sensi dell'art.

1176 cod. civ. co. 2° rapportata alla natura dell'attività esercitata.

La giurisprudenza afferma che:

*“La responsabilità professionale dell’avvocato, la cui obbligazione è di mezzi e non di risultato, presuppone la violazione del dovere di diligenza, per il quale trova applicazione, in luogo del criterio generale della diligenza del buon padre di famiglia, quello della diligenza professionale media esigibile, ai sensi dell’art. 1176, II comma, c.c., da commisurare alla natura dell’attività esercitata”* (Cass., Sez. II, 27/03/2006 n. 6967);

*“ ... il rapporto professionale che lega l’avvocato al cliente comporta un’obbligazione di mezzi e non di risultato* (Cass., Sez. II, 11/01/2010 n. 230. Tale sentenza, partendo dal presupposto di cui sopra, si segnala perché stabilisce il diritto del cliente di ridurre il compenso qualora questo era contrattualmente riferito al raggiungimento di alcuni obiettivi. Cfr.: *supra* pag. 6);

*“ ... l’inadempimento del suddetto professionista non può essere desunto dal mancato raggiungimento del risultato utile cui mira il cliente, ma soltanto dalla violazione del dovere di diligenza adeguato alla natura dell’attività esercitata* (Cass., Sez. II, 11/08/2005 n. 16846).

Perché, dunque, possa parlarsi di una responsabilità civile dell’avvocato, è preliminarmente indispensabile verificare quando la prestazione svolta dal singolo professionista non è idonea a permettere al cliente il raggiungimento del risultato sperato.

Se la responsabilità professionale dell’avvocato non può essere desunta solo dal mancato raggiungimento dell’obiettivo perseguito dal cliente (presupponendo la violazione del dovere di quella diligenza professionale media esigibile ai sensi del 2° comma dell’art. 1176 c.c.), detta violazione deve consistere nell’adozione di mezzi difensivi pregiudizievoli al cliente, essendo compito esclusivo del legale la scelta della linea tecnica da seguire nella prestazione dell’attività professionale.

La diligenza che deve ispirare la condotta dell’avvocato è più ampia di quella del “buon padre di famiglia” poiché presuppone una certa accortezza e scrupolosità nell’esecuzione della prestazione. Più in particolare, la diligenza che l’avvocato è richiesto impiegare nello svolgimento della sua attività è quella c.d. “media”,

riferita all'attività del professionista *“di preparazione professionale e di attenzione medie”* (Cass., Sez. II, 08/08/2000 n. 10431). In una sentenza della 13° Sezione Civile del Tribunale di Roma (06/09/2007 n. 16904), il Giudice Dott. Marco Rossetti -probabilmente uno dei più attenti in materia di responsabilità professionale- chiariva che *“il professionista “medio” ex art. 1176 c.c. co. 2° non è un professionista “mediocre” bensì uno “bravo”. Detto altrimenti, la diligenza esigibile dall'avvocato ex art. 1176 c.c. 2° comma deve essere almeno conforme alla diligenza esigibile non già dall'uomo medio ma dall'homo eiusdem generis et condicionis, cioè dal professionista di buona formazione e preparazione”*.

La natura tecnica della prestazione incide sulla configurazione della diligenza di cui al 2° comma dell'art. 1176 c.c. evocando il concetto di perizia professionale. La perizia comprende tutte quelle conoscenze, di natura tecnica ed operativa, che vengono acquisite dal soggetto sia attraverso lo studio attento sia tramite l'esperienza *“sul campo”*.

Il professionista, inoltre, ha il dovere di conformare i propri atti alla prudenza e di evitare qualsiasi azione frutto di leggerezza di comportamento o temerarietà ed è suo compito ispirare la propria condotta alla cautela, al fine di preservare il proprio cliente da qualunque possibile risvolto negativo della vicenda (ex plurimis: Cass., Sez. II, 18/11/1996 n. 10068).

Incombe -poi- sul professionista un obbligo specifico di informazione da dare al cliente all'atto dell'incarico ed, in seguito, durante l'intero svolgimento della procedura. Il contenuto di tale obbligo, nel caso dell'avvocato, consiste non solo nell'informare il cliente sulla strategia processuale scelta ma, in particolare, nell'evidenziare allo stesso le eventuali criticità e difficoltà e, con diligenza e perizia, rappresentare tutte le questioni ostative al raggiungimento del risultato e/o comunque produttive del rischio di effetti dannosi.

Trattasi di un obbligo preso in forte considerazione dal D.M. n. 140 del 20/07/12 ma che già costituiva un *“punto fermo”* del nostro Codice Deontologico, il quale lo richiama espressamente al suo art. 40, nonché della norma dell'art. 1337 cod. civ. la quale impone alle parti uno specifico dovere di comportarsi, nello

svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto (nel nostro caso: contratto di mandato), secondo buona fede. Il professionista Avvocato, in virtù di quella preparazione tecnica e di quell'esperienza che caratterizzano la sua attività, deve porre in grado il cliente di decidere consapevolmente, sulla base di un'adeguata valutazione di tutti gli elementi favorevoli ed anche di quelli eventualmente contrari, ma ragionevolmente prevedibili, se affrontare o meno i rischi connessi all'attività richiesta.

Ciò detto, un primo punto fermo è quello secondo il quale l'avvocato non può essere ritenuto responsabile per il solo fatto di non aver vinto una causa. Principio, questo, che trova del resto conferma nella giurisprudenza laddove si osserva che:

*“L’obbligazione che un libero professionista assume verso il cliente (...) ha per contenuto (...) lo svolgimento dell’attività professionale necessaria od utile in relazione al caso concreto ed in vista del risultato che, attraverso il mezzo tecnico professionale il cliente spera di conseguire. Dovere, dunque, del libero professionista (è quello) di svolgere l’attività professionale necessaria ed utile in relazione al caso concreto, e dovere di svolgerla con la necessaria adeguata diligenza (...); diligenza che il libero professionista deve porre nello svolgimento dell’attività professionale in favore del cliente è quella media (...); ove il libero professionista non ponga nello svolgimento dell’attività professionale la diligenza media (...) la sua responsabilità verso il cliente, per i danni a questi causati, è disciplinata dai comuni principi della responsabilità contrattuale. Perciò il libero professionista risponde di regola, verso il cliente, oltre che per dolo, per colpa anche lieve (sempre che non intervengano) problemi tecnici di speciale difficoltà (...) cioè quando l’impegno intellettuale richiesto dal caso concreto sia superiore a quello professionale medio, quando il professionista debba trascendere la preparazione professionale ed impegnarsi in attività tecnico-professionale di livello superiore”* (Cass., Sez. II, 14/11/2002 n. 16023).

Ma se ciò è indubbio, perlomeno a livello teorico, non deve però sottovalutarsi come la professione dell'avvocato, sotto il profilo della diligenza (e conseguentemente anche della negligenza), risulta essere svincolata da quelle che possono essere definite come certezze o, comunque, punti di riferimento che

permettano di identificarla esattamente nei suoi contorni. Nella professione dell'avvocato mancano, infatti, quelle regole scientifiche, ovvero riconosciute come tali dalla comunità scientifica, che invece si riscontrano in altre professioni, specificatamente in quella medica, dove rappresentano le linee guida nell'adozione delle tecniche diagnostiche o terapeutiche più adeguate al singolo caso.

L'avvocato non può non godere di un'ampia discrezionalità che rende di per sé difficoltoso individuare quando effettivamente egli sia inadempiente al dovere di diligenza. Discrezionalità la quale porta, altresì, a chiedersi quando la condotta dell'avvocato possa considerarsi imprudente. Infatti, al di là dei casi maggiormente emblematici, come quelli della inutile decorrenza di un termine per l'esercizio di un'opposizione o per l'impugnazione di una sentenza, la diligenza (e la conseguente negligenza), come anche l'imprudenza, risultano difficilmente individuabili nei loro contorni.

Va inoltre ricordato che, anche per l'avvocato, lo *standard* più elevato di diligenza dell'art. 1176 co. 2° cod. civ. non può essere scollegato dalla richiesta di un certo grado di perizia nell'attività svolta. L'avvocato non solo è tenuto ad offrire al cliente una prestazione accurata sotto il profilo della diligenza e caratterizzata dalla prudenza; ma deve anche porre in essere un'attività connotata dalla perizia, ossia ispirata alla completa, esatta ed attenta applicazione delle regole tecniche proprie dell'arte forense. Per poter svolgere in tal modo il proprio incarico l'avvocato dovrebbe, pertanto, rifiutare gli incarichi per i quali non possiede sufficiente preparazione ed esperienza, svolgere un'attenta attività di studio delle pratiche delle quali è stato incaricato e dedicare costante impegno all'aggiornamento professionale.

Sul tema dell'aggiornamento professionale l'art. 13 comma 3° del Codice Deontologico stabilisce il dovere dell'avvocato di rispettare i regolamenti del C.N.F., nonché del Consiglio dell'Ordine di appartenenza, concernenti gli obblighi ed i percorsi formativi. Rammentiamo che il Consiglio Nazionale Forense, in data 13/07/2007, ha emanato il Regolamento per la Formazione continua sancendo -agli artt. 1 e 6- l'obbligo, per tutti gli iscritti all'Albo, di

partecipare alle attività di formazione professionale e di comprovare con certificati / attestazioni (per alcuni Ordini basta l'autocertificazione) l'effettivo adempimento sotto pena di sanzione disciplinare.

In questa prospettiva potrebbe, quindi, considerarsi inadempiente l'avvocato che nello svolgimento del proprio incarico non abbia tenuto conto di un'evoluzione della giurisprudenza, recente ma facilmente conoscibile con gli ordinari mezzi di documentazione; ovvero che non abbia approfondito - nell'attuale stato di proliferazione normativa- la particolare legislazione di settore applicabile alla questione a lui sottoposta.

La tematica della responsabilità dell'avvocato nell'ottica dei criteri di diligenza, prudenza e perizia, porta inevitabilmente a chiedersi se questa debba essere riconsiderata alla luce della progressiva complessità della professione, dovuta ad un incremento considerevole della produzione normativa (non solo nazionale ma anche comunitaria) e della varietà degli interventi giurisprudenziali succedutisi negli ultimi anni.

Si è appena sottolineato come, anche con riferimento all'avvocato, si stia verificando una integrazione del concetto di diligenza con quello di perizia, che rappresenta sempre più il punto di riferimento ed il criterio di identificazione di una corretta ed esatta esecuzione della prestazione.

Ma se la perizia corrisponde ad una profonda conoscenza della materia, le recenti suggestioni in merito a forme di specializzazione nell'ambito della professione forense consentirebbero di settorializzare i rispettivi ambiti con conseguente (netta) individuazione dei confini della responsabilità in esame.

Non intendo qui affrontare la problematica della c.d. "specializzazione" nella nostra Professione limitandomi solo a ricordare che un primo tentativo in tal senso è stato intrapreso dal Consiglio Nazionale Forense che, con regolamento del 24/09/2010, aveva delineato anche la procedura per il riconoscimento del titolo di "avvocato specialista".

Tale Regolamento, impugnato dinanzi al TAR del Lazio è stato dichiarato nullo per "*assoluta carenza di attribuzione in capo al CNF a regolare la materia*"

sussistendo in materia di professioni, la riserva a favore dello Stato per l'individuazione di nuove figure professionali e la disciplina dei relativi profili e titoli abilitanti” (TAR Lazio – Roma, Sez. I, 09/06/2011 n. 5151).

In questa sede mi interessa piuttosto sottoporvi una riflessione in merito agli effetti della specializzazione sulla responsabilità dell'avvocato. In altri termini, c'è da chiedersi se la specializzazione possa, di fatto, rappresentare una esimente per l'avvocato che si trova a prestare la propria attività in un ambito non rientrante nel proprio abituale campo di operatività. Ovvero -al contrario, in una diversa prospettiva, sfavorevole all'avvocato- se possa rendere più severo il giudizio di responsabilità nei confronti del professionista che abbia mal operato, ad esempio quando l'avvocato non abbia curato con sufficiente attenzione questioni sulle quali appariva più preparato, ovvero si sia avventurato in materie al di sopra delle possibilità dell'organizzazione del proprio Studio.

A mio modesto avviso, l'introduzione della “specializzazione” non gioverebbe affatto all'avvocato, almeno per quanto concerne la problematica della responsabilità professionale che stiamo affrontando.

### **3. La responsabilità dell'avvocato: ipotesi pratiche.**

Per meglio chiarire l'esame ora compiuto sulla responsabilità dell'avvocato, vediamo ora una elencazione di alcuni casi pratici di responsabilità professionale. E' stato considerato responsabile l'avvocato che:

- esaminate le condizioni di legittimità e validità di una notificazione *ex art.* 143 c.p.c., abbia concluso per la ritualità quando ne era evidente la nullità (Trib. Roma: 27/11/1992);
- abbia trascurato di richiedere nel corso dell'istruttoria prove di evidente utilità ovvero abbia chiesto prove obiettivamente contrarie all'interesse del cliente (Cass., Sez. II, 18/05/1988 n. 3463);
- abbia lasciato trascorrere i termini entro i quali doveva compiere gli atti per i quali aveva ricevuto mandato (Cass., Sez. III, 22/03/1994 n. 2701);
- abbia tardivamente riassunto una causa dopo sei mesi dalla definizione

della pregiudiziale penale (Cass., Sez. III, 02/11/2010 n. 22274);

- abbia rinunciato al mandato senza compiere le attività istruttorie necessarie ed omettendo di avvertire il cliente affinché potesse provvedervi direttamente a mezzo di nuovo difensore (Cass., Sez. III, 08/05/1993 n. 5325).
- abbia, in qualità di avvocato domiciliatario, omesso di informare il nuovo difensore sulla notifica di atti in relazione ai quali il domicilio - non variato anche a seguito di nomina di nuovo difensore- era stato eletto (Cass., Sez. II, 12/10/2009 n. 21589 che richiama la Cass., Sez. III, 08/05/1993 n. 5325)
- abbia errato nella notificazione dell'appello civile a più parti (Trib. Salerno 29.2.1980);
- abbia promosso un appello palesemente infondato e nell'interesse di un soggetto diverso dalla persona del cliente (Cass., Sez. II 19/11/1992 n. 12364);
- abbia spinto il cliente ad instaurare un giudizio, pur consapevole della temerarietà della lite a seguito di un'analisi obiettiva della questione ed alla luce di una giurisprudenza consolidata e di norme di legge di univoca interpretazione (Cass., Sez. III, 31/01/1957 n. 342);
- abbia subdolamente nascosto al suo assistito circostanze o condizioni capaci di compromettere l'esito della causa (App. Bologna 25/07/1966);
- abbia proposto appello fuori termine ed abbia omesso di comunicare al cliente la sentenza che ne dichiarava l'inammissibilità (App. Roma 17/01/1997).

Vale la pena di approfondire alcune fattispecie nelle quali l'Organo giudicante ha riconosciuto la responsabilità professionale dell'Avvocato:

### **I ) Non diligente scelta di mezzi difensivi**

Si è già visto come l'inadempimento dell'avvocato nei riguardi del cliente non può essere desunto dal mancato raggiungimento del risultato utile cui mira quest'ultimo, ma soltanto dalla violazione da parte del professionista del

dovere di diligenza inerente ed adeguato alla natura dell'attività esercitata.

Il primo caso concreto che intendo portare alla vostra attenzione è quello di una controversia in materia di contratto di vendita di azienda, dove il difensore della parte convenuta chiedeva venisse ammessa prova per testimoni nonostante la posizione del proprio assistito fosse favorita dalla limitazione di cui all'art. 2556 c.c. (e 2725 c.c.), il quale prevede che "i contratti che hanno per oggetto il trasferimento della proprietà o il godimento dell'azienda devono essere provati per iscritto". Richiesta dalla quale il difensore avrebbe dovuto astenersi soprattutto perché, proprio a seguito dell'espletamento delle prove testimoniali, rivelatesi sfavorevoli per il convenuto, quest'ultimo era risultato soccombente.

Perciò il cliente proponeva opposizione avverso il decreto ingiuntivo con il quale gli veniva ingiunto il pagamento degli onorari e delle competenze di lite dell'avvocato. L'opposizione veniva accolta, in sede di gravame, dal Tribunale di Taranto, il quale addebitava al difensore la non diligente scelta di mezzi difensivi tra quelli disponibili per la tutela del cliente ritenendo l'avvocato inadempiente in ordine al dovere di diligenza su di lui incombente nell'espletamento dell'opera professionale. Conclusione, questa, cui giungeva anche la Corte di Cassazione, investita della vicenda sul ricorso dell'avvocato, così esprimendosi:

*“L'inadempimento del professionista, trattandosi di obbligazioni di mezzi e non di risultato, se non può senz'altro desumersi dal mancato raggiungimento del risultato utile avuto di mira dal cliente, deve però essere valutato alla stregua della violazione dei doveri inerenti allo svolgimento dell'attività professionale ed, in particolare, del dovere di diligenza, da intendersi, in applicazione del principio fissato dall'art. 1176, II comma, c.c., in relazione alla natura dell'attività esercitata come prestazione di quella diligenza media, che un professionista di preparazione professionale e di attenzione media deve avere nell'espletamento dell'opera in favore del proprio cliente. D'altra parte, fu anche sottolineato che il compito incombente all'avv. (...) a tutela della disposizione del proprio cliente (...)*

*non implicava nemmeno la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, nella quale ipotesi, prevedendo la legge (art. 2236 c.c.) un'attenuazione della normale responsabilità nel senso che il professionista può essere ritenuto inadempiente, e quindi responsabile, unicamente per dolo o per colpa grave"* (Cass., Sez. II, 18/05/1988 n. 3463).

Ed ancora, più di recente e più incisivamente, la Suprema Corte ha ravvisata la responsabilità dell'avvocato per violazione del dovere di diligenza professionale nella scelta di una strategia processuale che *"pur di per sé non erronea o controproducente, nondimeno ritardi la realizzazione dell'interesse del cliente"* (Cass., Sez. VI, Ord. 26/07/2010 n. 17506).

Conviene ricordare che la giurisprudenza di legittimità più datata (ex pluribus: Cass., Sez. II, 11/08/2005 n. 16846; Cass., Sez. II, 18/11/1996 n. 10068) considerava che, *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"*. Volendo approfondire l'oggetto del procedimento conclusosi con l'ordinanza n. 17506 del 2010, evidenziamo che in esso era stato posto il seguente quesito di diritto: *se possa costituire fonte di responsabilità professionale, dando luogo a risarcimento del danno, la scelta processuale del legale*. Il caso concreto riguardava un avvocato che, al fine di ottenere il pagamento di compensi per il suo cliente architetto, aveva intrapreso un giudizio ordinario in luogo di un giudizio monitorio nonostante la prova scritta del credito.

La Cassazione, investita del quesito, con ordinanza resa in Camera di Consiglio ai sensi degli artt. 375 e 380bis c.p.c., richiamando un orientamento risalente alla propria sentenza n. 6967 del 27/03/2006, ha così precisato:

*"La sentenza impugnata non si è discostata dai principi di diritto ivi enunciati (n.d.a.: nella sentenza n. 6967/2006) avendo ravvisato, con apprezzamento di fatto congruamente e razionalmente motivato, quindi incensurabile, il danno arrecato al rappresentato nella circostanza che,*

*fatto ricorso al procedimento monitorio giustificato dall'abbondante documentazione a disposizione, sarebbe stato agevole ottenere la provvisoria esecuzione ove le controparti avessero proposto opposizione, quindi il soddisfacimento del credito, senza attendere i tempi lunghi del procedimento ordinario” (Cass. ord. 26/07/2010 n. 17506).*

Non si ritiene completamente condivisibile il favore con cui questo orientamento così invasivo è stato salutato e visto come innalzamento del grado di tutela garantito al Cliente.

Invero, mentre nel primo caso su descritto la responsabilità è strettamente collegata alla diligenza nel senso di perizia, non rinvenibile allorché l'avvocato “dimentichi” di avvalersi di norme di legge di sicuro giovamento per il Cliente (è altamente probabile che la mancata produzione documentale da parte dell'avversario, se non sostituibile per Legge da prova testimoniale, conduce alla vittoria della causa), nel secondo caso si ravvisa una responsabilità dell'avvocato facendo indirettamente ricadere sullo stesso la responsabilità della lungaggine della “macchina Giustizia”.

Premettendo di non aver potuto esaminare gli atti del giudizio di merito, in linea generale, a mio avviso, non può apoditticamente dirsi *di sicuro giovamento per il cliente* depositare un ricorso per decreto ingiuntivo piuttosto che notificare una citazione di pagamento (magari confidando nell'esito delle ordinanze ex artt. 186ter e 186quater c.p.c.).

La Corte di Cassazione, salvo che in corso di istruttoria il Giudice dell'ipotetica opposizione abbia testimoniato assicurando che lui sì avrebbe concesso la provvisoria esecuzione (!), non ha tenuto conto che, nella pratica, pur se palesemente meritata, non viene spesso concessa la provvisoria esecuzione in base a valutazioni soggettive (a volte anche intrise di errori e distrazioni) dell'Organo Giudicante e che i giudizi di opposizione non hanno nulla da invidiare, per ritardi e disfunzioni, ai giudizi ordinari.

Probabilmente io stesso -nel caso in esame- avrei preferito avviare un procedimento monitorio, anziché ordinario. Ma preme qui evidenziare che non

esiste un criterio certo -salvo il rispetto dei chiari parametri di Legge sulle competenze materiali, funzionali e territoriali- per far sì che la perizia debba condurre un avvocato ad una scelta piuttosto che ad un'altra nell'adottare l'atto introduttivo di un giudizio. Esistono ben altre e ponderate valutazioni anche di opportunità (talvolta legate anche al territorio) che determinano la scelta.

Il pregiudizio che può derivare dall'adozione di un mezzo processuale in luogo di un altro (quando, appunto, sia possibile la scelta) potrebbe, a nostro avviso, determinare la responsabilità dell'avvocato solo nella misura in cui la scelta sia errata per contrasto con norme di Legge ma non anche nel caso in cui la scelta adottata si sia rivelata (per altro con un giudizio a posteriori) più *lenta* di un'altra a causa di fattori esterni all'organizzazione dello studio professionale, incontrollabili e, talvolta, del tutto imprevedibili!

E' utile precisare, poi, come la responsabilità professionale dell'avvocato sussiste anche qualora sia stato lo stesso cliente a sollecitare l'adozione di mezzi difensivi poi rivelatisi pregiudizievoli. Ed infatti:

*“Ove consista nell'adozione di mezzi difensivi pregiudizievoli al cliente, (la responsabilità professionale) non è né esclusa né ridotta per la circostanza che l'adozione di tali mezzi sia stata sollecitata dal cliente, essendo compito esclusivo del legale la scelta della linea tecnica da seguire nella prestazione dell'attività professionale”* (Cass., Sez. II, 28/10/2004 n. 20869).

Enunciando tale principio, la Suprema Corte ha confermata la sentenza impugnata, la quale aveva accertata la responsabilità professionale dell'avvocato per avere questi proposto una domanda di risarcimento dei danni per responsabilità processuale aggravata, ai sensi dell'art. 96 c.p.c., dinanzi ad un giudice diverso da quello che aveva deciso la causa di merito, così esponendo il cliente alla soccombenza nelle spese. Come si vede, in questo caso, la responsabilità è ravvisabile nell'aver adito un Organo giudicante sbagliato; e non semplicemente nell'aver compiuto una scelta processualmente legittima rivelatasi, “con il senno del poi” e con delle valutazioni del tutto soggettive, come “controproducente” (cfr.: Cass., Sez. VI, ord. 17506/2010).

## **II) Assunzione di patrocinio in una causa infondata, lite temeraria e responsabilità del legale.**

Il rapporto fra il professionista legale ed il cliente non attiene in via esclusiva all'attività di difesa giudiziale.

Quasi sempre questa viene infatti preceduta da una serie di consultazioni fra l'avvocato ed il cliente nonché dallo studio della controversia.

È in questa fase che l'avvocato, il cui comportamento deve essere connotato dai principi della deontologia professionale e dalle regole di correttezza e di buona fede previste dagli artt. 1175 e 1375 cod. civ., svolge una valutazione preliminare della questione giungendo poi ad esprimere le proprie convinzioni sulla possibilità di riuscita della causa. Qualora il difensore si accorga della infondatezza della pretesa o delle ragioni vantate dal cliente, deve dargliene comunicazione divenendo egli, in difetto, responsabile.

La responsabilità che deriva dal non comunicare al cliente l'infondatezza delle sue pretese ha natura contrattuale (e non precontrattuale), poiché l'accertamento preliminare circa il così detto *fumus boni iuris* della causa da promuovere (ovvero nella quale resistere) è oggetto di un'obbligazione nascente dal contratto d'opera intellettuale stipulato dall'avvocato con il cliente.

Anche qualora l'avvocato, accortosi dell'infondatezza della causa, abbia comunicato al Cliente il probabile, se non quasi certo, esito negativo (così detta "causa persa") tuttavia non può dirsi esentato dallo svolgere l'incarico, se abbia accettato il mandato professionale, con la medesima diligenza e perizia che avrebbe usato per una causa prevedibilmente vincente.

*"In tema di responsabilità professionale dell'avvocato, appare come inadeguata la giustificazione circa il disinteresse dimostrato dal legale nei confronti di una causa, fondata sul rilievo che la stessa sia una "causa persa" in partenza. Posto, infatti, che ciascun difensore ha la facoltà di accettare o meno il patrocinio relativo a qualunque causa gli venga prospettata, nel*

*momento in cui accetta di occuparsi di una determinata questione giudiziaria non può disinteressarsene con il pretesto che si tratti, appunto, di una "causa persa". L'attività del difensore, se svolta correttamente e professionalmente può, infatti, in ogni caso essere preziosa al fine di contenere o addirittura escludere il pregiudizio insito nella posizione del proprio cliente, sollevando le eccezioni processuali o di merito ravvisabili o, comunque, in extrema ratio, cercando di raggiungere una soluzione transattiva nell'ottica di un comportamento doveroso soprattutto nel caso in cui si accetti di perorare cause rischiose o difficili" (Cass., Sez. III, 02/07/2010 n. 15717).*

*L'attività del difensore può essere, infatti, in ogni caso preziosa.*

Tale assunto è conforme al concetto di avvocato come di colui che sta vicino al chiamato in giudizio (*ad vocatus*) per assisterlo al meglio delle sue capacità professionali a prescindere dalla circostanza che sia colpevole o innocente, che abbia fondate ragioni di vincere o di perdere. Esercitare la professione di avvocato è un pò come una missione: come il medico assiste l'ammalato, l'avvocato assiste la parte coinvolta in una vicenda civile e/o penale. Accettato l'incarico il paziente/cliente va curato/difeso con la massima professionalità, anche se sta per morire, anche se è colpevole od ha torto. Piace a tal proposito rammentare un passo della Preghiera dell'Avvocato (Niccolò Tommaseo) idoneo per rispondere alla fatidica domanda: *"difenderesti anche uno che ha torto marcio, anche un omicida?"* : *"... Io dirò al debole io son fratel tuo, non temere. Al violento la mia parola metterà stupore e vergogna. Egli non potrà sostenerla. Antiverrò i suoi disegni, renderò i suoi sforzi impossenti. Ma il male che egli apparecchiava ad altrui, risparmierrò, quanto posso al capo suo"*.

Tutto, però, nei limiti della diligenza e perizia necessaria per il caso trattato, nonché nel rispetto dei doveri di lealtà e probità al fine di non incorrere nell'instaurazione di una lite temeraria, nonché in responsabilità professionale per illecito disciplinare. Infatti:

*Configura un illecito disciplinare per violazione dei doveri di lealtà e probità la condotta dell'avvocato che, nella piena consapevolezza dell'ingiustizia sostanziale della pretesa, agisce in via esecutiva per il soddisfacimento di*

*ragioni creditorie del proprio cliente coartando l'obbligato a saldare il debito correlativo anche per una parte che era stata già pagata (con un acconto di lire 10.000.000 riscosso dallo stesso difensore), avvantaggiandosi della circostanza che il debitore, rimasto contumace nel giudizio di cognizione, non poteva più far valere l'eccezione di pagamento in sede esecutiva (Cass., SS.UU., 25/05/2001 n. 222).*

L'art. 96 c.p.c. prevede la responsabilità per colpa grave della parte che ha agito ovvero insistito in una pretesa coscientemente infondata, senza cioè il minimo esame della giustezza e della ragionevolezza della pretesa. Tale articolo può esser utilizzato (e spesso lo è) anche dal cliente nei confronti del proprio avvocato.

I casi in cui si è affermata la sussistenza della lite temeraria sono molteplici:

- nel caso di regolamento di giurisdizione pretestuosamente richiesto a fini dilatori (Cass., SS.UU., 24/03/1993 n. 3518; Cass., SS.UU., 23/06/1993 n. 6957; Cass. Sez. Lavoro, 17/02/1993 n. 1953; Cass., SS.UU., 26/08/1991 n. 9148);
- nel caso di domande di revocazione di una sentenza o di altre impugnative fondate su ragioni per le quali la giurisprudenza costante esclude l'invocabilità del rimedio (Cass., Sez. I, 18/02/1994 n. 1592; Cass., Sez. un., 14/02/1994 n. 1431);
- nel caso di prove false (Trib. Genova, 15 luglio 1994);
- nel caso di denuncia penale priva di fondamento (Trib. Bologna, 12 maggio 1994);
- nel caso di opposizione a decreto ingiuntivo palesemente infondata e strumentale (Giudice di Pace di Palermo 20/03/2012);
- nel caso di palese e manifesta mancanza di legittimazione passiva di un convenuto (Trib. Milano, Sez. VIII, 08/11/2011, che ha commisurato l'importo della condanna a quello delle spese di lite).

Si tenga presente che il 2° comma dell'art. 96 c.p.c., nel prevedere la responsabilità, nel caso di accertata inesistenza del diritto per cui è stato

eseguito un provvedimento cautelare o trascritta domanda giudiziale oppure iniziata o compiuta l'esecuzione forzata, non richiede la sussistenza del dolo o della colpa grave. In questo caso, infatti, ai fini del sorgere della responsabilità, è sufficiente che il precedente abbia agito senza la normale prudenza e quindi anche con colpa lieve (Cass., Sez. I, 02/03/1995 n. 2398). Per altro, secondo un orientamento più datato, la responsabilità risarcitoria per lite temeraria, *ex art. 96 co. 1° c.p.c.*, non discende dal mero riscontro del difetto di normale prudenza o diligenza nel valutare il fondamento della domanda o dell'eccezione poiché richiede, in alternativa al dolo, la colpa grave, cioè un'imprudenza o trascuratezza elevata, per il mancato impiego di un minimo di diligenza, sufficiente a far avvertire l'ingiustizia della pretesa avanzata in causa (Cass., Sez. I, 13/04/1989 n. 1788).

La condanna al risarcimento dei danni per responsabilità processuale aggravata, anche se colpisce soltanto la parte, può produrre conseguenze pure nei confronti del legale, come ad esempio un procedimento disciplinare per violazione dell'art. 88 c.p.c. (Cass., Sez. un., 03/11/1986 n. 6420). L'avvocato, inoltre, potrà essere ritenuto responsabile dei danni subiti dalla parte condannata per responsabilità processuale aggravata, qualora non abbia informato la stessa della temerarietà della lite od addirittura quando abbia spinto il proprio cliente ad instaurarla.

*“La riconosciuta infondatezza del regolamento preventivo di giurisdizione (nella specie, in materia elettorale), alla stregua della pretestuosità della tesi sostenuta in contrasto con pacifici principi normativi e giurisprudenziali, e la conseguente riconducibilità del regolamento stesso a finalità meramente dilatorie, giustificano, oltre alla condanna della parte istante al risarcimento dei danni per responsabilità processuale aggravata, ai sensi dell'art. 96, I comma, c.p.c., anche il riscontro di un'osservanza del difensore di detta parte ai doveri di lealtà e probità posti dall'art. 88, I comma, c.p.c. (da cui discende l'obbligo delle sezioni unite della S. C. di riferire all'autorità che esercita il potere disciplinare, a norma del II comma del citato art. 88), qualora le circostanze del caso concreto evidenziano la*

*malafede del professionista nell'utilizzazione del regolamento al solo scopo di differire la decisione nel merito della controversia"* (Cass., Sez. un., 03/11/1986 n. 6420. Nella specie, in relazione al fatto che il difensore aveva già in passato patrocinato istanze di analogo contenuto, aveva mancato di notificare il ricorso ad alcuni litisconsorti e poi omesso di integrare il contraddittorio nel termine assegnatogli nell'intendimento di conseguire un'ulteriore dilazione della pronuncia di merito attraverso la dichiarazione di inammissibilità dell'istanza e la conseguente possibilità della sua reiterazione, aveva tenuto un comportamento processuale che indicava il suo intento dilatorio).

Più di recente la Cassazione ha confermato:

*La condanna per responsabilità processuale aggravata, per lite temeraria, quale sanzione dell'inosservanza del dovere di lealtà e probità cui ciascuna parte è tenuta, non può derivare dal solo fatto della prospettazione di tesi giuridiche riconosciute errate dal giudice, occorrendo che l'altra parte deduca e dimostri nell'indicato comportamento dell'avversario la ricorrenza del dolo o della colpa grave, nel senso della consapevolezza, o dell'ignoranza derivante dal mancato uso di un minimo di diligenza, dell'infondatezza delle suddette tesi* (Cass. ord. 15629/2010).

#### **4. Il dovere di informazione**

In via generale, quindi, prima di dare inizio ad una qualunque azione, il legale ne deve valutare le probabilità di riuscita.

Tale valutazione assume un ruolo prodromico, rispetto a qualunque iniziativa che possa essere intrapresa in tal senso dal legale medesimo a tutela degli interessi del cliente. Inoltre, tale fase svolge anche la funzione di permettere al cliente stesso una conoscenza delle probabilità di successo della eventuale azione da intraprendere.

Anche nella professione forense è dunque centrale l'aspetto di una corretta ed esauriente informazione al cliente.

Questi possiede, infatti, solo una generale nozione dello scopo che si prefigge

con il conferimento di un incarico professionale (ottenere il pagamento di un debito scaduto, sentir pronunciare lo scioglimento del matrimonio oppure ottenere la liberazione condizionale o l'affidamento ai servizi sociali ecc.).

E' l'avvocato a possedere il complesso patrimonio di conoscenze necessario a meglio precisare il risultato da raggiungere e ad identificarne gli strumenti da utilizzare per il raggiungimento.

In tal senso si può parlare di una disparità di condizioni che si manifesta, anzitutto, al momento della instaurazione del rapporto professionale, quando il cliente ha espresso un bisogno di tutela all'avvocato e deve ancora essere orientato sulle iniziative da intraprendere. Disparità che emerge, peraltro, anche nel corso del rapporto, durante il quale l'avvocato deve svolgere un'indispensabile funzione di selezione e chiarificazione delle notizie relative agli atti compiuti.

La responsabilità del difensore può perciò venire in rilievo pure per violazione del dovere di informazione. Responsabilità che può aver luogo anche nel caso in cui nella condotta difensiva non siano ravvisabili gli estremi dell'imprudenza o dell'imperizia. Infatti il difensore, dopo il preventivo esame del caso, ha l'obbligo, oltre che eventualmente di rifiutare l'incarico (come in precedenza evidenziato, ad esempio: quando manchi della sufficiente esperienza), di rendere edotto il cliente delle difficoltà eventuali e di consigliarlo per l'azione più opportuna ovvero, se del caso, di sconsigliarlo dall'intraprenderne alcuna.

L'importanza del dovere di informazione si evince per altro anche dall'art. 40 del Codice deontologico forense, il quale stabilisce che *“l'avvocato è tenuto ad informare chiaramente il proprio assistito delle caratteristiche e della importanza della controversia o delle attività da espletare, precisando le iniziative e le ipotesi di soluzioni possibili. L'avvocato è tenuto altresì ad informare il proprio assistito sullo svolgimento del mandato affidatogli, quando lo reputi opportuno e ogni qual volta l'assistito ne faccia richiesta. Se richiesto, è obbligo dell'avvocato informare la parte assistita sulle previsioni*

*di massima inerenti alla durata e ai costi presumibili del processo. È obbligo dell'avvocato comunicare alla parte assistita la necessità del compimento di determinati atti al fine di evitare prescrizioni, decadenze o altri effetti pregiudizievoli. Il difensore ha l'obbligo di riferire al proprio assistito il contenuto di quanto appreso nell'esercizio del mandato”.*

Appare evidente, allora, che il dovere di informazione del professionista si articola, in particolare, in due momenti temporali: nella fase di studio del caso e nella fase di attuazione.

Con riguardo alla prima, l'avvocato, dopo l'esame della questione, dovrà riferire al cliente consigliando la linea difensiva ritenuta più opportuna ed illustrando le probabilità di un esito positivo o negativo del processo.

Con riguardo alla seconda, il dovere di informazione riguarda tutte le notizie ritenute utili per la parte al fine, soprattutto, di decidere se proseguire oppure desistere dall'azione.

Esaustive a tal proposito le parole della Cassazione:

*“Il fatto che la realizzazione del risultato perseguito dal cliente non costituisca oggetto della prestazione cui si è obbligato il professionista non esime quest'ultimo dal dovere di prospettare al cliente tutte le circostanze contrarie, ch'egli sia in grado d'ipotizzare in virtù di quella preparazione tecnica e di quella esperienza medie costituenti l'imprescindibile fondamento e la conditio sine qua non dell'esercizio dell'attività (...), per le quali, nonostante il corretto svolgimento dell'attività promessa, l'esito di questa possa risultare ostacolato, di tal che si conseguano effetti inferiori al previsto, o vanificato, non conseguendosene alcuno, o persino sfavorevole, determinandosi una situazione peggiore rispetto a quella antecedente. Il professionista deve porre il cliente in grado di decidere consapevolmente, sulla base di una valutazione ponderata di tutti gli elementi favorevoli e contrari della situazione dedotta in rapporto ragionevolmente prevedibili, se affrontare o meno i rischi, di varia natura a seconda dell'attività richiesta al professionista, ai quali questa lo esponga o possa eventualmente esporlo. L'accertamento dell'eventuale inadempienza dell'avvocato all'obbligazione*

*assunta (...) non può, di regola, essere basato sic et simpliciter sul mancato raggiungimento del risultato utile perseguito dal cliente, ma deve, viceversa, essere consequenziale agli esiti dell'indagine svolta in ordine all'eventuale violazione dei doveri posti dallo svolgimento dell'attività professionale ed, in particolare, del dovere di diligenza.*

*Nell'ambito di quest'ultimo rientrano, a loro volta, i doveri d'informazione, di sollecitazione e di dissuasione, ai quali il professionista deve adempiere, così all'atto dell'assunzione dell'incarico come nel corso del suo svolgimento, prospettando, anzi tutto, al cliente le questioni di fatto e-o di diritto, rilevabili ab origine od insorte successivamente, riscontrate ostative al raggiungimento del risultato e/o comunque produttive di un rischio di conseguenze negative o dannose, invitandolo, quindi, a comunicargli od a fornirgli gli elementi utili alla soluzione positiva delle questioni stesse, sconsigliandolo, in fine, dall'intraprendere o proseguire la lite ove appaia improbabile tale positiva soluzione e, di conseguenza, probabile un esito sfavorevole e dannoso.*

*A maggior ragione l'onere d'informare il cliente in ordine alle questioni di fatto o di diritto che impediscano o rendano difficoltoso il perseguire la realizzazione d'un determinato interesse ed ai rischi ai quali possa esporre il tentativo di tale realizzazione incombe sull'avvocato ove l'incarico professionale ricevuto ed accettato abbia ad oggetto (...) un'attività stragiudiziale (preordinata o meno che sia ad una successiva attività giudiziale) intesa alla formulazione d'un parere. In tal caso, infatti, neppure può ravvisarsi nella prestazione d'opera intellettuale promessa un'obbligazione di mezzi, dacché l'opus richiesto rappresenta di per se stesso la realizzazione dell'interesse perseguito dal cliente nel conferire l'incarico, interesse che è, appunto, quello d'ottenere dal tecnico gli elementi di valutazione necessari ed i suggerimenti opportuni onde poter adottare consapevoli decisioni a seguito d'un apprezzamento ponderato di rischi e vantaggi” (Cass., Sez. II, 14/11/2002 n. 16023. Nello stesso senso: Cass., Sez. II, 30/07/2004 n. 14597, Cass., Sez. II, 12/10/2009 n. 21589).*

L'informazione del professionista al cliente non deve essere necessariamente

“tecnica”, ma deve risultare rapportata al grado culturale ed alle possibilità del cliente di comprendere i termini della questione, nonché ad ogni altro fattore rilevante suggerito dalle circostanze del caso concreto. Il difensore, inoltre, ha l’obbligo di informare costantemente il cliente dell’andamento della controversia, affinché la parte possa regolare opportunamente la propria condotta in relazione agli interessi sostanziali coinvolti nel procedimento ed al reperimento degli elementi utili alla propria difesa pur restando fermo l’esclusivo potere del difensore di attuare la c.d. “difesa tecnica” (Cass., Sez. II, 19/11/2004 n. 21894. Successivamente conformi Cass., Sez. III, 18/07/2011 n. 15709 e Cass., Sez. III, 14/02/2012 n. 2085).

In considerazione degli insegnamenti di cui sopra, si è ravvisata la colpa professionale dell’avvocato che:

§ dopo aver ricevuto l’incarico di instaurare un giudizio davanti al giudice ritenuto competente, non comunichi tempestivamente al cliente l’esito di un regolamento di giurisdizione e di conseguenza non lo informi della necessità di una nuova procura *ad litem* per l’instaurazione del giudizio davanti al giudice fornito di giurisdizione (Cass., Sez. III, 18/04/2003 n. 6264);

§ dopo lo studio della questione, non comunichi alla parte la decisione di non intraprendere l’azione che potrebbe apparire più idonea per casi del genere, al fine di evitare al proprio assistito decadenze o prescrizioni (Cass., Sez. III, 22/03/1994 n. 2701; Cass. 13/12/1969 n. 3958).

E’ importante rammentare che il dovere di informazione sussiste anche nella fase di cessazione dell’incarico, nella quale il difensore ha l’obbligo di comunicare alla parte la necessità di compiere determinati atti non ancora posti in essere, indispensabili per evitare pregiudizi alla parte stessa:

*“Il difensore che, per una diligente prestazione della propria opera intellettuale, ha l’obbligo di svolgere tempestivamente l’attività nell’ambito del processo, ove cessi dal proprio incarico, per rinuncia o revoca della procura, anteriormente alla scadenza del termine ultimo per il compimento di quella attività, ha il dovere di evitare pregiudizio al cliente ed è quindi tenuto a compiere l’atto o a*

*rappresentare alla parte che gli revochi la procura la necessità del compimento dell'atto non ancora posto in essere, assumendo, in mancanza, la responsabilità dei danni conseguenti anche quando, essendo stato sostituito da altro difensore, il danno avrebbe potuto essere da questo evitato con il compimento, ancora consentito dallo stato del processo, dell'attività processuale omessa dal primo difensore, dovendosi negare che la negligenza del successivo difensore sia causa sufficiente ed unica del danno e sia perciò idonea ad interrompere il nesso che lega alla causa antecedente tale danno, ove questo sia ricollegabile alla negligenza del primo difensore” (Cass., Sez. III, 08/05/1993 n. 5325).*

Nell'ipotesi di cessazione del rapporto professionale, per rinuncia o revoca, il dovere di informazione di cui all'art. 40 del Codice Deontologico è disciplinato anche dal successivo art. 47: *I. in caso di rinuncia al mandato l'avvocato deve dare alla parte assistita un preavviso adeguato alle circostanze e deve informarla di quanto è necessario per non pregiudicare la sua difesa. II. Qualora la parte assistita non provveda in tempi ragionevoli alla nomina di altro difensore, nel rispetto degli obblighi di legge, l'avvocato non è responsabile per la mancata successiva assistenza, pur essendo tenuto ad informare la parte delle comunicazioni dovessero pervenirgli...*

Oltre che dal Codice deontologico, la materia del recesso da parte dell'avvocato è regolata dall'art. 2237 co. 3° c.c. il quale prevede che *“il recesso del prestatore d'opera deve essere esercitato in modo da evitare pregiudizio al cliente”*.

La giurisprudenza della Cassazione è consolidata sul principio che:

*Nel caso in cui la parte abbia nominato un altro difensore in sostituzione di quello precedente presso il quale la stessa parte aveva eletto il proprio domicilio, quest'ultimo è tenuto a comunicare al nuovo difensore gli atti in relazione ai quali il domicilio era stato eletto, rientrando l'obbligo di informazione nel più generale dovere di diligenza professionale cui l'avvocato è tenuto verso il proprio cliente, anche in caso di rinuncia o revoca del mandato (Cass. civ., Sez. II, 12/10/2009 n. 21589).*

Spetta all'avvocato dimostrare di aver adempiuto correttamente al proprio dovere di informare il cliente. Tale impostazione, infatti, è conforme alla ricostruzione

dalla giurisprudenza di legittimità, in tema di onere della prova (v. infra § 6) in caso di inesatto adempimento dell'obbligazione, che va accentuando il principio della vicinanza alla prova, inteso come apprezzamento dell'effettiva possibilità per l'una o per l'altra parte di offrirla (Cass., SS.UU., 30.10.2001 n. 13533). A tal proposito, si tenga in considerazione che il semplice rilascio della procura al difensore è valutato, in sé e per sé, non idoneo a provare l'avvenuta informazione al cliente in ordine a tutte le circostanze indispensabili ad assumere una decisione pienamente consapevole sull'opportunità o meno di promuovere (od intervenire) in una controversia (Cass., Sez. II, 30/07/2004 n. 14597).

Come detto, l'obbligo di informazione da parte del professionista riguarda anche tutti i rischi e tutti gli effetti negativi, che possono presentarsi nonostante il regolare svolgimento dell'attività professionale. In particolare, l'avvocato deve fornire alla parte un'analisi attendibile del rapporto costi-benefici, derivanti dall'iniziativa da intraprendere, in modo da mettere il cliente in grado di decidere consapevolmente se affrontare o meno i rischi connessi all'attività richiesta anche in termini di costi.

Con l'avvento della Legge sulla Mediazione finalizzata alla conciliazione (D.lgs. n. 28/2010) e l'abolizione delle Tariffe Professionali (D.L. n. 1/2012 convertito in L. n. 27 del 24/03/2012) può dirsi siano stati sostanzialmente codificati gli oneri informativi posti a carico dell'avvocato, nei termini di cui alla citata giurisprudenza.

Infatti, il comma 3° dell'art. 4 del Dlgs. 04/03/2010 n. 28 così prevede:

*All'atto del conferimento dell'incarico, l'avvocato è tenuto a informare l'assistito della possibilità di avvalersi del procedimento di mediazione disciplinato dal presente decreto e delle agevolazioni fiscali di cui agli articoli 17 e 20. L'avvocato informa altresì l'assistito dei casi in cui l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale. L'informazione deve essere fornita chiaramente e per iscritto. In caso di violazione degli obblighi di informazione, il contratto tra l'avvocato e l'assistito è annullabile. Il*

*documento che contiene l'informazione e' sottoscritto dall'assistito e deve essere allegato all'atto introduttivo dell'eventuale giudizio ...*

Mentre il comma 4° dell'art. 9 del D.L. 24/01/2012 n. 1, convertito in L. 24/03/2012 n. 27:

*Il compenso per le prestazioni professionali è pattuito, nelle forme previste dall'ordinamento, al momento del conferimento dell'incarico professionale. Il professionista deve rendere noto al cliente il grado di complessità dell'incarico, fornendo tutte le informazioni utili circa gli oneri ipotizzabili dal momento del conferimento fino alla conclusione dell'incarico e deve altresì indicare i dati della polizza assicurativa per i danni provocati nell'esercizio dell'attività professionale. In ogni caso la misura del compenso è previamente resa nota al cliente con un preventivo di massima, deve essere adeguata all'importanza dell'opera e va pattuita indicando per le singole prestazioni tutte le voci di costo, comprensive di spese, oneri e contributi ...*

## **5. La limitazione di responsabilità ex art. 2236 cod. civ.**

Sempre in tema di responsabilità dell'avvocato, si deve ricordare il criterio introdotto dall'art. 2236 c.c. Tale norma costituisce un utile elemento nella individuazione dello *standard* di diligenza richiesta al professionista nel senso che, se la questione giuridica sottoposta all'attenzione dell'avvocato ha richiesto la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, è compito del giudice procedere ad una ricognizione dello sforzo che l'avvocato sarebbe stato obbligato a prestare per non incorrere nell'inadempimento.

Nella valutazione della responsabilità del professionista le norme di cui agli artt. 1176 e 2236 c.c. si integrano a vicenda e la limitazione di responsabilità derivante dall'art. 2236 c.c. è stata ritenuta legittima dalla Corte Costituzionale chiamata a pronunciarsi, in un caso di responsabilità medica, su di un possibile contrasto con il principio di uguaglianza:

*Secondo il Tribunale di Varese l'art. 589 e l'art. 42 c.p., per cui è penalmente responsabile chi cagiona per colpa la morte di una o più persone (omicidio*

*colposo) o di chi commette altro delitto colposo, sarebbero in contrasto con il principio di eguaglianza nella parte in cui «consentono che nella valutazione della colpa professionale il giudice attribuisca rilevanza penale soltanto a gradi di colpa di tipo particolare».*

*Tali norme, considerato che «la penale rilevanza della colpa professionale non possa configurarsi altrimenti che nel quadro della colpa grave richiamata dall'art. 2236 c.c. e nel carattere di inescusabilità», vengono infatti ad assumere una struttura elastica e suscettibile, in quanto tale, di contenuti diversi, a seconda che il soggetto nei cui confronti deve trovare applicazione sia o no un «professionista» in possesso di titolo accademico.*

*E per l'ipotesi (...) in cui due condotte concorrano alla produzione dell'unico evento lesivo, da un canto «il grado della colpa» gioca «come elemento di discriminazione per la formulazione del giudizio di colpevolezza degli imputati» e dall'altro, a parità di grado di colpa, sono collegate conseguenze diverse sul piano dell'applicazione della legge penale, con esclusivo riguardo alla professione esercitata dagli imputati.*

*La particolare disciplina in tema di responsabilità penale, desumibile dall'art. 589 e dall'art. 42 (e meglio, dall'art. 43 c.p.), in relazione all'art. 2236 c.c., per l'esercente una professione intellettuale quando la prestazione implichi la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, è il riflesso di una normativa dettata (come si legge nella relazione del Guardasigilli al codice civile n. 917) «di fronte a due opposte esigenze, quella di non mortificare la iniziativa del professionista col timore di ingiuste rappresaglie da parte del cliente in caso di insuccesso e quella inversa di non indulgere verso non ponderate decisioni o riprovevoli inerzie del professionista» stesso.*

*Ne consegue che solo la colpa grave e cioè quella derivante da errore inescusabile, dalla ignoranza dei principi elementari attinenti all'esercizio di una determinata attività professionale o propri di una data specializzazione, possa nella indicata ipotesi rilevare ai fini della responsabilità penale.*

*Siffatta esenzione o limitazione di responsabilità, d'altra parte, secondo la giurisprudenza e dottrina, non conduce a dover ammettere che, accanto al minimo di perizia richiesta, basti pure un minimo di prudenza o di diligenza.*

*Anzi, c'è da riconoscere che, mentre nella prima l'indulgenza del giudizio del magistrato è direttamente proporzionata alle difficoltà del compito, per le altre due forme di colpa ogni giudizio non può che essere improntato a criteri di normale severità.*

*Stante ciò, se si passa alla considerazione dell'intera normativa denunciata, in riferimento all'art.3 Cost., è agevole constatare che la questione non è fondata. Il differente trattamento giuridico riservato al professionista la cui prestazione d'opera implichi la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà (...) non può dirsi collegato puramente e semplicemente a condizioni (del soggetto) personali o sociali.*

*La deroga alla regola generale della responsabilità penale per colpa ha in sé una sua adeguata ragione di essere e poi risulta ben contenuta, in quanto è operante, ed in modo restrittivo, in tema di perizia e questa presenta contenuto e limiti circoscritti (Corte Costituzionale n. 166 del 28/11/1973).*

Anche il professionista legale gode di siffatta forma di limitazione della responsabilità, qualora la prestazione professionale abbia richiesto la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà e cioè abbia importato “*un impiego intellettuale superiore a quello professionale medio con conseguente presupposizione di preparazione e dispendio di attività anch'esse superiori alla media*” (Cass., 07/08/1982 n. 4437). In tale caso, il giudizio sull'opera espletata dal professionista forense dovrà essere meno rigoroso, nel senso che il legale dovrà essere obbligato al risarcimento del danno solo se ha agito con dolo o colpa grave (Cass., Sez. II, 14/08/1997 n. 7618; Cass., Sez. II, 08/08/2000 n. 10431).

L'errore professionale dell'avvocato e la conseguente eventuale limitazione della sua responsabilità, in buona sostanza, devono esser valutati con riferimento sia ad aspetti peculiari dell'attività tecnica, quali la ricostruzione e la prospettazione del fatto, che ad errori procedurali che abbiano impedito al giudice di entrare nel merito.

Dando per acclarato che l'onere della prova della sussistenza di una causa comportante l'attenuazione della normale responsabilità incombe al professionista (Cass., Sez. II, 07/05/1988 n. 3389; Cass., Sez. II, 11/08/1990 n. 8218), si segnala

come sia stata esclusa l'applicabilità della disposizione dell'art. 2236 c.c. in relazione al comportamento dell'avvocato che:

§ pur avendo ricevuto dal proprio assistito un foglio bianco contenente una procura, aveva ommesso di impugnare il licenziamento subito dal suo assistito cagionandogli danni risarcibili (Cass., Sez. III, 01/08/1996 n. 6937);

§ aveva ommesso di indicare la data della prima udienza nella copia notificata dell'atto di opposizione a decreto ingiuntivo, irregolarità alla quale era conseguita la dichiarazione di esecutività del decreto ingiuntivo opposto (Cass., Sez. II, 23/04/2002 n. 5928);

§ abbia fatto decorrere il termine di prescrizione dell'azione (Cass., Sez. II, 18/07/2002 n. 10454);

§ era stato riconosciuto colpevole di negligenza (Cass., Sez. II, 18/11/1996 n. 10068, la quale, dopo avere osservato, in linea generale, che la responsabilità del professionista per i danni causati nell'esercizio della sua attività postula la violazione dei doveri inerenti al suo svolgimento, tra i quali quello di diligenza che “*va a sua volta valutato con riguardo alla natura dell'attività*”, ha evidenziato, con preciso riferimento alla professione di avvocato, che il professionista deve considerarsi responsabile verso il cliente “*in caso di incuria e di ignoranza di disposizioni di legge e, in genere, nei casi in cui per negligenza ed imperizia comprometta il buon esito del giudizio, dovendosi invece ritenere esclusa la detta responsabilità, a meno di dolo o colpa grave, solo nel caso di interpretazioni di legge o di risoluzione di questioni opinabili*”.

Per quanto concerne le “questioni opinabili oggetto di contrasti giurisprudenziali”, il Giudice di legittimità si è così espresso:

*Indipendentemente dalle richieste della parte, la praticabilità di una scelta processuale in luogo di un'altra è sempre rimessa alla responsabilità esclusiva dell'avvocato. La scelta di proporre un appello incidentale tardivo in luogo di un appello autonomo o di un appello incidentale tempestivo, in presenza di un contrasto giurisprudenziale sul punto, può comportare responsabilità professionale, ove l'impugnazione venga giudicata inammissibile, ma soltanto,*

*ex art. 2236 c.c. se la scelta dell'avvocato è caratterizzata da dolo o colpa grave, trattandosi di problema giuridico di non facile soluzione (Cass., Sez. III, 17/01/2007 n. 974).*

Come già ricordato, l'onere della dimostrazione che la prestazione dedotta implichi la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà incombe sul professionista. E' stato infatti superato il precedente consolidato orientamento secondo il quale - nel caso di prestazioni implicanti la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, di cui all'art. 2236 c.c., spetterebbe al creditore della prestazione dimostrare la colpa grave del professionista, il danno, nonché la sussistenza di un nesso di causalità tra la condotta e l'evento lesivo. In particolare la S.C. (Cass., Sez. III, 28/05/2004 n. 10297 e Cass., Sez. III, 21/06/2004 n. 11488 in materia di responsabilità medica, ma è indubbio che il principio abbia portata generale), facendo riferimento al già ricordato precedente delle Sezioni Unite in tema di inadempimento contrattuale (Cass., Sez. Un., 30/10/2001 n. 13533), ha sottolineato come la distinzione tra prestazione di facile esecuzione e prestazione implicante la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà non possa venire in rilievo come criterio di distribuzione dell'onere della prova, ma soltanto per la valutazione del grado di diligenza e del corrispondente grado di colpa, riferibile al professionista, restando comunque a carico di quest'ultimo la prova che la prestazione era di particolare difficoltà. In questo modo, pertanto, anche nei casi in cui si applica l'art. 2236 c.c., si pone a carico del professionista la prova dell'esatto adempimento della prestazione:

*“La responsabilità del prestatore di opera intellettuale è normalmente regolata dall'art. 1176 c.c., che fa obbligo al professionista di usare, nell'adempimento delle obbligazioni inerenti la sua attività professionale, la diligenza del buon padre di famiglia, con la conseguenza che egli risponde anche per colpa lieve. Nella sola ipotesi che la prestazione dedotta implichi la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà, la norma dell'art. 2236 c.c. prevede una attenuazione della normale responsabilità, nel senso che il professionista è tenuto al risarcimento del danno unicamente per dolo o colpa grave. La prova dell'esistenza di tale presupposto, che comporta deroga alle norme generali*

*sulla responsabilità per colpa, incombe al professionista” (Cass., Sez. II, 22/04/2005 n. 8546).*

Così facendo si soddisfa la recente ricostruzione giurisprudenziale in tema di onere della prova, che va accentuando il principio della vicinanza della prova inteso come apprezzamento dell'effettiva possibilità per l'una o per l'altra parte di offrirla (Cass., Sez. III, 28/05/2004 n. 10297).

## **6. Onere della prova, nesso causale e danno.**

Come innanzi anticipato, la crisi della classica distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato (tale che l'obbligazione di mezzi viene definita come obbligazione di comportamento in cui -appunto- il risultato promesso è il comportamento) incide sull'onere probatorio che le Sezioni Unite della Cassazione, con la nota sentenza n. 13533/2001 in materia di inadempimento di un'obbligazione, ha così ripartito:

*In tema di prova dell'inadempimento di una 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 dell'onere della prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa, costituito dall'avvenuto adempimento, ed eguale criterio di riparto dell'onere della prova deve ritenersi applicabile al caso in cui il debitore convenuto per l'adempimento, la risoluzione o il risarcimento del danno si avvalga dell'eccezione di inadempimento ex art. 1460 c.c. (risultando, in tal caso, invertiti i ruoli delle parti in lite, poichè il debitore eccipiente si limiterà ad allegare l'altrui inadempimento ed il creditore agente dovrà dimostrare il proprio adempimento, ovvero la non ancora intervenuta scadenza dell'obbligazione). Anche nel caso in cui sia dedotto non l'inadempimento dell'obbligazione, ma il suo inesatto adempimento, al creditore istante sarà sufficiente la mera allegazione dell'inesattezza dell'adempimento (per violazione di doveri accessori, come quello di informazione, ovvero per*

*mancata osservanza dell'obbligo di diligenza, o per difformità quantitative o qualitative dei beni), gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto, esatto adempimento.*

Con la successiva sentenza del 2008, la Suprema Corte ha precisato che *“l'allegazione del creditore non può attendere ad un inadempimento, qualunque esso sia, ma ad un inadempimento, per così dire, qualificato, e cioè esattamente efficiente alla produzione del danno”* (Cass., S.U., 11/01/2008 n. 577).

La necessità di allegare un “inadempimento qualificato” ha portato -a nostro avviso- a far sì che sia comunque necessaria, da parte del cliente, non solo la mera allegazione di inadempimento (es. tardiva costituzione in giudizio) ma la prova di fatti obbiettivi sui quali il Giudice possa valutare l'attività del professionista:

*Incombe al cliente il quale assume di avere subito un danno l'onere di provare la difettosa od inadeguata prestazione professionale, l'esistenza del danno ed il rapporto di causalità tra la difettosa od inadeguata prestazione professionale ed il danno.*

*Per quanto riguarda la difettosità od inadeguatezza della prestazione professionale, il cliente ha l'onere di fornire la prova di idonei dati obbiettivi in base ai quali il giudice valuterà se, in relazione alla natura del caso concreto, l'attività svolta dal professionista possa essere giudicata sufficiente.*

*Secondo la più recente giurisprudenza di questa Corte (Cass. 4044 del 1994, 1286 del 1998, 21894 del 2004, 16846 del 2005, 6537 e 6967 del 2006), l'affermazione di responsabilità di un legale implica l'indagine sul sicuro fondamento dell'azione che avrebbe dovuto essere proposta o diligentemente coltivata e perciò la ‘certezza morale’ che gli effetti di una diversa attività del professionista sarebbero stati vantaggiosi per il cliente.*

*Al criterio della certezza degli effetti della condotta, si può -pertanto- sostituire quello della probabilità di tali effetti e della idoneità della condotta a produrli (Cass. n. 21894 del 2004, 16846 del 2005, 6967 del 2006) (Cass., Sez. III, 18/04/2007 n. 9238).*

La problematica in merito all'onere probatorio si sposta dal “fatto inadempimento” che, specie per le attività di facile compimento, può costituire una mera

allegazione (es.: omesso deposito/notifica nel termine di Legge) al nesso causale, all'accertamento in concreto se quell'inadempimento allegato sia stato effettivamente causa del danno lamentato.

Il vero problema è dunque quello dell'accertamento del nesso causale in quanto l'accertamento in ordine alla mancata diligenza del legale non è sufficiente per una condanna al risarcimento del danno.

L'avvocato che svolge la propria attività in modo negligente è sì inadempiente all'obbligazione che gli deriva dalla conclusione del contratto di prestazione d'opera intellettuale. Ma ciò non basta, a mio avviso, affinché ne sia affermata la responsabilità professionale che presuppone non solo l'inadempimento, ma anche che da questo sia derivato un danno.

Il problema essenziale è dunque quello di determinare quale danno si sia effettivamente verificato a causa della negligenza del professionista e possa quindi essere messo in relazione causale con la stessa:

*“L'azione di responsabilità professionale dell'avvocato diretta al risarcimento dei danni, presuppone la prova dell'elemento soggettivo della condotta colpevole del professionista ed altresì la dimostrazione di un nesso di causalità tra tale condotta e l'evento di danno”* (Cass., Sez. III, 14/09/2000 n. 12158).

Perché un avvocato possa essere, infatti, condannato a risarcire il danno subito dal cliente per effetto dell'omesso compimento di un atto processuale è necessario dimostrare l'esistenza di un valido legame eziologico tra il compimento dell'atto omesso ed il successo nella controversia giudiziaria.

E' evidente come sia alquanto difficile provare con certezza che, qualora la condotta del professionista fosse stata diligente, l'esito del giudizio sarebbe stato favorevole al cliente.

E non è certo che l'esito sfavorevole della lite sia dipeso proprio dalla negligenza dell'avvocato posto che *ogni sentenza è il prodotto di una notevole quantità di fattori imponderabile, molti dei quali irriproducibili al di fuori dell'ambiente in cui la sentenza stessa è pronunciata* (P. Calamandrei), talchè la Giurisprudenza ha affermato che:

*L'affermazione di una responsabilità dell'avvocato, e dunque del danno prodotto a cliente, presuppongono l'accertamento del sicuro fondamento dell'attività che il professionista avrebbe dovuto compiere e, dunque, la ragionevole certezza che gli effetti di quella diversa attività, ove svolta, avrebbe determinato l'esito vittorioso del processo” (Trib. Benevento, 28/08/2008).*

Proprio per queste difficoltà, consistenti nell'impossibilità di determinare quale sarebbe stato l'esito finale di una causa, la Giurisprudenza tende a negare un danno risarcibile in presenza solamente di un'accertata negligenza professionale. Così, ad esempio, in caso d'errore professionale derivante dalla mancata proposizione di un appello quando il giudizio di II grado presentava scarse possibilità di successo:

*“con la conseguenza che, anche laddove fosse stato tempestivamente proposto, non ne sarebbe derivato alcun beneficio per l'appellante ed anzi, semmai, un maggior danno, dato dal lievitare del compenso da corrispondere al proprio legale ed al legale di controparte in caso di soccombenza (Corte Appello Milano, Sez. I, n. 2767/2007).*

Per individuare un nesso di causalità tra errore e danno, v'è un orientamento giurisprudenziale risalente nel tempo, ma anche confermato di recente, che richiede un'indagine sul sicuro fondamento dell'azione che avrebbe dovuto essere proposta o diligentemente coltivata e perciò “la certezza morale” che gli effetti di una diversa attività del professionista sarebbero stati vantaggiosi per il cliente. In questo modo, la prova richiesta rimane molto difficile essendo arduo dimostrare che l'opera dell'avvocato, se correttamente e tempestivamente intervenuta, avrebbe comportato una “certezza morale” che la causa sarebbe stata vinta.

*“L'affermazione della responsabilità dell'avvocato implica l'indagine, positivamente svolta, sul sicuro e chiaro fondamento dell'azione che avrebbe dovuto essere proposta e diligentemente coltivata e, quindi, la certezza morale che gli effetti di una diversa attività del professionista sarebbero stati più vantaggiosi per il cliente” (Cass., Sez. III, 28/04/1994 n. 4044).*

*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 od inadeguata attività del professionista e cioè dalla difettosa prestazione professionale. In particolare, trattandosi dell'attività del difensore, l'affermazione della sua responsabilità implica l'indagine -positivamente svolta- sul sicuro e chiaro fondamento dell'azione che avrebbe dovuto essere proposta e diligentemente coltivata e, quindi, la certezza che gli effetti di una diversa attività del professionista medesimo sarebbero stati più vantaggiosi per il cliente rimanendo, in ogni caso, a carico del professionista l'onere di dimostrare l'impossibilità a lui non imputabile della perfetta esecuzione della prestazione (tra le varie, cfr. Cass. 28 aprile 1994, n. 4044) (Cass., Sez. III, 16/04/2008 n. 25266).*

Una maggior tutela nei confronti del cliente si ricava, invece, da altro orientamento in base al quale il criterio della “certezza morale ” (gli effetti di una diversa attività del professionista sarebbero stati più favorevoli) è stato temperato in quello della “ragionevole certezza” (una diversa attività dell’avvocato avrebbe potuto recare maggiori vantaggi per il danneggiato). È stato così utilizzato un criterio più ampio, in grado di tutelare, secondo un “ragionevole apprezzamento”, le posizioni meritevoli di tutela.

In tal modo, si è voluto evitare al cliente una c.d. prova “diabolica”, consistente nel dimostrare in concreto e con certezza assoluta che la corretta attività del legale avrebbe comportato l’esito positivo della causa.

*“Il cliente che chiedi al proprio difensore il ristoro dei danni che egli assume subito a seguito della mancata impugnazione della sentenza di primo grado non può limitarsi a dedurre l'astratta possibilità della riforma in appello di tale pronuncia in senso a lui favorevole, ma deve dimostrare l'erroneità della pronuncia in questione oppure produrre nuovi documenti o altri mezzi di prova idonei a fornire la ragionevole certezza che il gravame, se proposto, sarebbe stato accolto” (Cass., Sez. III, 27/01/1999 n. 722).*

Allo stesso tempo, come visto all’inizio della trattazione, la giurisprudenza della Cassazione ha attenuato la tradizionale distinzione tra obbligazioni di mezzi ed obbligazioni di risultato nell’ambito della responsabilità professionale

dell'avvocato, affermando anche per tale categoria di professionisti, pur nella peculiarità dell'attività da loro svolta, un particolare dovere di diligenza nell'espletamento del mandato loro conferito ed, ancor più specificamente, l'obbligo di perseguire il buon esito della lite (Cass., Sez. III, 08/05/93 n. 5325).

Si è ammesso, inoltre, che il nesso di causalità tra la condotta del professionista ed il danno patito dal cliente possa essere provato anche mediante presunzioni, essendo sufficiente un accertamento effettuato alla stregua di un canone di probabilità, con riferimento ad una connessione possibile e verosimile d'accadimenti, la cui sequenza e ricorrenza possono verificarsi secondo regole d'esperienza colte dal giudice per giungere all'espresso convincimento circa la probabilità della sussistenza di tale rapporto. In questo modo, si è passati da un modello di nesso di causalità tra la condotta del legale e l'evento di danno basato su un criterio di certezza degli effetti della condotta, ad un modello di nesso causale che si riferisce alla probabilità ed idoneità della condotta a produrli.

*“La responsabilità del prestatore di opera intellettuale nei confronti del proprio cliente per negligente svolgimento dell'attività professionale presuppone la prova del danno e del nesso causale tra la condotta del professionista ed il pregiudizio del cliente. In particolare, trattandosi dell'attività del difensore, l'affermazione della responsabilità per colpa professionale implica una valutazione prognostica positiva circa il probabile esito favorevole dell'azione giudiziale che avrebbe dovuto essere proposta e diligentemente seguita (Cass., Sez. III, 09/06/2004 n. 10966).*

*“Nella causalità c.d. “omissiva” (o normativa, o ipotetica), il giudice, in forza della clausola generale di equivalenza prevista dall'art. 40 c.p., è tenuto ad accertare se l'evento sia ricollegabile all'omissione (causalità omissiva) nel senso che esso non si sarebbe verificato se (causalità ipotetica) l'agente avesse posto in essere la condotta doverosa impostagli (nella specie, da un contratto di prestazione d'opera professionale di avvocato) secondo le regole di avvedutezza e diligenza che devono guidare l'homo eiusdem condicionis ac professionis: il ragionamento del giudice sul rapporto causale, adeguato e logicamente coerente, deve pertanto basarsi su regole di natura probabilistica tali da*

*consentire una generalizzazione sul nesso di condizionamento omissione/evento nel senso che, se l'azione doverosa fosse intervenuta, l'evento danno si sarebbe evitato, sicché, essendosi per converso verificato, esso può essere oggettivamente imputato (causalità normativa) alla condotta omissiva che, così, viene a costituire l'antecedente necessario dell'evento. Ne consegue ancora che il giudice, partendo dalla condotta del (presunto) responsabile connotata da colposa inadempienza, dovrà svolgere una inferenza probabilistica (che rappresenta indubbiamente una "complicazione" nella formulazione del giudizio causale, ma) che non può essere pretermessa, onde la necessità di una formulazione di giudizio corretta e analitica che pervenga -senza affrettate approssimazioni e senza salti logici- alla conclusione, positiva o negativa, di sussistenza del legame causale tra condotta esaminata ed evento prodottosi. L'accertamento del rapporto di causalità ipotetica deve, poi, necessariamente passare attraverso l'enunciato controfattuale che pone al posto dell'omissione il comportamento alternativo dovuto, onde verificare se la condotta doverosa avrebbe assicurato apprezzabili probabilità di evitare (o, comunque, di ridurre significativamente) il danno lamentato dal contraente adempiente" (Cass., Sez. II, 19/11/2004 n. 21894).*

Da ultimo, prima di affrontare il prossimo capitolo sulla perdita di *chance*, devo evidenziare come -a mio parere- sia comunque necessario dimostrare non solo se l'errore compiuto dall'avvocato sia in nesso causale con l'evento di danno ma, prima ancora, dovrà dimostrarsi il danno che, solo dopo la prova del collegamento eziologico con l'errore, diventa ingiusto.

Un importante approfondimento su questo argomento l'hanno compiuto le Sezioni Unite penali della Cassazione (sent. 11/09/2002 n. 30328) in materia di responsabilità professionale del medico, per il cui accertamento del nesso causale nulla differisce a quella dell'avvocato.

Secondo le Sezioni Unite, la "certezza processuale" non può che ricollegarsi a "verifiche attente e puntuali sia della fondatezza scientifica che della specifica applicabilità nella fattispecie concreta", ma nulla esclude che "coefficienti medio-bassi di probabilità cosiddetta frequentista per tipi di evento, rivelati dalla legge

*statistica (e ancor più da generalizzazioni empiriche del senso comune o da rilevazioni epidemiologiche)”, possano essere utilizzati per il riconoscimento giudiziale del nesso di casualità, “se corroborati dal positivo riscontro probatorio, condotto secondo le cadenze tipiche della più aggiornata criteriologia medico-legale, circa la sicura non incidenza nel caso di specie di altri fattori interagenti in via alternativa”. Nella decisione prende corpo e viene messa a fuoco la teoria della “probabilità logica”, come verifica aggiuntiva, sulla base dell’intera evidenza disponibile, dell’attendibilità dell’impiego della legge statistica per il singolo evento e della persuasiva e razionale credibilità dell’accertamento giudiziale (certezza processuale).*

Il principio da seguire indicato dalle Sezioni Unite, al fine di pervenire a soluzioni più equilibrate, è quello che non ci si può fermare alla probabilità statistica perché un giudizio complessivo presuppone anche la verifica della probabilità logica.

In conclusione, *“l’individuazione del nesso di causalità in termini di certezza oggettiva (storica o scientifica), risultante da elementi probatori di per sé altrettanto incontrovertibili sul piano dell’oggettività”* per affermare l’esistenza della responsabilità, implica una certezza di natura processuale che può essere desunta dal giudice in seguito all’analisi di tutte le circostanze del caso concreto, seguendo un procedimento logico che consenta di ricollegare un evento ad una condotta omissiva *“al di là di ogni ragionevole dubbio”*, ossia con un alto *“livello di probabilità logica”*.

## **7. Il danno da perdita di *chance*.**

Applicando il criterio della probabilità causale trova spazio, anche nell’ambito della responsabilità dell’avvocato, il principio, formulato per la prima volta in tema di responsabilità medica, della “perdita di *chance*”; intesa quale perdita della possibilità o della probabilità di conseguire un risultato favorevole, quando sia ragionevolmente certo che il cliente -se correttamente assistito- avrebbe avuto delle probabilità di vincere la causa. In tali casi il cliente ha diritto al risarcimento dei danni per la perdita della possibilità di conseguire un risultato a sé favorevole.

Il pregiudizio, pertanto, non consiste nella perdita di un risultato vantaggioso (la vittoria del processo), bensì nella perdita della possibilità di conseguire quel risultato.

La risarcibilità del “danno per perdita della lite” è stata affermata dalla giurisprudenza e dalla dottrina in tempi relativamente recenti e dopo un lungo percorso di elaborazione ed interpretazione dei principi generali in tema di danno da inadempimento.

Il riconoscimento del c.d. “danno da perdita di *chance*”, quale possibilità o probabilità di ottenere un vantaggio economico, ha infatti trovato maggiori difficoltà nell’ambito giudiziario rispetto ad altri settori, come quello medico.

La valutazione della perdita di *chance*, in effetti, pone un duplice problema di individuazione concreta del danno e di prova del collegamento causale con l’inadempimento. Trattasi di una valutazione affidata ad un calcolo probabilistico che metta in relazione un certo comportamento con un avvenimento favorevole non verificatosi, al fine di individuare, innanzitutto, se l’avvenimento si sarebbe realizzato senza l’evento, per poi determinare le percentuali di probabilità ed il conseguente danno sofferto.

Il Giudicante, in buona sostanza, è chiamato a valutare, attraverso un inevitabile riesame della causa persa, se ed in che misura la domanda poteva essere accolta qualora il professionista fosse stato diligente.

La Suprema Corte ha qualificato il danno subito dal cliente a seguito di responsabilità professionale come danno da “perdita di *chance*”.

*“La chance, o concreta ed effettiva occasione favorevole di conseguire un determinato bene o risultato, non è una mera aspettativa di fatto ma un’entità patrimoniale a sé stante, giuridicamente ed economicamente suscettibile di autonoma valutazione, onde la sua perdita, id est la perdita della sua possibilità di conseguire il risultato utile del quale risulti provata la sussistenza, configura un danno concreto ed attuale”* (Cass., Sez. III, 04/03/2004 n. 4400).

Il Giudice di legittimità, in particolare, mentre concepisce la perdita di *chance* come danno emergente, richiede, per ammetterne il risarcimento, la prova della

ragionevole fondatezza. La “*perdita di chance*” non viene risarcita in quanto tale, ma solo in quanto sia possibile assumere, in base a ragionevoli presunzioni, che l’esito sperato dal cliente sarebbe stato raggiunto qualora l’Avvocato avesse diligentemente e con perizia adempiuto alla sua obbligazione.

L’errore dell’avvocato può avere conseguenze dannose per il proprio assistito. Si avrà perdita di *chance* risarcibile allorché il comportamento del Legale abbia comportato, a danno del cliente, il venir meno della possibilità (potenzialmente esistente) di ottenere un esito positivo della causa instaurata o da instaurare, ovvero della controversia o problema giuridico da risolvere.

La giurisprudenza ha inizialmente adottato un criterio matematico nella valutazione della perdita della *chance*, affermando come sia sufficiente una probabilità di successo di almeno il 50% per ritenere giustificata la domanda di risarcimento (Cass., 19/12/1985 n. 6506; Cass., 04/05/1982 n. 2765).

Successivamente, la giurisprudenza sia di legittimità che di merito è giunta a ritenere che sia sufficiente la “probabilità” di un diverso esito dell’attività richiesta ai fini della configurabilità del danno risarcibile.

*“Il negligente espletamento del mandato da parte dell’avvocato obbliga al risarcimento dei danni subiti dal cliente, che abbia visto rigettarsi la domanda proposta, qualora sia provato che il corretto svolgimento dell’attività difensiva avrebbe probabilmente condotto ad un diverso esito processuale”* (Cass., Sez. III, 06/02/1998 n. 1286).

*Ai fini della responsabilità per colpa professionale dell’avvocato per non aver citato alcuni testimoni in un processo, è necessario che il cliente dimostri che una diversa attività del professionista avrebbe potuto, con ogni probabilità, dar luogo ad una decisione diversa e più favorevole per la parte* (Cass., Sez. III, 18/04/2007 n. 9238).

L’avvocato è quindi tenuto al risarcimento dei danni non solo nell’ipotesi estrema in cui la vittoria del giudizio sia l’unica conseguenza possibile del comportamento diligente, ma anche in ipotesi di semplici probabilità di un possibile diverso esito della lite:

*“L’inadempimento del professionista (nella specie avvocato) alla propria*

*obbligazione non può essere desunto, ipso facto, dal mancato raggiungimento del risultato utile avuto di mira dal cliente, ma deve essere valutato alla stregua dei doveri inerenti lo svolgimento dell'attività professionale, in particolare del dovere di diligenza (...) sicché, non potendo il professionista garantire l'esito comunque favorevole auspicato dal cliente (nella specie, del giudizio di appello), il danno derivante da eventuali sue omissioni (nella specie tardiva proposizione dell'impugnazione) intanto è ravvisabile in quanto, sulla base di criteri (necessariamente) probabilistici, si accerti che, senza quella omissione, il risultato sarebbe stato conseguito (nella fattispecie, il gravame, se tempestivamente proposto, sarebbe stato fondato), secondo un'indagine istituzionalmente riservata al giudice di merito, e non censurabile in sede di legittimità se adeguatamente motivata ed immune da vizi logici e giuridici"* (Cass., Sez. III, 26/02/2002 n. 2836; Cass., Sez. II, 08/08/2000 n. 10431).

Ed ancora, in un caso di redazione e notifica di un atto di appello privo dell'indispensabile indicazione della data di udienza di comparizione, è stato affermato che:

*"non potendo il professionista garantire l'esito comunque favorevole auspicato dal cliente, il danno derivante da eventuali sue omissioni in tanto è ravvisabile in quanto, sulla base di criteri necessariamente probabilistici, si accerti che, senza quella omissione, il risultato sarebbe stato conseguito"* (Cass., Sez. II, 27/03/2006 n. 6967; Cass., Sez. III, 04/03/2004 n. 4400).

Vi sono ulteriori sentenze di legittimità che si mantengono conformi al principio della necessità di valutare la probabilità degli effetti e l'idoneità della condotta non inadempiente a produrli.

Ad esempio quella che riconosce la responsabilità dell'avvocato per la mancata riassunzione di una causa di risarcimento danni dopo l'interruzione del processo a seguito della messa in liquidazione coatta della Compagnia di assicurazione (Cass., Sez. III, 03/04/2009 n. 8151).

Ovvero, raggiungendo -con l'applicazione del medesimo principio- una conclusione più favorevole per il Legale, l'ipotesi dell'avvocato che omette di comunicare al cliente l'avvenuto deposito di una sentenza sfavorevole con

conseguente preclusione della possibilità di sua impugnazione (Cass., Sez. III, 29/09/2009 n. 20828) o quella in tema di appello penale tardivamente depositato (Cass., n. 12535/2009). Richiamiamo una parte di tale ultima sentenza poiché esemplificativo dell'indirizzo giurisprudenziale in esame:

*Sostenere che basti la perdita, in se stessa, di uno o più gradi del giudizio, perché 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.*

La perdita di *chance* è danno risarcibile se il danneggiato dimostra, anche in via presuntiva ma pur sempre sulla base di circostanze di fatto certe e puntualmente allegate, la sussistenza di un valido nesso causale tra il fatto e la ragionevole probabilità della verifica futura del danno (Cass., Sez. III, 27/07/2001 n. 10291; Cass., Sez. III, 25/09/1998 n. 9598). In questo modo, la perdita della possibilità di conseguire un qualsivoglia risultato utile, a seguito della *valutazione della sussistenza di un fumus boni iuris ovvero di serie ed apprezzabili possibilità di successo dell'azione* configura una lesione all'integrità del patrimonio, la cui risarcibilità è considerata conseguenza immediata e diretta del verificarsi di un danno concreto ed attuale (Cass., Sez. II, 13/12/2001 n. 15759; Cass., Sez. lavoro, 10/11/1998 n. 11340; Cass., Sez. lavoro, 15/03/1996 n. 2167).

Secondo una giurisprudenza meno rigorosa, poi: *“il rapporto causale può e deve essere riconosciuto anche quando si possa fondatamente ritenere che l'adempimento dell'obbligazione, ove correttamente e tempestivamente intervenuto, avrebbe influito sulla situazione del creditore della prestazione in guisa che la realizzazione dell'interesse perseguito si sarebbe presentata in termini non necessariamente di assoluta certezza ma anche solo di ragionevole probabilità”* (Cass., Sez. II, 22/11/04 n. 22026).

Ovviamente al professionista, al fine di andare esente da responsabilità, spetta la possibilità di dimostrare di aver eseguito la prestazione con diligenza.

## **8. Il danno non patrimoniale derivante dalla responsabilità professionale dell'avvocato.**

Nell'anno 2003, dopo le famose pronunce della S.C. (Cass., Sez. III, 31/05/2003 n. 8827 e Cass., Sez. III, 31/05/2003 n. 8828), è intervenuta sulla stessa materia la Corte Costituzionale con la sentenza n. 233 dell'11/07/2003.

Con tale pronuncia, il Giudice delle Leggi ha fornito un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. in base alla quale possono individuarsi ulteriori ipotesi di danni sostanzialmente non patrimoniali, derivanti dalla lesione di interessi costituzionalmente garantiti, risarcibili a prescindere dalla configurabilità di un reato. Viene quindi ridisegnato l'assetto del sistema di risarcimento del danno alla persona delineando un sistema di danno incentrato sul sistema bipolare del danno patrimoniale e del danno non patrimoniale.

Quest'ultimo, a sua volta, caratterizzato per la presenza, al suo interno, di tre elementi: danno morale soggettivo, *“inteso come transeunte turbamento dello stato d'animo della vittima”* (del reato); danno biologico, *“inteso come lesione dell'interesse, costituzionalmente garantito, all'integrità psichica e fisica della persona, conseguente ad un accertamento medico”*; ed *“il danno (spesso definito in dottrina ed in giurisprudenza come esistenziale) derivante dalla lesione di (altri) interessi di rango costituzionale inerenti alla persona”* (si tenga in considerazione che Cass. 31 maggio 2003 n. 8827 e 8828 non fanno mai riferimento al danno esistenziale, riferendosi soltanto al danno derivante dalla lesione di interessi di rango costituzionale inerenti alla persona. La Corte Costituzionale, invece, precisa come tale pregiudizio sia spesso definito in dottrina ed in giurisprudenza come “esistenziale”).

Con successiva sentenza a Sezioni Unite dell'11/11/2008 n. 26972, la Suprema Corte, affermata la risarcibilità del danno non patrimoniale nella sua più ampia accezione, così precisa la tipicità dello stesso:

*Il danno non patrimoniale è categoria generale non suscettiva di suddivisione in sottocategorie variamente etichettate. In particolare, non può farsi riferimento ad una generica sottocategoria denominata "danno esistenziale", perché attraverso questa si finisce per portare anche il danno non patrimoniale nell'atipicità, sia pure attraverso l'individuazione della apparente tipica figura categoriale del danno esistenziale, in cui tuttavia confluiscono fattispecie non necessariamente previste dalla norma ai fini della risarcibilità di tale tipo di danno, mentre tale situazione non è voluta dal legislatore ordinario né è necessitata dall'interpretazione costituzionale dell'art. 2059 c.c., che rimane soddisfatta dalla tutela risarcitoria di specifici valori della persona presidiati da diritti inviolabili secondo Costituzione (principi enunciati dalle sentenze n. 15022/2005, n. 11761/2006, n. 23918/2006, che queste Sezioni unite fanno propri) (...) L'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. consente ora di affermare che anche nella materia della responsabilità contrattuale è dato il risarcimento dei danni non patrimoniali. Dal principio del necessario riconoscimento, per i diritti inviolabili della persona, della minima tutela costituita dal risarcimento, consegue che la lesione dei diritti inviolabili della persona che abbia determinato un danno non patrimoniale comporta l'obbligo di risarcire tale danno, quale che sia la fonte della responsabilità, contrattuale od extracontrattuale.*

*Se l'inadempimento dell'obbligazione determina, oltre alla violazione degli obblighi di rilevanza economica assunti con il contratto, anche la lesione di un diritto inviolabile della persona del creditore, la tutela risarcitoria del danno non patrimoniale potrà essere versata nell'azione di responsabilità contrattuale, senza ricorrere all'espedito del cumulo di azioni. Il danno non patrimoniale di cui all'art. 2059 c.c., identificandosi con il danno determinato dalla lesione di interessi inerenti la persona non connotati da rilevanza economica, costituisce categoria unitaria non suscettiva di suddivisione in sottocategorie. Il riferimento a determinati tipi di pregiudizio, in vario modo denominati (danno morale, danno biologico, danno da perdita del rapporto parentale), risponde ad esigenze descrittive, ma non implica il riconoscimento*

*di distinte categorie di danno. E' compito del giudice accertare l'effettiva consistenza del pregiudizio allegato, a prescindere dal nome attribuitogli, individuando quali ripercussioni negative sul valore-uomo si siano verificate e provvedendo alla loro integrale riparazione.*

Non è questa la sede per affrontare il problema -invero affascinante- del danno non patrimoniale. Piuttosto, alla luce del nuovo assetto del danno alla persona, in cui ha un ruolo di rilievo il danno non patrimoniale da lesione di un interesse di rilievo costituzionale, vogliamo domandarci se, nel caso di errore dell'avvocato, possa esservi spazio per il risarcimento di un danno di tal genere, tenuto conto che il legislatore ha costituzionalizzato il diritto alla difesa.

Al riguardo appare dubbio che il semplice errore professionale possa compromettere, così da legittimare il risarcimento del danno non patrimoniale, il diritto alla difesa, in quanto il contenuto di tale diritto consiste nel permettere all'interessato la tutela dei propri diritti od interessi. Si tenga inoltre in considerazione che la giurisprudenza di legittimità, nel ridisegnare il sistema di risarcimento del danno non patrimoniale, ha escluso che il danno possa essere ravvisato *in re ipsa*, nel senso che sarebbe coincidente con la lesione dell'interesse tutelato.

Diverso è, invece, il caso in cui l'errore sia stata la causa di un provvedimento giudiziale che abbia limitata la libertà personale del cliente oppure ne abbia impedito l'esercizio di azioni giudiziali. È evidente che -in questi casi- l'errore ha comportato la lesione di valori della persona di interesse costituzionale, pregiudicando le attività realizzatrici del danneggiato, sia sotto il profilo personale che relazionale.

Più problematico è stabilire se il risarcimento del danno non patrimoniale spetti anche qualora l'errore professionale abbia determinato soltanto una perdita economica, che ha poi provocato *stress* e turbamento psicologico nel cliente danneggiato a prescindere tuttavia dall'esistenza di una vera e propria malattia psichica; ovvero abbia determinata la perdita di un bene di affezione come, ad

esempio, nel caso di esecuzione forzata sulla casa familiare. In una datata, ma ancora interessante pronuncia di merito, si legge in materia di responsabilità di un Notaio:

*In materia di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, ed in ragione delle norme di cui agli artt. 1223 e 2056 c.c. sulla causalità normativa, un evento dannoso può essere considerato dal punto di vista giuridico "conseguenza diretta ed immediata" di una data condotta illecita soltanto in presenza della duplice condizione che, nel caso concreto e ferme restando le altre condizioni, risulti che il primo non si sarebbe verificato, sul piano fenomenico, in assenza della seconda (criterio c.d. della 'condicio sine qua non') ed inoltre che lo stesso evento dannoso non appaia, nel momento in cui si produce la condotta causante e secondo un giudizio di natura probabilistica fondato sul principio della c.d. 'regolarità causale', effetto eccezionale, atipico ed inverosimile della condotta medesima (criterio c.d. della "causalità efficiente"). Pertanto, in mancanza della seconda di dette condizioni, l'evento dannoso -ancorché prodottosi in concreto per effetto di un dato comportamento- può essere imputato all'autore di quest'ultimo soltanto sul piano 'naturalistico' ma non anche 'giuridico', restando così a carico del danneggiato le conseguenze dannose eccezionali ed indirette che abbiano trovato in quel comportamento una mera occasione di insorgenza (Trib. Pescara 27 giugno 2005).*

A tal proposito, si può osservare come né le pronunce della S.C. del 31 maggio 2003, né quella della Corte costituzionale n. 233 del 2003, abbiano effettuato alcun riferimento ad un criterio, come ad esempio la "gravità dell'offesa", per selezionare gli interessi di rango costituzionale meritevoli di tutela. Dette stesse pronunce non indicano con chiarezza il contenuto dei valori della persona protetti dalla Costituzione, la cui lesione consentirebbe una protezione senza limitazioni anche a livello non patrimoniale.

In particolare, la più volte richiamata sentenza delle Sezioni Unite la citata SS.UU. n. 26972 dell'11/11/2008 ha statuito che:

*Il pregiudizio di tipo esistenziale ...è quindi risarcibile solo entro il limite*

*segnato dalla ingiustizia costituzionalmente qualificata dell'evento di danno. Se non si riscontra lesione di diritti costituzionalmente inviolabili della persona non è data tutela risarcitoria.*

*Palesamente non meritevoli dalla tutela risarcitoria, invocata a titolo di danno esistenziale, sono i pregiudizi consistenti in disagi, fastidi, disappunti, ansie, altro tipo di insoddisfazione concernente gli aspetti più disparati della vita quotidiana che ciascuno conduce nel contesto sociale, ai quali ha prestato invece tutela la giustizia di prossimità. Non vale, per dirli risarcibili, invocare diritti del tutto immaginari, come il diritto alla qualità della vita, allo stato di benessere, alla serenità: in definitiva il diritto ad essere felici. Al di fuori dei casi determinati dalla legge ordinaria, solo la lesione di un diritto inviolabile della persona concretamente individuato è fonte di responsabilità risarcitoria non patrimoniale.*

## **Conclusioni**

La disamina della giurisprudenza intervenuta negli ultimi anni porta inequivocabilmente a far ritenere come ci si stia indirizzando verso un ampliamento delle ipotesi di responsabilità dell'avvocato (riscontrabile, del resto, in ogni ambito professionale).

Sicuramente ha influito sull'attuale situazione il fatto che la Suprema Corte è divenuta meno elastica nel valutare la responsabilità degli avvocati ma, in realtà, vi è stato anche un oggettivo aumento del numero delle richieste risarcitorie nei confronti del proprio avvocato (fenomeno invero in forte crescita per tutte le categorie professionali, medici in testa).

A prescindere infatti dall'orientamento più rigido della giurisprudenza, deve essere presa in considerazione la poliedricità dell'attività dell'avvocato e le diverse modalità del suo espletamento che, come si è visto, possono portare a differenti ipotesi causative di danno a terzi:

**a)** azioni od omissioni riconducibili alla sfera intellettuale del professionista (erronea rilevazione di dati oggettivi; scarsa conoscenza della tecnica, o delle norme o del mercato; insufficiente preparazione; scelta di strategie operative

sbagliate; insufficiente comprensione dei *desiderata* del cliente; insufficiente informazione al cliente);

**b)** azioni od omissioni riconducibili all'ambito tecnico-operativo in senso stretto (utilizzo di strumenti obsoleti e inadatti allo scopo; di strumenti dannosi per i terzi; ovvero di strumenti idonei ma senza l'adozione delle necessarie cautele; insufficiente adozione di misure di sicurezza sul luogo di lavoro, a tutela sia dei collaboratori e dei dipendenti che dei terzi);

**c)** azioni od omissioni riconducibili al fatto di terzi del cui operato il professionista debba rispondere (scelta di collaboratori non adeguatamente preparati o non efficienti; insufficiente *turn over* dei collaboratori; omesso controllo sui risultati dell'attività demandata ai collaboratori).

È dunque evidente come possa rivelarsi estremamente opportuna, tenuto anche conto dei valori in gioco in taluni procedimenti giudiziari, la stipulazione di una adeguata copertura assicurativa -oggi obbligatoria, con decorrenza 13 agosto 2012 salva la proroga introdotta per i medici- che comporta, in linea di massima, oneri non particolarmente rilevanti e comunque sopportabili, se confrontati con il vantaggio in tal modo conseguibile.

Anche se, a tal proposito, proprio in considerazione della complessità dell'attività dell'avvocato, non può non sottolinearsi come sia difficoltosa l'identificazione stessa del rischio da assicurare.

Nell'assicurazione sulla responsabilità civile di cui intenda munirsi, l'avvocato dovrà riporre somma attenzione alla delimitazione del rischio assicurato compiuta dall'assicuratore. Ciò a causa del fatto che in tutti casi di attività professionali multiformi una insufficiente descrizione del rischio finisce per lasciare l'assicurato privo di copertura per quelle attività o per quei danni che, pur potendo derivare dallo svolgimento della sua professione, non sono stati considerati al momento della stipula della polizza.

Aggiungasi poi che la peculiarità del rischio professionale dell'avvocato consiste nel fatto che, nella maggior parte dei casi, l'avvocato arreca al cliente un danno non certo, ma un danno probabile. Pertanto se il danno subito dal cliente per colpa

dell'avvocato è un danno probabile, anche il rischio che il patrimonio dell'avvocato si trovi esposto all'azione risarcitoria del terzo è un rischio soltanto probabile, pur dopo la commissione dell'illecito colposo da parte dell'avvocato.

Quindi il rischio assicurato va inteso, piuttosto, in modo tale da ricomprendere la *deminutio patrimonii* del professionista non soltanto quando sia attuale, futura o certa, ma anche quando sia soltanto probabile, in base ad una ragionevole previsione. Diversamente facendo, per escutere la garanzia, il professionista assicurato sarebbe costretto ad attendere sempre una pronuncia sfavorevole nei propri confronti, in base alla quale invocare nei confronti dell'assicuratore il pagamento dell'indennizzo.