

La responsabilità civile dell'avvocato sulla base delle ultime decisioni giurisprudenziali

di Franco Ballati

1.Considerazioni generali sulla nozione di responsabilità del professionista.

Deve ritenersi che, facendo riferimento all'art. 2222 c.c. (relativo alla definizione del contratto d'opera), il contratto d'opera intellettuale sia un contratto, in forza del quale un soggetto (il professionista) assume, nei confronti di altro soggetto (il cliente) l'obbligo di eseguire una prestazione il cui contenuto è di natura intellettuale, dietro pagamento di un compenso liberamente pattuito, o da determinarsi secondo gli usi e le tariffe (ora, dopo l'abolizione delle tariffe professionali, sulla base di un preventivo – orale o scritto – o di parametri stabiliti dal decreto Ministeriale entrato in vigore il 15.8.2012).

Trattasi, quindi, di un contratto sinallagmatico (così come il contratto di opera), nel quale, però, vi sono alcune particolari caratteristiche; il compenso deve tener conto ed essere correlato all'importanza dell'opera ed al decoro della professione, ma non necessariamente alla eventuale utilità che la prestazione professionale abbia arrecato al creditore (professionista), ex art. 2233, 2° comma, c.c.

Al contratto di prestazioni intellettuali, sicuramente, non sono applicabili gli art. 2223, 2224 c.c.; è discutibile sia in dottrina che in giurisprudenza, l'applicabilità del disposto dell'art. 2226 c.c. (chi fornisce a terzi un'opera è responsabile per i vizi e le difformità della medesima, a meno che l'opera sia stata espressamente o tacitamente accettata dal committente ed i vizi fossero facilmente riscontrabili).

Per giurisprudenza e dottrina maggioritaria (se non dominante), il professionista è debitore di mezzi e non di risultato, per cui verrebbe a mancare l'opus materiale al quale riferire il concetto di vizio e quello di difformità.

2. Nozione di attività professionale

Il concetto di “prestazione di opera intellettuale”, di cui all'art. 2230 c.c.¹, così come introdotto nel codice del 1942, invece di contribuire a distinguere ciò che è attività professionale da ciò che tale attributo non possiede, non è stato mai chiaro in proposito.

Infatti: il termine “professionalità” è riferito, in modo esclusivo, all'attività esercitata dal soggetto in modo stabile, continuativo (vedi art. 2082 c.c.²); l'art. 1176, comma 2°, c.c.³ qualifica e riconduce il carattere “professionale” dell'attività ivi indicata al profilo della diligenza della prestazione richiedente particolari doti tecniche ed abilità lavorative.

Prescindendo quindi dal dato normativo, l'attributo della professionalità non può assegnarsi esclusivamente a quelle attività, connotate, in modo prevalente, dal requisito della intellettualità, svolte, in forma autonoma, da persone a ciò abilitate secondo il codice del 1942. Sulla base della continua evoluzione della prassi della giustizia di merito, della dottrina, della legislazione speciale, di quella comunitaria, si ritiene che elementi caratteristici della “professionalità”, così intesa in chiave moderna, siano la libertà ed il tecnicismo, che si concretano sia nell'autonomia contrattuale (al professionista è lasciata ampia sfera di autonomia contrattuale e cioè facoltà discrezionale sia *nell'an* che nel *quomodo* dei suoi rapporti negoziali e

1 Art. 2230 c.c.

(Prestazione d'opera intellettuale)

Il contratto che ha per oggetto una prestazione d'opera intellettuale è regolato dalle norme seguenti e, in quanto compatibili con queste e con la natura del rapporto, dalle disposizioni del capo precedente.

Sono salve le disposizioni delle leggi speciali

2 Art. 2082 c.c.

(Imprenditore)

È imprenditore chi esercita professionalmente una attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi.

3 Art. 1176, comma 2°, c.c.

(Diligenza nell'adempimento)

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

nell'utilizzo dei mezzi e strumenti tecnici ritenuti opportuni per la realizzazione della prestazione contrattuale) sia nell'effettiva indipendenza dell'attività professionale da potenziali vincoli esterni (normativi e non ... il richiamo alle società di capitale, oggi così contestate, non è casuale).

Per “attività professionale” deve intendersi (fra le diverse definizioni) quella attività che richiede particolari conoscenze o abilità, connotata da una ampia sfera di autonomia e valutabile sulla base delle norme tecniche riguardanti ciascuna particolare disciplina (e cioè da una adeguata e particolare preparazione tecnica).

Il carattere “intellettuale” della prestazione è costituito, quindi, dal contenuto discrezionale nella sua attuazione da parte del professionista, al quale è data la possibilità di scegliere i modi di attuazione dell'incarico più consoni all'esigenza del cliente.

L'avvocato svolge la propria attività in forza di contratto concluso con il cliente al momento del conferimento dell'incarico.

In forza di ciò vi è l'obbligo per l'avvocato (professionista) di svolgimento di tutta una serie di attività strettamente collegate fra di loro (consiglio, informazione, consulenza, difesa nei procedimenti giudiziali, attività stragiudiziale).

Gli elementi caratterizzanti della prestazione giudiziale sono il mandato e la prestazione d'opera professionale; il contratto di prestazione di opera professionale non si limita quindi, alle sole esigenze professionali, ma è caratterizzato da una serie di attività fra di loro astrattamente collegate.

3. Distinzione fra obbligazione di mezzi e obbligazione di risultato

Si è discusso assai (e si discute tuttora) sulla qualificazione della prestazione professionale dell'avvocato (se obbligazione di mezzi o di risultato).

La distinzione appare di notevole importanza, sia per la verifica del contenuto

dell'obbligazione (sia essa una “opus”, oppure un mero comportamento diligente), sia nella valutazione della colpa, sia, infine, sulla ripartizione dell'onere probatorio. Ad oggi, come ribadito generalmente dalla giurisprudenza e da gran parte della dottrina, la qualificazione dell'obbligo posto a carico del professionista è ritenuta come obbligazione di mezzi e non di risultato cui sarebbe tenuto un mero prestatore d'opera.

Anche se, recentemente, in particolari fattispecie giurisprudenziali si è cercato di attenuare tale distinzione (in caso di inadempimento ad incarichi specifici quali la mancata informazione, in caso di parere stragiudiziale, della intervenuta prescrizione (vedi Cass. 14.11.2002, n. 16023), in caso di intervenuta decadenza dalle prove (Cass. 8.5.1993, n. 5325), oppure in caso di omissione della richiesta di prove testimoniali (Cass. 6.2.1998, n. 1286).

Nell'obbligazione di risultato il soddisfacimento effettivo dell'interesse di una parte è assunto come contenuto essenziale della prestazione e l'adempimento coincide con la realizzazione completa dello scopo perseguito dal creditore, a prescindere dall'attività e dalla diligenza utilizzate dalla parte per conseguirlo.

Tale obbligazione (di risultato) può ritenersi adempiuta solo quando si sia realizzato l'evento previsto, sulla base dell'attività e della diligenza prestata dal debitore della prestazione; nonostante la sua diligenza, se l'attività non è risultata sufficiente ad ottenere il risultato previsto, l'obbligazione non può considerarsi adempiuta.

Nell'obbligazione di mezzi al professionista (debitore) viene richiesto solo l'osservanza di un comportamento diligente (così come pattuito), indipendentemente dal raggiungimento di un determinato obiettivo, utile rispetto allo scopo perseguito dal cliente (creditore).

Cosicché il professionista (avvocato), assumendo un incarico, si impegna non a

conseguire un risultato positivo, in quanto l'esito del giudizio non può che essere incerto ed aleatorio, ma, invece, a svolgere, con diligenza, la propria attività professionale, ponendo in essere tutte le condizioni atte a poter conseguire tale risultato.

Ne consegue che:

l'inadempimento del professionista alla propria obbligazione non può essere desunto, *ipso facto*, dal mancato raggiungimento del risultato utile avuto di mira dal proprio cliente, ma deve essere valutato alla stregua dei doveri inerenti allo svolgimento dell'attività professionale, e, in particolare, del dovere di diligenza, valutato alla luce della diligenza media del professionista, ossia dalla preparazione professionale.

Principio ribadito ripetutamente dalla Corte di Cassazione, a partire dalla sentenza n. 5325 del 8.5.1993:

“Assume l'obbligazione di svolgere la propria attività professionale compiendo gli atti ed esponendo le ragioni del cliente, in vista di ottenerne l'esame e l'accoglimento (mentre) oggetto dell'obbligazione, cui si misura il grado di diligenza richiesto ed, in mancanza, quelli della colpa, (è) appunto il compimento degli atti e l'esposizione delle ragioni nella loro articolazione di fatto e di diritto, (ma) non il conseguimento, da parte del cliente, del risultato da questi atteso, cioè il riconoscimento del diritto vantato o il disconoscimento di quello contro di lui fatto valere”.

Orientamento giurisprudenziale questo sempre più (anche recentemente) criticato da parte della dottrina (vedi Trimarchi in Riv. dir. civ., 2008. 359 e “Il contratto: inadempimento e rimedi”, Milano 2010; Busoni: “L'onere della prova nella responsabilità del professionista”, Milano, 2011), che ritiene di “dover superare la classificazione della prestazione professionale come obbligazione di mezzi perché il

professionista, per portare a termine la propria opera, deve eseguire una serie di attività che rientrano sia nella categoria delle obbligazioni di mezzi che in quella di obbligazioni di risultato.

Per di più è possibile che il contratto preveda non solo obblighi di comportamento diligente, ma anche promesse di particolari risultati, facendo sì che, in relazione allo stesso contratto, possano trovare spazio sia i criteri e principi relativi alle obbligazioni di mezzi, sia quelli relativi alle obbligazioni di risultato” (Tricomi).

Del resto, come si è detto, l'orientamento giurisprudenziale non è univoco.

Si conoscono decisioni contrarie, anche se isolate.

La Corte di Cassazione a Sezioni Unite, con sentenza n. 15781 del 28.7.2005, poi confermata, nel contenuto da altre sentenze della Cassazione, sempre a Sezioni Unite (la n. 577 del 11.1.2008), superando la distinzione fra obbligazioni di mezzi ed obbligazioni di risultato, ha statuito che la distinzione fra obbligazione di mezzi ed obbligazione di risultato non avrebbe motivo di esistere, in quanto entrambe le obbligazioni implicano un risultato ed unica sarebbe la responsabilità del (ns. caso) professionista, dato che, come in ogni altra obbligazione, si richiede sia la presenza del comportamento del debitore (ovverosia la diligenza) sia del risultato, anche se proporzionalmente alle varie fattispecie variabile. Si assume che il comportamento del professionista deve essere ispirato alle comuni regole di correttezza e diligenza, così come previsto dall'art. 1176, 2° comma, c.c., ⁴cosicché, quando si tratti di valutare il comportamento del professionista (la cui diligenza deve essere conforme alla natura dell'attività professionale da svolgere), al rapporto derivante dal contratto di prestazione di opera intellettuale dovranno applicarsi le norme che

4 Art. 1176 c.c.

(Diligenza nell'adempimento)

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

determinano le conseguenze per l'inadempimento (vedi art. 1218 c.c.⁵).

Concludendo, la Cassazione, a Sezioni Unite, aveva così statuito che tale distinzione (fra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato) non aveva motivo di esistere, per quanto concerne la responsabilità del professionista, dovendo questi seguire parametri rigidi di professionalità, risultando sensibilmente aumentati gli standard di diligenza professionale, “*circoscrivendo l'area della colpa grave*” (così come prevede l'art. 2236 c.c.) “*solo ai problemi tecnici di speciale difficoltà*”.

4. Responsabilità del professionista ai sensi dell'art. 1176 c.c.

Si deve, allora, sulla base della giurisprudenza dominante, valutare la diligenza richiesta al professionista (ex art. 1176 c.c.) con riguardo alla natura dell'attività esercitata.

L'adempimento (o inadempimento) del professionista forense deve essere rapportato alla natura della attività esercitata, per cui la diligenza da impiegare nello svolgimento dell'opera prestata a favore del cliente deve essere quella su cui fare affidamento secondo un criterio di normalità, e cioè una preparazione tecnica e una attenzione media (e non la diligenza del buon padre di famiglia, così come prevede l'art. 1176, 1° comma, c.c.).

La violazione di tale dovere determina un inadempimento contrattuale, di cui il professionista risponderà anche per colpa lieve (ad eccezione del caso in cui la prestazione dedotta implichi la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà; cfr., fra le più recenti, Cass. n. 16846 del 11.8.2005, Cass. n. 2836 del 26.2.2002).

Si conferma, quindi, quanto già oggetto di una non recente sentenza della Cassazione, la n. 11612 del 4.2.1990 “*l'avvocato debba considerarsi responsabile*

⁵ Art. 1218 c.c.

(Responsabilità del debitore)

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

verso il cliente per il caso di incuria o di ignoranza di disposizioni di legge ed in genere nei casi in cui per negligenza od imperizia comprometta il buon esito del giudizio, mentre nei casi di interpretazione di leggi o di risoluzione di questioni opinabili deve ritenersi esclusa la responsabilità dell'avvocato medesimo nei confronti del suo cliente, a meno di dolo o colpa grave”.

Diligenza del professionista che può prescindere da altri doveri, quali “l'informazione, (la) sollecitazione, (la) dissuasione ai quali il professionista deve adempiere, così all'atto dell'assunzione dell'incarico come nel corso del suo svolgimento, prospettando al cliente le questioni di fatto e di diritto, rilevabili ab origine od insorte successivamente, riscontrate ostative al raggiungimento del risultato e/o comunque produttivo di un rischio di conseguenze negative o dannoso, invitandolo, quindi, a comunicargli od a fornirgli gli elementi utili alla soluzione positiva delle questioni stesse, sconsigliandolo, infine, dall'intraprendere o proseguire la lite ove appaia improbabile tale positiva soluzione e, di conseguenza, un esito sfavorevole e dannoso” (Cass. 14.11.2002, n. 16023).

Si ha, quindi, colpa professionale quando si sia in presenza di una condotta negligente (non solo mancanza di diligenza, ma anche di disattenzione, dimenticanza) di imperizia (quando l'attività professionale non viene svolta con la perizia dovuta – ed esigibile – da un professionista sufficientemente preparato ed avveduto) e costantemente aggiornato, al fine di garantire al meglio gli interessi del cliente, di imprudenza (quando si compiono scelte che vanno al di là dei normali criteri di soluzione del caso che gli è stato sottoposto).

In definitiva, la condotta del professionista deve essere valutata facendo riferimento alla diligenza usata per ottenere un risultato favorevole al cliente (c.d. diligenza tecnica).

Principio, questo nuovamente ribadito, di recente, dalla Cassazione , con la sentenza n. 8863 del 18.4.2011, di cui si riporta la massima (difforme dalle due sentenze della Cassazione a Sezioni unite in precedenza ricordate).

“essendo le obbligazioni inerenti l'esercizio dell'attività professionale di avvocato obbligazione di mezzi e non di risultato, ai fini del giudizio di responsabilità nei confronti del professionista, rileva non già il conseguimento utile per il cliente, ma il modo come l'attività è stata svolta avuto riguardo, da un lato, al dovere primario del professionista di tutelare le ragioni del cliente e, dall'alto, al parametro di diligenza fissato dall'art. 1176, comma 2°, c.c., che è quello del professionista di media attenzione e preparazione”.

Nella fattispecie, all'esame delle Cassazione, è stata dichiarata la responsabilità dell'avvocato che, incaricato dal cliente di promuovere una causa contro l'ex datore di lavoro per ottenere il risarcimento dei danni subiti aveva promosso l'azione davanti al giudice, dichiaratosi poi carente di giurisdizione.

La Corte di Cassazione aveva rilevato che l'iniziativa giudiziaria intrapresa dal professionista costituiva una scelta del tutto erronea, frutto di colpa grave, che *“non prevedeva quella particolare difficoltà tecnica, in presenza della quale il professionista può essere chiamato a rispondere solo per dolo o colpa grave, ai sensi dell'art. 2236 c.c.”.*

Né la violazione del dovere di diligenza previsto dall'art. 1176, c. 2, c.c. (adozione, per esempio e nella fattispecie, di mezzi difensivi pregiudizievoli per il cliente) può essere esclusa o ridotta dalla sollecitazione del cliente stesso ad adottare tali mezzi, dato che è compito esclusivo del legale la scelta della linea tecnica da seguire nella prestazione professionale (vedi Cass 28.10.2004, n. 20869).

5.La limitazione di responsabilità prevista dall'art. 2236 c.c.

Da rilevare, peraltro, che la responsabilità dell'avvocato può essere (ed è) limitata dalla previsione di cui all'art. 2236 c.c., che circoscrive tale responsabilità solo ai casi di dolo o colpa grave, ogni qualvolta la prestazione professionale comporti la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà.

Con ciò intendendosi quei casi caratterizzati “*dalla straordinarietà e particolare eccezionalità del loro manifestarsi, della loro novità, che non possono rientrare nell'ambito del sapere più ordinario*”, quando si tratti di questioni controverse in dottrina ed in giurisprudenza, o quando si debba sostenere una tesi su richiesta del cliente, che appare pacifica (in negativo) per la giurisprudenza.

In relazione a tale applicabilità, da una ricerca giurisprudenziale, è risultato che non costituisce un compito particolarmente difficoltoso (in via esemplificativa):

- la corretta notificazione degli atti alle controparti;
- la mancata integrazione del contraddittorio;
- la errata notificazione dell'appello a tutte le parti;
- l'omissione della indicazione della data di prima udienza nell'atto notificato;
- l'aver fatto decorrere il termine di prescrizione dell'azione, essendo onere del legale (ordinaria diligenza) compiere gli atti interruttivi della prescrizione del diritto del cliente (Cass. n. 10454/2002);
- l'instaurazione di un giudizio tendente a far riconoscere al cliente un diritto già prescritto;
- la mancata riassunzione di una causa nei termini di legge;
- (come già visto nella sentenza sopra riportata) l'aver instaurato un giudizio davanti ad un giudice non competente.

Da precisare che l'accertamento della presenza o meno di problemi tecnici di particolare difficoltà è rimessa al giudice di merito (il cui giudizio, è bene ricordarlo,

è incensurabile in sede di legittimità- Cassazione, ove sorretto da motivazioni congrue ed esenti da vizi legali o da errori di diritto).

L'onere di dimostrare tale esistenza (applicabilità del disposto dell'art. 2236 c.c.) e cioè la presenza di una speciale difficoltà dei problemi affrontati incombe sul professionista, che risponderà solo nel caso di dolo o colpa grave.

Ne consegue, peraltro, stante anche l'obbligo del professionista di tenersi costantemente aggiornato (ed oggi di partecipare a corsi di aggiornamento per raggiungere un numero annuale minimo di crediti formativi) che l'accertamento soggettivo, e del grado di colpa del legale, dovrà tener conto del settore di specializzazione, di fatto, dell'avvocato (anche se ancora non ufficiale), in quanto l'aver assunto un incarico in un settore del quale ci si dichiara specialisti, impedisce di usufruire della limitazione di responsabilità al dolo ed alla colpa grave (ex art. 2236 c.c.).

La particolare difficoltà dell'incarico impone al professionista tutte le cautele atte ad evitare il danno.

Sembra quindi di poter affermare e concludere che, a prescindere dal fatto che la prestazione professionale dell'avvocato sia da considerarsi come obbligazione di “risultato” o come obbligazione “di mezzi”, *“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 e che la responsabilità dell'avvocato 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 solo*

nel caso di dolo o colpa grave, secondo l'espresso disposto dell'art. 2236 c.c.” (Cass. 14.8.1997, n. 7618).

Concludendo (vedi Cass. n. 8863 del 18.4.2011) al criterio della colpa grave o del dolo “è consentito ricorrere solo nelle ipotesi in cui l'impegno intellettuale richiesto sia superiore a quello professionale medio con conseguente presupposizione di preparazione e dispendio di attività anch'esse superiori alla media”.

6. Doveri di informazione

Dopo aver esaminato (e studiato) il caso, l'avvocato è tenuto a informare il proprio assistito sulle probabilità di successo (o meno) dell'azione o della linea difensiva da adottare.

Ciò perché il cliente possa decidere, dopo aver ricevuto le necessarie informazioni, se ritenga opportuno (o meno) esperire l'azione legale.

Tale obbligo di informazione sussiste anche nel corso della causa, per cui il legale dovrà rendere edotto tempestivamente il cliente degli sviluppi del processo; dovrà anche informare il cliente della sua intenzione di non agire in giudizio a causa della (ritenuta) intervenuta prescrizione del diritto dallo stesso vantato, essendo diritto di quest'ultimo di rivolgersi ad altro legale, sperando che controparte non sollevi l'eccezione oppure che il giudice non accolga l'eccezione (se proposta). Per tale omessa informazione, la Cassazione ha affermato la responsabilità dell'avvocato (Cass. 3298/1973).

Tale obbligo di informazione persiste anche ove vi sia stata la revoca del mandato oppure la rinuncia da parte dello stesso professionista.

E' stata affermata la responsabilità del legale, ove non abbia comunicato all'ex cliente l'avvenuta notifica della sentenza o copia dell'ordinanza ammissiva delle prove oppure che non abbia depositato memorie istruttorie, con deduzione delle prove, ove non sia stato sostituito da altro legale (Cass. 5325/1993).

Ciò perché il legale (come ogni altro professionista) è tenuto a una doverosa attività

extraprocessuale, e cioè alla tempestiva informazione dell'assistito.

Ne consegue che l'avvocato può essere dichiarato responsabile contrattualmente, se e quando il cliente fornisca la prova di un danno riconducibile ad una attività di informazione lacunosa ed insufficiente da parte del legale.

Sul punto si conoscono diverse recenti sentenze, sia di merito che di legittimità (Corte Appello di Milano 3.5.2006, in “La resp. civ.”, 2007, 187; Corte Cass. 30.7.2004, n. 14597)

“La valutazione in ordine all'adempimento o meno da parte dell'avvocato dell'obbligazione, conseguente all'incarico professionale conferitogli, non attiene al mero accertamento del mancato raggiungimento del risultato utile da parte del cliente, ma involge un'indagine volta a verificare l'eventuale violazione dei doveri connessi allo svolgimento dell'attività professionale e, in particolare, del dovere di diligenza; nell'ambito di quest'ultimo sono ricompresi i doveri di sollecitazione, di dissuasione e in particolare d'informazione, al cui adempimento il professionista è tenuto sia all'atto dell'assunzione dell'incarico che nel corso del suo svolgimento”

Nella sentenza della Cassazione sopra citata (n. 14597/2004), si è statuito che, pur in presenza di una obbligazione di mezzi, quella assunta dal professionista non lo esime dal dovere di prospettare al cliente tutti gli elementi contrari, in base a cui, nonostante il regolare svolgimento dell'attività professionale, gli effetti di tale attività potrebbero essere inferiori a quelli previsti, oppure nulli o addirittura sfavorevoli, determinando così un pregiudizio a carico del cliente.

Nella fattispecie il cliente doveva recuperare un credito di € 1.500,00 e, alla fine della prestazione, aveva poi dovuto pagare al professionista una notula di oltre € 11.500,00.

La responsabilità dell'avvocato era stata dichiarata per non aver reso edotto il

cliente in modo chiaro ed esauriente della opportunità di iniziare e/o proseguire le varie azioni legali poste in essere.

7.La responsabilità professionale del praticante avvocato

Per quanto concerne il praticante avvocato, dall'esame della giurisprudenza, i possono ipotizzare due situazioni:

a- l'assenza di iscrizione all'albo professionale;

b- l'iscrizione all'albo, ma l'assenza di abilitazione.

Nel caso sub a) quello di assenza di iscrizione all'albo, ex art. 2231 c.c.⁶, l'esecuzione di una prestazione di opera professionale di natura intellettuale effettuata da chi non sia iscritto nell'apposito albo previsto dalla legge, dà luogo a nullità assoluta del rapporto fra professionista e cliente rilevabile anche di ufficio, nullità che priva il contratto di qualsiasi effetto.

Pertanto, il praticante avvocato che abbia espletato prestazione di natura giudiziale (o strettamente preparatorie e preordinate allo svolgimento di attività processuali od ad esse complementari, quali la predisposizione di minute di atti – vedi Cass. 19.2.2007, n. 3740) non può pretendere alcuna somma, dato che tutta l'attività svolta in precedenza all'iscrizione all'albo è affetta da insanabile nullità, ex art. 1418 c.c., in quanto contraria a norma imperativa, e cioè all'art. 2231 c.c., anche se il cliente sia stato a conoscenza di tale mancata iscrizione.

Né il praticante avvocato può ricorrere ad altra via, all'azione sussidiaria, di ingiustificato arricchimento.

Ovviamente ciò non può valere ove il praticante avvocato svolga attività

⁶ Art. 2231 c.c.

(Mancanza d'iscrizione)

Quando l'esercizio di un'attività professionale è condizionato all'iscrizione in un albo o elenco, la prestazione eseguita da chi non è iscritto non gli dà azione per il pagamento della retribuzione.

La cancellazione dall'albo o elenco risolve il contratto in corso, salvo il diritto del prestatore d'opera al rimborso delle spese incontrate e a un compenso adeguato all'utilità del lavoro compiuto.

stragiudiziale (redazione di un parere o prestazione di consulenza continuativo indipendente al di fuori del conferimento di poteri rappresentativi, vigendo la regola generale della libertà, per ogni soggetto, di svolgere quelle attività che la legge non prescrive siano poste in essere esclusivamente da soggetti iscritti negli albi professionali).

b- Se il praticante avvocato è iscritto all'albo professionale, ferma l'applicazione del disposto dell'art. 348 c.p.⁷. in assenza di abilitazione (si tratta di esercizio abusivo della professione), si applicheranno le stesse norme sulla responsabilità dell'avvocato.

Con sentenza n. 8445 del 1.4.2008 la Corte di Cassazione ha confermato la sentenza di merito che aveva riconosciuto la responsabilità professionale del praticante avvocato per aver fatto decorrere il termine di prescrizione di un danno da incidente stradale, che aveva causato al cliente una invalidità permanente, dato che l'attività svolta, trattandosi di assistenza in materia stragiudiziale, non è riservato ai soli iscritti all'albo.

8.La quantificazione del danno

Non sempre è facile accertare se il comportamento dell'avvocato costituisca una scelta difensiva, poi rivelatasi erronea, oppure costituisca una effettiva negligenza nell'adempimento della prestazione.

È facile accertare la responsabilità dell'avvocato, nel caso di omissione di un comportamento dovuto, nel valutare la sua condotta si rischia invece di far coincidere la negligenza con il mancato raggiungimento del risultato.

Di recente, la Corte di Cassazione, con la sentenza n. 8863 del 18.4.2011, ha

⁷ Art. 348 c.p.

Chiunque abusivamente esercita una professione [c.p. 359], per la quale è richiesta una speciale abilitazione dello Stato [c.c. 2229] è punito con la reclusione fino a sei mesi o con la multa da euro 103 a euro 516 [c.p. 31]

precisato che vi è differenza fra totale inadempimento del professionista, per far valere il quale è necessario dimostrare il danno sulla base di elementi probabilistici, e negligente esecuzione della prestazione.

La Corte ha, bella fattispecie, ritenuto sufficiente per la liquidazione del danno la mera indicazione della negligenza del professionista (riducendo il compenso dell'avvocato), e non ha applicato la regola, fissata in tema di omissione, in base alla quale *“l'avvocato, nell'espletamento dell'attività professionale, deve tendere a conseguire il buon esito della lite per il cliente e pertanto sussiste la sua responsabilità se, probabilmente e presuntivamente, applicando il principio penalistico di equivalenza della causa (art. 40 e 41 c.p.) esso non è stato raggiunto per sua negligenza”* (Cass. n. 6967 del 27.3.2006).

Siamo in presenza di un giudizio basato su criteri probabilistici, che può condurre al risarcimento delle chance perdute a causa del comportamento del legale, che può portare, però, a risarcimenti casuali e sproporzionati alla lesione effettivamente subita.

Concludendo (sul punto parlerà più diffusamente altro relatore), si può affermare che

“quando sia stata fornita la dimostrazione, anche in via presuntiva e di calcolo probabilistico, dell'esistenza di una chance di consecuzione di un vantaggio in relazione ad una determinata situazione giuridica, la perdita di tale chance è risarcibile come danno alla situazione giuridica di cui trattasi, indipendentemente dalla dimostrazione che la concreta utilizzazione della chance avrebbe presuntivamente o probabilmente determinato la consecuzione del vantaggio, essendo sufficiente anche la sola possibilità di tale consecuzione. La idoneità della chance a determinare presuntivamente o probabilmente ovvero solo possibilmente la detta consecuzione è,

- La responsabilità civile dell'avvocato sulla base delle ultime decisioni giurisprudenziali -

pag. 17/20

viceversa, rilevante, soltanto al fine della concreta individuazione e quantificazione del danno, da effettuarsi eventualmente in via equitativa” (Cass. n. 23846/2008); “in caso di domanda volta a ottenere il risarcimento del danno da perdita di chance, che come concreta ed effettiva occasione favorevole di conseguire un determinato bene, non è una mera aspettativa di fatto ma un'entità patrimoniale a sé stante, giuridicamente ed economicamente suscettibile di autonoma valutazione, il creditore ha l'onere di provare, pur se solo in modo presuntivo o secondo un calcolo di probabilità, la realizzazione in concreto di alcuni dei presupposti per il raggiungimento del risultato sperato e impedito dalla condotta illecita della quale il danno risarcibile deve essere conseguenza immediata e diretta” (Cass., S.U. n. 7943/2008).

Alla luce di siffatto orientamento giurisprudenziale, la perdita della possibilità di conseguire un risultato configura già in sé un danno non meramente ipotetico o eventuale, ma concreto ed attuale. La chance è, quindi, una componente del patrimonio economicamente valutabile, la cui perdita concreta un danno emergente risarcibile. Spetta al sedicente danneggiato la prova dell'esistenza di effettive probabilità di conseguimento del risultato avuto di mira, tali da fondare un ragionevole affidamento sull'esito favorevole.”

9.Prescrizione dell'azione

Due parole, infine, sul termine di prescrizione dell'azione di risarcimento del danno. Giurisprudenza costante della Cassazione (per tutte vedi la n. 16658 del 27.7.2007) ha ribadito

“che il termine di prescrizione del diritto al risarcimento del danno da responsabilità professionale inizia a decorrere non dal momento in cui la condotta del professionista ha determinato l'evento dannoso, bensì da quello in cui la produzione del danno si è

manifestato all'esterno, divenendo oggettivamente percepibile e riconoscibile da chi ha interesse a farlo valere e cioè il cliente: Nel caso di specie, riguardante un giudizio di responsabilità professionale di un avvocato, i Giudici di legittimità confermano la pronuncia di merito che ha ravvisato l'intervenuta prescrizione del diritto al risarcimento del danno, facendo decorrere il termine dal momento in cui il cliente era stato posto nella condizione di conoscere le lamentate inadempienze del difensore. In tal modo, viene respinto l'assunto della difesa del cliente, secondo il quale il termine di prescrizione avrebbe dovuto iniziare a decorrere dal momento della cessazione del mandato difensivo. Il protrarsi del rapporto professionale, infatti, non può escludere l'esercizio della pretesa risarcitoria, da parte dell'interessato che abbia subito il danno dall'opera professionale”.

10. Onere della prova

Sull'onere della prova, in particolare per la responsabilità prevista dell'art. 1176 c.c., si conosce una sola sentenza, difforme dall'orientamento dominante nella giurisprudenza di legittimità.

Con sentenza n. 14597 del 30.7.2004 si è precisato che *“nell'adempimento dell'incarico professionale conferitogli, l'obbligo di diligenza impone all'avvocato di assolvere sia all'atto di conferimento del mandato, sia nel caso dello svolgimento del rapporto (anche) ai doveri di sollecitazione, dissuasione ed informazione del cliente. A tal fine incombe su di lui fornire la prova della condotta mantenuta”.*

L'orientamento dominante, invece, propende per l'applicazione rigorosa dell'art. 2697 c.c., facendo gravare sul cliente, che dichiara di essere stato danneggiato, l'intero peso probatorio della propria pretesa. Vedi, fra le tante:

“Incombe sul cliente, il quale assume di aver subito un danno, l'onere di provare la difettosa od inadeguata prestazione professionale, l'esistenza del danno ed il

rapporto di casualità fra la difettosa od inadeguata prestazione professionale ed il danno” (Cass. n. 9238 del 18.4.2007).

Ed ancora:

“il cliente che chieda al proprio difensore il ristoro dei danni subiti a seguito della mancata impugnazione della sentenza di primo grado non può limitarsi a dedurre l'astratta possibilità della riforma in appello in senso a lui favorevole di tale pronuncia, ma deve dimostrare l'erroneità di questa, oppure produrre nuovi documenti o altri mezzi di prova idonei a fornire la ragionevole certezza che il gravame, se proposto, sarebbe stato accolto” (Cass. n. 722 del 27.1.1999; Cass. n. 2836 del 26.2.2002).