

IL PARAMETRO DELLA DILIGENZA QUALIFICATA AI FINI DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE DELL'AVVOCATO

Raffaella Scotti *

SOMMARIO: 1. La responsabilità civile del professionista – 2. L'evoluzione storica della responsabilità dell'avvocato: il regime di impunità dettato dalla Cassazione del Regno del 1931 – 3. Il percorso evolutivo della responsabilità civile dell'avvocato attraverso l'analisi delle norme del codice civile – 4. L'analisi del contenuto dell'attività professionale – 5. L'accertamento della responsabilità professionale dell'avvocato – 6. Considerazioni finali sulla diligenza qualificata quale parametro di valutazione per l'inadempimento.

1. – La responsabilità civile del professionista si presenta come un fenomeno dinamico, in costante evoluzione e adattamento alle mutevoli esigenze sociali e culturali susseguitesesi nel corso dei secoli.

La responsabilità professionale non è solo un riflesso delle norme giuridiche, ma anche una risposta alle aspettative etiche e sociali della comunità che rivela una profonda interazione tra diritto e società. L'approccio di François Geny¹, che sottolinea l'importanza delle reali condizioni di vita e delle stesse pratiche professionali, invita a considerare come la responsabilità civile si evolva in sintonia con l'emergere di nuove professioni e forme di relazione tra professionista e cliente.

L'analisi sulla responsabilità civile professionale² deve muovere, dunque, non solo dalle norme che la disciplinano, ma anche dai valori e dalle dinamiche sociali che la permeano e ne influenzano il cambiamento.

* Ricercatrice di Diritto privato, Università degli studi di Napoli Federico II.

¹ F. Geny, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, in A. Chevalier-Marescq et Cie, Paris, I, 1899; Id., *Risques et responsabilité*, in *Rev. Trim. De Droit Civil*, 1902,1, 812, il quale afferma: «la théorie de la responsabilité est ce qui a été produit et les plus grands résultats».

² G. Facci, *La responsabilità civile del professionista*, Padova 2006, 763 s.; G. Musolino, *Il contratto d'opera professionale*, in *Il Codice civile. Commentario*, fondato da Schlesinger, diretto da Busnelli, Milano, 2009, 407 s.



Si tratta di una categoria distinta rispetto ad altre forme di responsabilità e si estende ad una vasta gamma di attività professionali³: dal medico, all'avvocato, al notaio, al commercialista, all'architetto, all'ingegnere, ecc.

Nel codice civile esistono diversi modelli di responsabilità civile⁴, non riconducibili ad una nozione unitaria di responsabilità⁵ e non omogenei tra di loro, che riflettono le specificità delle varie professioni.

Ciò si deve al fatto che l'ordinamento giuridico italiano, a differenza dei sistemi di *common law*, si configura come un sistema flessibile e aperto che consente la tutela dei diritti attraverso rimedi tipici predefiniti dall'ordinamento stesso e da questo posti a presidio delle esigenze concrete della collettività⁶.

Peraltro, l'evoluzione della responsabilità civile è piuttosto recente, considerando lo scarso interesse della scienza giuridica italiana fino alla metà del novecento⁷ e a partire dall'epoca romana e medievale, dove il rapporto giuridico tra professionista e cliente non veniva interpretato come un contratto oneroso, ma quale atto di liberalità in cui la prestazione professionale veniva fornita in modo gratuito e spontaneo.

I professionisti erano spesso considerati figure che operavano per vocazione e il pagamento veniva ritenuto un gesto di gratitudine da parte del cliente, piuttosto che una condizione necessaria per l'obbligo di prestazione.

In tale contesto era difficile concepire una responsabilità per colpa e non è casuale che le professioni mediche, legali e tecniche venissero allora denominate "professioni libere" e "liberali", evidenziando un approccio che metteva in risalto la libertà e la spontaneità dell'agire professionale, disincentivando l'azione in giudizio per le ipotesi di responsabilità.

Anche dopo la fine del periodo romano e medievale, con il passaggio alla società borghese dell'ottocento, il tema della responsabilità del professionista rimase marginale per lungo tempo e solo agli inizi del novecento

³ A. Guarnieri, *La responsabilità del professionista: profili storico-comparatistici*, in *Le responsabilità del notaio tra disciplina vigente e disciplina sanzionatoria*, in *Quaderni della Fondazione Italiana del notariato*, 2016; G. Comandè, *Lettera sulla responsabilità (civile) e l'autonomia (individuale)*, in *Danno resp.*, 6, 2022, 668, secondo cui: "...il concetto di responsabilità si declina sempre di più al plurale e assume connotati sempre diversi nei diversi contesti in cui è usata".

⁴ S. Rodotà, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, 41 s.

⁵ C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, 182.

⁶ A. Di Majo, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2003, 75.

⁷ In questi termini: S. Rodotà, *Il problema della responsabilità civile*, cit., 25.

cominciò ad emergere un'attenzione crescente verso la necessità di regolamentare e tutelare i diritti dei clienti nei confronti delle prestazioni professionali.

Il fenomeno, sotto l'aspetto ideologico e sociale, può essere ricondotto all'appartenenza degli allora professionisti alla classe borghese dominante, la quale godeva di una posizione di privilegio sociale consolidata. Così, ad esempio, l'accesso alla professione legale era limitato e ciò contribuiva a consolidare la posizione degli avvocati come *élite* intellettuale e sociale. Nel contesto europeo dell'epoca la categoria dei professionisti veniva ad identificarsi in una corporazione e come tale veniva regolamentata; si pensi ai *Conseils* in Francia e agli *Inns of Court* in Inghilterra⁸.

In Italia, l'inerzia ad intentare un procedimento giudiziario che fondasse la responsabilità del professionista si legava anche all'incertezza dell'esito del giudizio, per cui qualunque professione risultava vulnerabile all'imprevedibilità delle decisioni giudiziarie, in linea con il noto brocardo latino *habent sua sidera lites*, tanto da indurre il cliente a non instaurare un processo contro il professionista.

In particolare, nei primi anni del Novecento la responsabilità civile dei professionisti era strutturata in gran parte attorno al principio dell'adempimento delle obbligazioni contrattuali.

Questa visione si basava sul fatto che il professionista, nell'offrire una prestazione d'opera (sia essa di tipo medico, legale o ingegneristico), entrava in un rapporto contrattuale con il cliente, il quale si aspettava di ricevere un servizio conforme agli standard di qualità e competenza ed è solo verso la metà del novecento che è emersa l'importanza di stabilire standard più elevati per l'operato di queste figure professionali⁹, in modo da garantire una maggiore protezione per la collettività e una maggiore affidabilità dei servizi offerti.

Solo negli ultimi decenni il campo delle libere professioni ha subito una profonda trasformazione, non essendo più, tra l'altro, un'esclusiva della classe borghese.

Parallelamente, i clienti hanno sviluppato una crescente consapevolezza dei propri diritti e, di riflesso, delle responsabilità degli stessi professionisti,

⁸ Queste istituzioni utilizzavano un sistema di apprendimento e usavano requisiti stringenti per l'ammissione, limitando ulteriormente l'accesso alla professione legale a coloro che provenivano da famiglie privilegiate.

⁹ Cass. 18-05-1977, n. 2046, in *Mass. Giust. civ.*, 1977, 859.

essendo meno propensi ad accettare senza riserve le diagnosi o i consigli, il che ha portato a un monitoraggio sempre più accurato delle loro attività.

Questa fusione di elementi ha condotto al giusto riconoscimento giuridico della responsabilità professionale e, nel contempo, si è assistito ad un aumento delle ipotesi di danno, delle categorie di danni da risarcire, dei criteri per la loro liquidazione e delle varie tipologie di vittime meritevoli di tutela.

Ad oggi l'accresciuta consapevolezza della responsabilità professionale ha portato ad una maggiore astensione dall'accettazione passiva delle prestazioni professionali e ad un'aumentata richiesta di responsabilizzazione e trasparenza da parte dei clienti.

Sul punto, la giurisprudenza di legittimità¹⁰, nel metter in rilievo l'importanza della competenza e della prudenza nell'esercizio delle professioni, sottolinea la necessità di un rigoroso controllo delle attività professionali, evidenziando che il difetto di diligenza può dar luogo a responsabilità risarcitoria e che una responsabilità non può essere attribuita in modo indiscriminato, ma deve sempre tener conto della diligenza professionale e del contesto in cui viene prestata l'attività¹¹.

E, d'altronde, tale equilibrio è essenziale per preservare la fiducia nel sistema professionale e garantire un'interazione corretta tra le parti coinvolte.

Negli ultimi anni, dunque, si è sviluppata una maggiore coscienza sia tra i professionisti e sia tra i clienti riguardo alla responsabilità legata alle prestazioni professionali, i quali devono interagire in modo più attivo e dialogico, essendo consapevoli, i primi, delle implicazioni etiche, legali e sociali delle loro azioni ed i secondi, del diritto ad essere coinvolti nel processo decisionale.

2. – L'avvocato riveste un ruolo cruciale nella società contemporanea nella tutela dei diritti e nella promozione della giustizia, affermandosi come

¹⁰ Cass. 21-03-2023, n. 8058, su www.deiure.it; Cass. 17-11-2021, n. 34993, su www.osservatorio-famiglia.it; Cass. 29-01-2018, n. 2060, in *Rep. Foro it.*, 2018, voce *Sanità pubblica e sanitari*, 431; Cass. 23-06-2020, n. 12345, su www.deiure.it. Nella giurisprudenza di merito, quanto alla posizione dell'avvocato. Nella giurisprudenza di merito, cfr.: Trib. Napoli, 10-01-2006, in *Giur. merito*, 2007, 1, 120, secondo cui: "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 delle cause (artt. 40 e 41 c.p.) esso non è stato raggiunto per sua negligenza".

¹¹ Cass. 20-10-2023, n. 29182, reperibile su www.deiure.it.

professionista indispensabile capace di orientare il cliente attraverso le intricate maglie del sistema giuridico in un contesto in continua evoluzione, caratterizzato da sfide legali complesse.

La professione legale nel corso degli anni ha subito un significativo cambiamento nella percezione della sua responsabilità professionale. In passato, gli avvocati erano spesso visti come figure quasi inviolabili, il che significava che le loro azioni e le loro decisioni erano raramente soggette a scrutinio legale o disciplinare.

Nell'età post-unitaria uno dei temi più dibattuti in dottrina e giurisprudenza fu quello della responsabilità dell'avvocato e dei suoi limiti, godendo quest'ultimo di una sostanziale immunità.

A tal proposito, giova ricordare una famosa sentenza della Corte di Cassazione del Regno del 1931¹² che, rifacendosi ad alcune decisioni delle corti d'appello meridionali (Napoli e Catania¹³), aveva imposto un regime di *sostanziale irresponsabilità per l'avvocato*, condannato solo alla ripetizione spese processuali per non aver incardinato il giudizio in secondo grado e, dunque, per non aver impugnato l'atto nei termini di legge.

La sentenza fu oggetto di un'attenta e critica analisi da parte di Piero Calamandrei¹⁴, il quale nell'evidenziare i possibili scenari problematici a seguito della sentenza, affermava che in nessun caso sarebbe stato possibile prevedere con certezza gli sviluppi che sarebbero scaturiti da un eventuale e tempestivo intervento in appello, ma ciò, comunque, non esimeva l'avvocato da una sua specifica responsabilità. Secondo il suo punto di vista, la posizione interpretativa della giurisprudenza procurava una serie complicata di conseguenze giuridiche, andando a minare *in primis* all'antico canone di diligenza professionale, fondamentale per il corretto esercizio della professione legale, e, in secondo luogo, sottolineava l'importanza delle ripercussioni che anda-

¹² Cass. Regno 10-02-1931, n. 425, in *Foro it.*, 1932, I, 628, con nota critica di P. Calamandrei, *Limiti alla responsabilità del legale negligente*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1931, II, 260; F. Carnelutti, *Rimedi contro la negligenza del difensore*, ivi, 1932, II, 57 s.; A.C. Iemolo, *Rimedi contro la negligenza del difensore*, ivi, 1933, I, 50 s.; U. Paoli, *La responsabilità del legale negligente*, ivi, 1932, II, 17 s.; A. Parrella, *Colpa del procuratore e stima preventiva della lite* in *Foro it.*, 1932, I, 628 s.

¹³ App. Napoli, 27-08-1866, in *Giur. it.*, 1866, II, 465; App. Catania 1-10-1883, in *Giur. it.*, 1884, II, 63 s. La sentenza della Corte d'Appello riguardava il caso di un difensore che per negligenza aveva determinato l'estinzione del processo.

¹⁴ P. Calamandrei, *Limiti alla responsabilità del legale negligente*, cit., 260.

vano a riverberarsi sul cliente danneggiato e su possibili futuri clienti che sarebbero stati scoraggiati ad intentare un giudizio contro un avvocato.

Anche l'autorevole giurista Francesco Carnelutti¹⁵, nel 1932, intervenne sul dibattito sollevato dalla sentenza, considerandola, tra l'altro, un esempio emblematico delle difficoltà intrinseche nella prova del danno subito dal cliente. Egli sottolineava come tali difficoltà fossero insormontabili, essendo indispensabile, invece, un'analisi approfondita delle circostanze e delle conseguenze legate a ciascun caso.

La Corte di Cassazione, in particolare, pur riconoscendo chiaramente la condotta negligente dell'avvocato – che aveva ommesso di presentare l'appello nei termini previsti dalla legge – escluse la possibilità di condannarlo al risarcimento di un danno incerto ed eventuale derivante da un processo non celebrato.

Questa scelta giuridica si fondava sull'idea che il danno subito dal cliente non poteva essere considerato certo, dato che il risultato di un eventuale processo era soggetto a molteplici variabili, alcune delle quali intrinsecamente imprevedibili. Infatti, come rilevato dalla stessa Corte, "il carattere incerto ed eventuale del danno rappresenta un ostacolo insormontabile alla statuizione della responsabilità". Questo principio risuona con l'antica massima latina *habent sua sidera lites*¹⁶, che riflette l'incertezza riguardo all'esito di una controversia legale, impedendo, quindi, di collegare direttamente la condotta dell'avvocato al pregiudizio subito dal cliente.

In altre parole, poiché il risultato di un giudizio era influenzato da una complessa interazione di fattori morali, tecnici e giuridici, non era possibile stabilire con certezza che un ommesso intervento processuale sarebbe stato necessariamente condotto a un esito favorevole per il cliente.

Di conseguenza, la Cassazione si limitò a riconoscere il diritto del cliente ad essere rimborsato soltanto delle spese e competenze anticipate, escludendo qualsiasi risarcimento ulteriore per danni che non potessero essere concretamente e oggettivamente dimostrati¹⁷. La *quaestio iuris* posta

¹⁵ F. Carnelutti, *Rimedi contro la negligenza del difensore*, in *Riv. dir. proc. civ.*, II, 1932, 57.

¹⁶ L. Solidoro, *Habeant sua sidera lites: sulla storia dell'imponderabile nell'avventura processuale*, in *Teoria e Storia del Diritto Privato*, XI, 2018, 1 s.

¹⁷ L'irresponsabilità dell'avvocato agli inizi del novecento si deve anche alla comune opinione secondo cui sarebbe stato impossibile dimostrare il nesso causale tra la condotta dell'avvocato e l'insuccesso della causa e, di conseguenza, la mancanza di tale prova da parte del cliente comportava il rigetto dell'istanza risarcitoria.

all'attenzione della Cassazione del Regno, il cui *decisum* rappresentò un principio seguito dalla giurisprudenza successiva almeno fino alla prima metà del novecento, si traduce oggi nella perdita possibilità della proposizione di un'azione giudiziaria, quale forma di danno risarcibile, all'epoca sconosciuta in Italia fino agli anni '90, benchè nota in Francia ¹⁸già dalla fine dell'800, dove si discuteva di danno da perdita di *chance* che poteva imputarsi anche all'avvocato ritenuto responsabile per la perdita di opportunità che il cliente aveva subito a causa di un'azione o di un'omissione del professionista ¹⁹.

Il regime di impunità per il legale professionista rimase fino ad oltre

¹⁸ Lo sviluppo di questo concetto in Francia è frutto dell'elaborazione giurisprudenziale: Cour de Cassation, Chambre civile, du 15-06-1887; Cass. req., 17-07-1889; Cass., Req. 1^{re}-06-1932, secondo cui: "s'il n'est pas possible d'allouer des dommages et intérêts en réparation d'un préjudice purement éventuel, il en est autrement lorsque le préjudice, bien que futur, apparaît aux juges comme la prolongation certaine et directe d'un état de chose actuel et comme étant susceptible d'estimation immédiate. Sul tema la letteratura giuridica è sterminata, cfr.: F. Chabas, *La perdita di chance nel diritto francese della responsabilità civile*, in *Resp. civ.*, 1996, 227; F. D. Busnelli, *Perdita di una «chance» e risarcimento del danno*, in *Foro it.*, 1965, IV, 47 s.; M. Bona, *Causalità da perdita di chance e "lost years": nessuna soglia minima per la tutela risarcitoria delle possibilità di sopravvivenza*, in *Corr. giur.*, 2014, 9, 1080 s.; C. Buonanno, *La perdita di chance nel diritto privato. Brevi riflessioni: Alcuni spunti dottrinali e giurisprudenziali*, in *questa Rivista*, VII, 2009, 1; D. Chindemi, *Il danno da perdita di chance*, Milano, 2010; A. De Cupis, *Risarcimento della perdita di una "chance"*, in *Giur. it.*, 1986, I, 1, 1181 s.; R. De Matteis, *Colpa omissiva, nesso di causalità e perdita di chances*, in *Danno resp.*, 1997, 4, 470 s.; M. Feola, *Il danno da perdita di chances tra contratto e torto*, in *Dir. e Giur.*, 2006, 2, 199 s.; L. Locatelli, *Le chance di risarcibilità delle chance perdute*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, 4, 904 s.; N. Monticelli, *Responsabilità civile e perdita di chance: alcune considerazioni a margine dell'esperienza italiana e francese*, in *Giust. civ.*, I, 2004, 295 s.; C. Oliva, *Perdita di chance: patrimonialità e criteri di quantificazione del relativo danno*, in *Resp. civ.*, 2012, 11 s.; S. Landini, *Responsabilità del medico per perdita di chances di sopravvivenza*, in *Resp. civ. prev.*, 2005, 2, 461 s.; E. Ronchi, *Perdita di chances, nesso causale e danno alla persona risarcibile nella responsabilità per colpa professionale sanitaria: aspetti medico-legali*, in *Resp. civ. prev.*, 2000, 3, 840 s.; A. Pontecorvo, *La responsabilità per perdita di chance*, in *Giust. civ.*, 1997, 10, 447 s.; A. M. Princigalli, *Perdita di chances e danno risarcibile*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1985, 18, 315 s.; L. Rinaldo, *Il danno da perdita di chance*, nota a sentenza Trib. Milano 3-10-2009, n. 1176, in *questa Rivista*, VIII, 2010, 527 s.; M. Rossetti, *Il danno da perdita di chance*, in *Riv. circolaz. traspr.*, 2000, 4-5, 662 s.; G. Viney, *La responsabilité: conditions*, in *Traité de droit civil*, diretto da Ghestin, IV, Paris, 1982, 342; D. Zorzit, *La perdita di chance ed il "danno da morte": prove tecniche di resistenza e nuovi scenari*, in *Danno resp.*, 2009, 11, 1121 s.; P. Ziviz, *Il risarcimento per la perdita di chances di sopravvivenza*, in *Resp. civ. prev.*, 1998, 3, 705 s.

¹⁹ Una prima timida apertura alla risarcibilità del danno a carico del professionista si ebbe a partire dal 1968 (Cass. 28-11-1968, n. 3848, in *Foro it.*, 1969, 1, 903) in cui la Cassazione riconobbe la possibilità di risarcire il danno da errore professionale previa la prova del nesso causale.

l'entrata in vigore del codice civile del 1942²⁰, fondandosi una sua responsabilità solo ove si fosse dimostrato con certezza che l'esito favorevole del giudizio si sarebbe potuto produrre esclusivamente in virtù di una sua condotta improntata alla diligenza qualificata *ex art.1176*, secondo comma, c.c., stante la molteplicità dei fattori che potevano, invece, concorrere e influire decisamente sul giudizio, scongiurando così un danno da risarcire finanche in presenza di una condotta negligente.

3.- Nell'impianto codicistico del 1942, il professionista avvocato viene assoggettato alle ordinarie regole di responsabilità che si applicano a tutti i prestatori d'opera intellettuale²¹, oltre alle norme contenute nella legge professionale forense (L. n. 247/2012) e nel Codice deontologico forense.

La mancanza di un quadro normativo *ad hoc* implica che la soluzione di questioni attinenti a tale specialistica responsabilità debba essere risolta alla luce di una lettura congiunta di due regole giuridiche contenute negli artt. 1176 e 2236, secondo comma, c.c., che sono in rapporto di complementarietà²², rappresentando la prima la norma generale e applicandosi la seconda solo allorché la prestazione importi la soluzione di problemi di particolare difficoltà.

Com'è noto, l'art. 1176 c.c. delinea la diligenza richiesta a chi svolge un'attività professionale, da valutarsi in base alla natura dell'attività stessa e, cioè, una diligenza particolarmente qualificata dall'osservanza di apposite regole e dall'impiego degli strumenti tecnici adeguati al tipo di attività svolta, *id est* la perizia²³; mentre, la seconda norma stabilisce che il prestatore d'opera non è responsabile per colpa lieve se la sua prestazione comporta la gestio-

²⁰ Trib. Roma 3-03-1954, in *Giust. civ.*, 1954, 726, secondo cui: "Ogni sentenza è condizionata da una quantità di fattori inimmaginabili, da indurre a negare la sussistenza un danno risarcibile, anche in presenza di una accertata negligenza professionale". In dottrina, v. :F. Piraino, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, Napoli, 2011, 509 s.

²¹ R. Baldini, *Dall'irresponsabilità dell'avvocato all'obbligo di perseguire il buon esito della lite*". *Spunti di riflessione sull'annosa questione dell'onere della prova*, in *Danno resp.*, 3, 2022, 341 s.

²² La relazione tra le due norme è di integrazione per complementarietà e non già per specialità. Cfr. Cass. 7-05-1998, n. 3389, in *Mass. Giust. civ.*, 1988, 5; Cass. 13-02-1998, n. 1560, in *Arch. circ.*, 1998, 541 s.; Cass.18-05-1988, n. 3463, in *Corr. giur.*, 1988, 989, con nota di Danovi e in *Arch. civ.*, 1988, 1052; Cass., 15-01-2001, n. 499, in *Mass. Giust. civ.*, 2001, 86.

²³ C.M. Bianca, *La responsabilità*, Milano, 1994, 28. Sul punto cfr.: G. Cattaneo, *La responsabilità del professionista*, Milano, 1958, 72.

ne di problemi tecnici particolarmente complessi²⁴, venendosi, così, a giustificare un certo margine di errore.

L'apparente iato tra le due norme è stato ricomposto in sede ermeneutica attraverso una rigorosa e restrittiva delimitazione del campo di applicazione dell'art. 2236 c.c.

Occorre muovere dalla relazione al codice n. 917 del Ministro guardasigilli Grandi nella quale viene spiegata la *ratio* della norma (art. 2236 c.c.) che risiede nell'obiettivo di conciliare "due opposte esigenze: quella di non mortificare l'iniziativa del professionista col timore di ingiustificate rappresaglie da parte del cliente in caso di insuccesso e quella inversa di non indulgere verso non ponderate decisioni o riprovevoli inerzie del professionista" stesso²⁵.

Si tratta di un passo decisamente in avanti rispetto alla codificazione precedente del 1865 in cui prevaleva una linea interpretativa - soprattutto nel contesto della responsabilità medica attraverso il concetto di "errore professionale" - che, come si è visto, tendeva a ridurre significativamente la responsabilità del professionista intellettuale; un'epoca nella quale non si era ancora concretizzata l'integrazione della perizia all'interno del concetto di diligenza.

Questa limitazione si applicava, in particolare, quando era coinvolta la discrezionalità tecnica del professionista, piuttosto che la semplice manifestazione di attenzione nel compiere il proprio dovere.

Tale impostazione ha influito sulla percezione delle responsabilità professionali, evidenziando una distinzione tra il mero errore e la corretta applicazione delle competenze, soprattutto in settori delicati come la medicina, dove le decisioni richiedono un alto grado di *expertise* e di giudizio personale.

Il fondamento dell'art. 2236 c.c., che costituisce un *unicum* nei codici continentali²⁶, si basa, dunque, sull'idea che, in determinate circostanze, le scelte tecniche richieste ad un professionista possono essere molto complesse al punto che sembra ragionevole concedere un margine di apprezzamento al professionista medesimo. In tali casi, la responsabilità non può essere auto-

²⁴ Per un'ampia analisi della norma, v.: M. Faccioli, *L'art. 2236 c.c. e l'onere della prova*, in *Le responsabilità nei servizi sanitari*, diretto da M. Franzoni, Bologna, 2011, 61 s.

²⁵ Cfr.: Corte Cost., 28-11-1973, n. 166, in *Foro it.*, 1974, 19 e in *Giur. cost.*, 1973, 1795 s.

²⁶ Così: G. Alpa, *Responsabilità civile e danno. Lineamenti e questioni*, Bologna, 1991, 239 s. La medesima considerazione che si tratti di una norma che non trova riscontro in ambito europeo, v.: R. De Matteis, *Il contratto d'opera intellettuale: profili generali e obblighi delle parti*, in *Tratt. dei contratti*, diretto da V. Roppo-A. M. Benedetti, III, Milano, 2014, 697 s.

maticamente attribuita a un errore di giudizio, poiché è comprensibile che anche un esperto possa trovarsi di fronte a decisioni che comportano un certo grado di incertezza e di rischio.

Come ha osservato la Cassazione²⁷, è necessario operare un bilanciamento tra la libertà professionale del prestatore d'opera e la tutela del cliente, il che non significa escludere completamente la responsabilità del professionista, ma condizionarla ad una valutazione caso per caso, tenendo conto della complessità delle scelte tecniche e della capacità del professionista stesso.

Il professionista, quindi, deve eseguire la prestazione con diligenza, secondo lo standard professionale ritenuto operante in quel momento storico e in quella circostanza di fatto.

4. – La responsabilità dell'avvocato²⁸ nei confronti del cliente deriva dalla violazione di una regola di condotta del professionista rispetto all'espletamento dell'incarico assunto, che trova la sua fonte in un contratto di mandato ovvero in un contratto c.d. di patrocinio²⁹, che ha una causa mista, mutuata dal contratto d'opera intellettuale e da quello di mandato.

Il contenuto dell'attività professionale risiede nel rapporto di patrocinio, quale negozio, a forma libera³⁰, avente natura bilaterale (cliente e avvocato

²⁷ La Cassazione ha ritenuto di escludere la responsabilità del professionista solo per decisioni che rientrano in un ambito di indeterminata tecnica-scientifica. Cfr.: Cass., 27-10-2003, n. 16601, in *Giust. civ.*, 2004, I, 654.

²⁸ D. Covucci-G. Ponzanelli, *Responsabilità civile dell'avvocato: un sistema in evoluzione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 2008, 421 s.; M. Feola, *La responsabilità dei professionisti legali in Danno resp.*, 11, 2014, 985 s.; L. Nocco, *La responsabilità civile dell'avvocato*, in *Danno resp.*, 2009, 302; L. E. Perriello, *Professione forense e responsabilità civile*, Napoli, 2023; G. Ponzanelli, *Responsabilità civile del professionista intellettuale*, in *Nuova giur. comm.*, II, 2010, 519 s.

²⁹ Secondo l'opinione consolidata in giurisprudenza il contratto di patrocinio "costituisce un negozio bilaterale con il quale il professionista viene incaricato, secondo lo schema negoziale che è proprio del mandato, di svolgere la sua opera professionale in favore della parte. Ne consegue che, ai fini della conclusione del contratto di patrocinio, non è indispensabile il rilascio di una procura ad litem, essendo questa necessaria solo per lo svolgimento dell'attività processuale..". Così: Cass. 18-07-2002, n. 10454, in *Mass. Foro it.*, 2002, 767. Nello stesso senso, cfr.: Cass. 8-08-2000, n. 10431, in *Rep. Foro it.*, 2000, voce *Professioni intellettuali*, 185; Cass. 29-08-2014, n. 18450, su *www.deiure.it*; Cass. 6-07-2015, n. 13927, su *www.deiure.it*; Cass. 2-08-2019, n. 20865, in *Guida al dir.*, 2019, 46, 55.

³⁰ La Suprema Corte di Cassazione ha statuito che il contratto di patrocinio è un contratto bilaterale suscettibile di essere dimostrato anche mediante prova testimoniale. Così: Cass. 31-03-2021, n. 8863, su *www.deiure.it*.

iscritto all'albo³¹), che non ha nulla a che vedere con la procura *ad litem*, negozio unilaterale recettizio, soggetto a forma scritta, con il quale il difensore viene investito del potere di rappresentare la parte in giudizio³², appunto lo *jus postulandi*.

L'inadempimento contrattuale dell'avvocato richiama la norma di cui all'art. 1218 c.c. che, unitamente agli artt. 1176 e 2236 c.c., costituisce la disciplina di riferimento di tale specifica responsabilità professionale.

Per molto tempo, tuttavia, la responsabilità civile derivante dall'inadempimento del patrocinatore ha risentito della tralaticia distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato, distinzione che non aveva e non ha un espresso riconoscimento codicistico.

Occorre a tal uopo, ricordare che tale dicotomia è riconducibile ad un celebre pandettista³³, Bernhöft, il quale aveva già prospettato tale distinzione nell'ambito del progetto del *Bürgerliches Gesetzbuch*, benchè essa fosse già presente nel pensiero giuridico occidentale sin dal diritto romano³⁴. La paternità della nomenclatura si deve all'opera di Demogue³⁵ che, nella prima metà del novecento, utilizza i termini *obligation de moyen et obligation de résultat*, e specifica che, ai fini della sussistenza della responsabilità, la regola secondo cui spetta al creditore/danneggiato provare la colpa, sarebbe evidente solo nel caso di obbligazioni di mezzi.

Bisogna rammentare, tuttavia, che, rispetto al Trattato di Demogue, la dicotomia *de quo* era già stata precorsa in Italia nel saggio del 1918 da Giuseppe Osti³⁶, in cui veniva delineata la distinzione tra "obbligazioni di diligen-

³¹ Cass. Sez. Un. 14-02-1963, n. 326, in *Foro it.*, 1963, I, 500, secondo cui "il mandato professionale può essere da chiunque conferito (soggetto privato o pubblico) ad avvocati liberi professionisti e, quindi, non vincolati da rapporto d'impiego ed iscritti nel normale albo professionale".

³² Cass. 8-06-2017, n. 14276, in *ilprocessocivile.it*, 1° agosto 2017; Cass. 2-08-2019, n. 20865, cit.

³³ F. Bernhöft, *Kauf, Miethe und verwandte Verträge*, nei *Beiträge zur Erläuterung und Beurtheilung des Entwurfs eines BGB für das deutsche Reich*, diretti da E. I. Bekker-O. Fisher, XII, Berlino 1889, 17.

³⁴ C. A. Cannata, *Obbligazioni nel diritto romano, medievale e moderno*, in *Digesto disc. priv., sez. civ.*, 1995, 407 s.

³⁵ R. Demogue, *Traité des obligations en general*, I, *Sources des obligations*, V, Paris, 1925, 538 s.

³⁶ G. Osti, *Revisione critica della teoria sulla impossibilità sopravvenuta della prestazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1918, 423, il quale pose le basi concettuali su cui il codice civile del 1942 avrebbe costruito la disciplina generale della responsabilità per inadempimento dell'obbligazione. Sul punto, cfr.: R. Franco, *La persistente attualità del pensiero di Giuseppe Osti (ad oltre cent'anni)*, in *Rileggere i "classici" del diritto civile italiano (1900-1920)*, a cura di G. Perlingieri, Napoli, 2022, 1055 s.

za” (o di comportamento) e “obbligazioni di risultato”³⁷, fondandosi tale classificazione sulla diversità del contenuto della prestazione, da cui ne discendeva un maggiore o minore grado di difficoltà nell’assolvimento dell’onere probatorio spettante al creditore.

Nel nostro ordinamento un’ampia diffusione di tale classificazione si deve all’elaborazione critica di Luigi Mengoni³⁸ per il quale la dicotomia non mette in discussione, sul piano dogmatico, l’unità del concetto di obbligazione, né, sul piano normativo, l’unitarietà della fattispecie di responsabilità contrattuale. Secondo l’Autore la detta distinzione *non vuole significare l’assenza, in certe obbligazioni, di un risultato dovuto, il che sarebbe assurdo, ma piuttosto separare i rapporti obbligatori in due categorie, caratterizzate da una maggiore o minore corrispondenza del termine finale dell’obbligazione (risultato dovuto) al termine iniziale*. Pertanto, nelle obbligazioni c.d. di mezzi la misura della responsabilità coincide con la *diligentia diligētis* ovvero con il comportamento diligente del debitore, poiché in questi casi la diligenza è il criterio determinativo del contenuto della prestazione dovuta; mentre, nell’altra tipologia di obbligazioni ciò che assume rilievo è “il conseguimento del ‘risultato’, quale che sia il comportamento diligente posto in essere dal debitore al fine di conseguirlo. Conseguentemente, *un fatto valutato come mezzo in ordine a un fine successivo, rappresenta già un risultato quando sia considerato in*

³⁷ In merito a tale distinzione, cfr.: R. Franco, *La disputa intorno alla distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato si rinnova: dalla dogmatica al nesso di causalità. L’esatto adempimento e gli obblighi di protezione*, in *Rass. dir. civ.*, 1, 2022, 92 s.; F. Piraino, *Obbligazioni “di risultato” e obbligazioni “di mezzi” ovvero dell’inadempimento incontrovertibile e dell’inadempimento controvertibile*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, 85; Id., *Inadempimento e causalità nelle obbligazioni di fare professionale*, in *Danno resp.*, 2020, 559 s.; M. Franzoni, *Le obbligazioni di mezzi e di risultato*, in *Le obbligazioni in generale*, II, a cura di M. Franzoni, Torino, 2004, 1139 s.; A. Nicolussi, *Il commiato della giurisprudenza dalla distinzione tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, in *Eur. dir. priv.*, 2006, 797 s.; L. Nivarra, *La responsabilità civile dei professionisti (medici, avvocati, notai): il punto della giurisprudenza*, in *Eur. dir. priv.*, 2000, 521.

³⁸ *In quanto ‘mezzo’ per conseguire un risultato a cui il creditore aspira ma che il debitore non è tenuto a garantire*. In questi termini: L. Mengoni, *Obbligazioni “di risultato” e obbligazioni “di mezzi”. Parte I (studio critico)*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, 185, 280, 366, ora anche in Id., *Scritti II, Obbligazioni e negozio*, a cura di C. Castronovo - A. Albanese - A. Nicolussi, Milano, 2011, 141 s. Sul punto, cfr.: G. Osti, *Revisione critica della teoria sull’impossibilità della prestazione*, cit., 423, il quale sottolinea come nelle obbligazioni di diligenza la responsabilità appaia collegata alla colpa solo perché in esse la diligenza determina il contenuto della prestazione dovuta. Ne deriva una coincidenza tra colpa e inadempimento.

sé stesso, come termine finale di una serie teleologica limitata ³⁹.

Tale tradizionale partizione oggi, com'è noto, è stata messa in discussione tanto da considerarsi ormai superata, a seguito di una serie di pronunce di legittimità che ne hanno ridimensionato la valenza dogmatica, sancendone solo il carattere descrittivo.

La Corte di Cassazione a Sezioni Unite, con due distinte pronunce, rispettivamente del 2005 ⁴⁰ e del 2008 ⁴¹, ha escluso la portata precettiva della distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato, qualificandola come mera classificazione formale, poiché in ciascuna obbligazione assumono rilievo tanto il risultato pratico da raggiungere attraverso il vincolo giuridico, quanto l'impegno cui è tenuto il debitore per ottenerlo.

Quest'approccio integrato della giurisprudenza muove dal fatto che in alcune obbligazioni di *facere* professionale il risultato primario cui tende il creditore non può essere dedotto in obbligazione stante la sua aleatorietà che poco dipende dalla volontà e dall'impegno del professionista e, molto, invece, da condizioni estranee che sfuggono al suo controllo.

Ne consegue che l'*utilitas* cui tende il creditore risiede (si identifica) nel risultato strumentale che, dunque, tende alla soddisfazione dell'interesse finale. Condivisibile, sul punto, è il pensiero di Mengoni che afferma: "*Talvolta la tutela*

³⁹ *Talvolta la tutela giuridica, che è misura del 'dover avere' del creditore, è circoscritta a un interesse strumentale, a un interesse di secondo grado che ha come scopo immediato un'attività del debitore capace di promuovere l'attuazione dell'interesse primario. In tali ipotesi il fine tutelato, cioè appunto il risultato dovuto, non è che un mezzo nella serie teleologica che costituisce il contenuto dell'interesse primario del creditore. Così, L. Mengoni, Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi", cit., 185. Sul punto, cfr.: R. Franco, La disputa intorno alla distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato si rinnova: dalla dogmatica al nesso di causalità. L'esatto adempimento e gli obblighi di protezione, cit., 118 s.*

⁴⁰ Cass. sez. un. 28-07-2005, n. 15781, in *Giur. it.*, 2006, 1380 in *Contr.*, 2006, 34, con nota di F. Toschi Vespasiani-F. Taddei, in *Obbl. contr.*, 2006, 712, con nota di L. Follieri, in *Eur. dir. priv.*, 2006, 781 s., con nota di A. Nicolussi, in *Resp. civ.*, 2006, 229, con nota di G. Facci, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce *Professioni intellettuali*, 185.

⁴¹ Cass. sez. un. 11-01-2008, n. 577 in *Foro it.*, 2008, I, 451, con nota di Palmieri, in *Resp. civ.*, 2008, 397, con nota di Calvo; *ivi*, 687, con nota di Dragone, in *Resp. civ.*, 2008, 849, con nota di Gorgoni, *ivi*, 2008, 788, con nota di Vinciguerra, in *Giur. it.*, 2008, 1653 con nota di Ciatti, in *Resp. risarcimento*, 2008, 2, 40 con nota di Perrotta, in *Nuova giur. comm.*, 2008, I, 61 con nota De Matteis. Già prima la Cassazione non differenziava le obbligazioni di mezzi da quelle di risultato relativamente alla disciplina dell'onere probatorio. Cfr.: Cass. sez. un. 30-10-2001, n. 13533, in *Foro it.*, 2002, I, 769, con nota di Laghezza, in *Corr. giur.* 2001, 1565, con nota parzialmente critica di Mariconda, in *Contratti*, 2002, 118, con nota di Carnevali.

*giuridica, che è misura del 'dover avere' del creditore, è circoscritta a un interesse strumentale, a un interesse di secondo grado che ha come scopo immediato un'attività del debitore capace di promuovere l'attuazione dell'interesse primario. In tali ipotesi il fine tutelato, cioè appunto il risultato dovuto, non è che un mezzo nella serie teleologica che costituisce il contenuto dell'interesse primario del creditore"*⁴².

Ne deriva che l'avvocato avrà adempiuto alla propria obbligazione ponendo in essere tutte quelle attività necessarie e opportune, affinché possa realizzarsi la vittoria di una causa civile, vale a dire, l'*utilitas* cui tende il cliente. Rilevano, cioè, le modalità concrete con le quali il professionista avvocato ha svolto la propria attività, avuto riguardo, da un lato, al dovere primario di tutelare le ragioni del cliente e, dall'altro, al rispetto del parametro di diligenza a cui questi è tenuto⁴³.

Diversamente è a dirsi, si è osservato, nelle ipotesi in cui l'interesse finale del cliente si identifica nel contenuto della prestazione dovuta dal professionista, allorchè questi sia tenuto, ad esempio, a redigere un contratto o una lettera di diffida. In questo caso, l'inadempimento e la correlativa responsabilità conseguiranno al mancato risultato, non essendo rilevante la mera attività del debitore⁴⁴.

Invero, l'affrancamento dalla tradizionale distinzione tra le due tipologie di obbligazioni (cc.dd. mezzi e risultato) non significa che il contenuto sia identico per ogni obbligazione e né che il risultato cui tende la soddisfazione del cliente sia sempre certo, potendo esso dipendere da elementi aleatori e, dunque, estranei alla sfera del dominabile.

Ne consegue che lo svolgimento dell'attività professionale può assurgere a contenuto di una obbligazione di mezzi o di risultato a seconda del tipo di incarico ricevuto. Di qui, il rilievo solo terminologico e formalistico della partizione.

⁴² L. Mengoni, *Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi, cit.*, 185 s.

⁴³ Cass. 5-08-2013, n. 18612, in *Danno resp.*, 2013, 1089, con nota di Conte e in *Giur. it.*, 2014, 841, con nota di Favale.

⁴⁴ F. Moncalvo, *La responsabilità dell'avvocato*, in *Codice della responsabilità civile e RC auto*, a cura di U. Carnevali-G. Bonilini-M. Confortini, 2015, Torino, 708 s.; F. Naddeo, *Responsabilità del prestatore d'opera intellettuale*, in *Trattato della responsabilità civile*, 1, diretto da P. Stanzione. Padova, 2012, 1313; P. Cendon, *Artt. 2135-2246 c.c.*, in *Comm. cod. civ.*, Milano, 2008, 828. In giurisprudenza, v.: Cass. 21-07-1989, n. 3476, in *Giust. civ. mass.*, 7, 1989, dove si afferma che il contratto che ha per oggetto una prestazione d'opera intellettuale comporta normalmente per il professionista un'obbligazione di mezzi, tranne nel caso in cui al medesimo sia stato richiesto dal cliente un opus, perché in tal caso l'obbligazione da lui assunta è di risultato. Nello stesso senso, v.: Cass. 27-02-1996, n. 1530, in *Giust. civ. mass.*, 1996, 263 s.

Il superamento della dicotomia⁴⁵ acquista, invece, rilievo con riguardo all'onere della prova e in modo differente rispetto al passato dove la giurisprudenza di legittimità stabiliva un regime di prova dell'inadempimento senz'altro più favorevole al professionista/debitore.

La Cassazione⁴⁶, difatti, ha alleggerito sensibilmente la posizione del creditore-cliente, dovendo questi dimostrare il titolo dell'obbligazione inadempita, il danno, essendo sufficiente la mera allegazione dell'inadempimento qualificato, ossia astrattamente idoneo a provocare quel tipo di pregiudizio, il nesso di causalità materiale tra la condotta e l'evento di danno e, ai fini del risarcimento, anche la causalità giuridica tra l'evento di danno e le conseguenze risarcibili. Spetta, invece, al professionista-debitore provare che l'inadempimento dedotto non vi è stato o, se esiste, che non è stato eziologicamente rilevante, vale a dire che l'evento di danno si è verificato per una causa non imputabile all'avvocato (art. 1218 c.c.).

5. – Nell'individuazione della responsabilità professionale dell'avvocato svolgono un ruolo chiave la natura del nesso di causalità e le sue modalità di accertamento.

Per accertare la responsabilità dell'avvocato e acclarare il diritto al risarci-

⁴⁵ Secondo una parte della dottrina, la distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato ha puro carattere descrittivo: C.M. Bianca, *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, Milano, 1990, 72; E. Carbone, *Sviluppi in tema di onere probatorio*, in *Giur. it.*, 2018, 2559; G. D'Amico, *La responsabilità ex recepto e la distinzione tra obbligazioni di "mezzi" e di "risultato"*, Napoli, 1999, 162; V. De Lorenzi, *Diligenza, obbligazioni di mezzi e di risultato*, in *Contr. e Impr.*, 2016, 475 s.; L. Mengoni, *Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi"*, cit., 185 s.; R. Favale, *La responsabilità civile del professionista forense*, Camerino, 1999, 28. Altra parte della dottrina è contraria a tale partizione, cfr.: C. Castronovo, *Profili della responsabilità medica*, in *Vita not.*, 1997, 1222 ss.; L. Nivarra, *La responsabilità civile dei professionisti (medici, avvocati, notai): il punto sulla giurisprudenza*, in *Eur. dir. priv.*, 2000, 518; A. Nicolussi, *Il commiato della giurisprudenza dalla distinzione tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, cit., 823; F. Piraino, *Il nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale e la ripartizione dell'onere della prova*, in *Giur.it.*, 2019, 720, il quale osserva che tale distinzione "non introduce una diversificazione neppure sul piano della distribuzione del rischio della causa ignota perché, per regola generale, il rischio grava sempre in capo al debitore"; E. Quadri, *La responsabilità medica tra obbligazioni di mezzi e di risultato*, in *Danno resp.*, 1999, 1171; S. Rodotà, voce *Diligenza: c) Diritto civile*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 543.

⁴⁶ Cfr.: Cass. sez. un. 11-01-2008, n. 577, cit. In dottrina, v.: L. Monosi, *Il danno nel processo: l'incomprensibile rifiuto del criterio di accertamento in concreto hic et nunc del nesso di causalità*, in *Danno resp.*, 2023, 297 s.

mento del danno, al cliente spetta l'onere della prova sia della sussistenza del danno sia del nesso di causalità⁴⁷.

Il legame eziologico rappresenta *un problema ermeneutico pressoché insolubile sul piano della dogmatica giuridica pura (che) pare destinato inevitabilmente a risolversi entro i (più pragmatici) confini di una dimensione "storica", o, se si vuole, di politica del diritto*⁴⁸.

Preliminarmente, va osservato che l'esperienza giurisprudenziale in materia si è posta in netto contrasto con la dottrina prevalente⁴⁹ che ha espresso riserve sull'operatività del duplice ciclo causale (e non solo)⁵⁰ nella verifica

⁴⁷ Cass.11-11-2019, nn. 28991-289922, in *Foro it.*, 2020, I, con note di R. Pardolesi, R. Simone, G. D'Amico, F. Macario, F. Piraino, U. Izzo; in *Danno resp.*, 1, 2020, con note di G. Ponzanelli, M. Franzoni, A. Procida Mirabelli di Lauro. In dottrina, cfr.: A. Pinori, *La regola della c.d. causalità giuridica. Le conseguenze immediate e dirette e i danni prevedibili*, in *Tratt. resp.civ.*, diretto da G. Visintini, Padova, 2009, 322 s.; M. Franzoni, *Degli effetti del contratto*, I, in *Comm. cod. civ.*, diretto da P. Schlesinger-F.D. Busnelli, sub. artt. 1372-1373, I, Milano, 1998, 67 s.; F. Piraino, *Il nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale e la ripartizione dell'onere della prova*, cit. 709 s.; R. Pucella, *Causalità di fatto e causalità giuridica*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da E. Gabrielli, *Dei fatti illeciti*, a cura di U. Carnevali, Torino, 2011, 405 s.

⁴⁸ Così: Cass. 18-04-2005, n. 7997, in *Corr. giur.*, 2006, 257 s.

⁴⁹ A.M. Benedetti, *Verso una "medicalizzazione" della responsabilità contrattuale? Esercizi di (discutibile) riscrittura dell'art. 1218 c.c.*, in *Giustiziacivile.com*, 2020; G. D'Amico, *L'onere della prova del nesso di causalità materiale nella responsabilità (contrattuale) medica. Una giurisprudenza in via di "assettamento"*, in AA.VV., *Responsabilità sanitaria in Cassazione: il nuovo corso tra razionalizzazione e consolidamento*, in *Foro it.*, 2020, 150; A. Di Majo, *La doppia natura della responsabilità del medico*, in *Giur.it.* 2020, p. 37; M. Franzoni, *Onere della prova e il processo*, in *Resp. civ. prev.*, 2020, 195; F. Macario, *Prova del nesso di causalità (materiale) e responsabilità medica: un pregevole chiarimento sistematico da parte della Cassazione, castigo*, in AA.VV., *Responsabilità sanitaria in Cassazione: il nuovo corso tra razionalizzazione e consolidamento*, in *Foro it.*, 2020, 162; R. Pardolesi-R. Simone, *Prova del nesso di causa e obbligazioni di fare professionale: paziente in castigo*, in AA.VV., *Responsabilità sanitaria in Cassazione: il nuovo corso tra razionalizzazione e consolidamento*, in *Foro it.*, 2020, 136; F. Piraino, *Ancora sul nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale*, *ivi*, 169; N. Rizzo, *Inadempimento e danno nella responsabilità medica: causa e conseguenze*, in *Nuova giur. comm.*, 2020, 327; C. Scognamiglio, *La Cassazione mette a punto e consolida il proprio orientamento in materia di onere della prova sul nesso di causa nella responsabilità contrattuale del sanitario*, in *Corr. giur.*, 2020, 307; Id., *L'onere della prova circa il nesso di causa nella responsabilità contrattuale del sanitario*, in *Resp. civ. prev.*, 2020, 202.

⁵⁰ "Temi di critica continuano, naturalmente, ad essere: l'impostazione teorica di fondo, considerata frutto di una indebita commistione di paradigmi propri della responsabilità contrattuale con quelli della responsabilità extracontrattuale; l'attribuzione alla causalità materiale di un rilievo (quello di criterio di imputazione oggettiva) distinto da quello dell'inadempimento (criterio di imputazione soggettiva); l'individuazione di un doppio ciclo causale; l'esito finale dell'attribuzione al creditore/paziente del rischio della causa ignota dell'evento dannoso". Così: E. Iannello, *L'onere della prova del nesso causale*

dell'esatto adempimento dell'obbligazione di *facere* professionale, volendo, così, denunciare una indebita commistione di paradigmi propri della responsabilità contrattuale con quelli della responsabilità extracontrattuale⁵¹ ovvero l'esistenza di una "via di fuga aquiliana" o "deriva aquilianista"⁵² con i conseguenti problemi di distribuzione degli oneri probatori.

La rivisitazione degli schemi giuridici tradizionali attraverso la lente giurisprudenziale ha prodotto significativi risvolti sul piano pratico nella ricostruzione della responsabilità dell'avvocato, poichè non è sufficiente per il creditore/cliente contestare l'inadempimento, ai sensi dell'art. 1218 c.c., ma dovrà dimostrare, altresì, che quella condotta (del professionista), asseritamente inadempiente, sia eziologicamente connessa all'evento di danno di cui si duole.

L'indagine eziologica viene in rilievo sotto il duplice profilo della causalità materiale, che assolve alla funzione di imputare al responsabile il fatto illecito, e della causalità giuridica, la cui funzione è determinare e limitare l'ammontare del danno cagionato⁵³. Sul punto si è osservato che, anche da una lettura delle norme del codice civile, si può evincere che "il legislatore opera una netta separazione tra il momento (prodromico) dell'accertamento della responsabilità e quello (succedaneo) della estensione della stessa"⁵⁴.

La causalità di fatto o materiale riguarda, dunque, il nesso eziologico tra la condotta del professionista e l'evento di danno, che ha il referente normativo fuori dal sistema del codice civile, collocandosi nei principi generali delineati dalla dottrina penalistica e rinvenibili negli artt. 40 e 41 c.p., c.d. regolarità statistica o adeguata, per effetto della quale il danno deve essere considerato come una conseguenza ordinaria e non eccezionale di un comportamento illecito. Si tratta di un "legame di tipo naturalistico che unisce fatto ad evento ed il cui accertamento è presupposto per l'imputazione della responsabilità"⁵⁵.

nella responsabilità sanitaria. Le oscillazioni del «pendolo» nel dialogo tra dottrina e giurisprudenza, su www.giustiziasieme.it.

⁵¹ Così: E. Iannello, *L'onere della prova del nesso causale nella responsabilità sanitaria. Le oscillazioni del «pendolo» nel dialogo tra dottrina e giurisprudenza*, cit.

⁵² Così: A. Di Majo, *La "via di fuga" nel torto aquiliano*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, 197 s.

⁵³ Le origini di questo orientamento risalgono a G. Gorla, *Sulla cosiddetta causalità giuridica: «fatto dannoso e conseguenze»* in *Riv. dir. comm.*, 1951, I, 40. Sulla scomposizione del nesso eziologico veda, altresì, F. Realmondo, *Il problema del rapporto di causalità nel risarcimento del danno*, Milano, 1967.

⁵⁴ V. Carbone, *Il rapporto di causalità*, in *La responsabilità civile*, diretto da G. Alpa - M. Bessone, Torino, 1997, 51 s.

⁵⁵ Così: R. Pucella, *La causalità «incerta»*, Torino, 2007, 217 s.

Nonostante il richiamo alle norme penali, l'accertamento della causalità (materiale) nella responsabilità civile⁵⁶ riflette la regola della preponderanza dell'evidenza o del "più probabile che non"⁵⁷, criterio soddisfatto dalla prevalenza delle probabilità favorevoli rispetto a quelle sfavorevoli, che avviene attraverso una ricostruzione prognostica, controfattuale e, cioè, attraverso una ricostruzione della condotta del professionista senza l'errore contestato⁵⁸.

Come affermato dalla Cassazione, in diverse pronunce, è fondamentale che il danneggiato dimostri che l'evento dannoso è una conseguenza diretta e immediata della condotta dell'avvocato, poiché "l'errore deve concretizzarsi in un comportamento che non rispetta il canone di diligenza professionale previsto"⁵⁹. Sul punto, la giurisprudenza ha avuto modo di precisare che l'indagine sulla prima fase eziologica verte sulla prova positiva (o elemento positivo) del cliente/creditore circa la sussistenza della condizione dell'evento, ovvero del comportamento omissivo o commissivo del professionista senza il quale quell'evento di danno non si sarebbe verificato, e la prova negativa (o elemento negativo) che grava su quest'ultimo (una volta che il cliente abbia assolto al suo onere) il quale dovrà dimostrare "che una causa imprevedibile ed inevitabile ha reso impossibile la prestazione (fatto estintivo del diritto)", scomponendosi così la causalità di fatto in un doppio ciclo causale di cui, appunto, l'uno relativo all'evento dannoso, a monte, e, l'altro, relativo all'impossibilità di adempiere, a valle"⁶⁰.

⁵⁶ Differentemente dal diritto penale dove vige la regola della prova oltre il ragionevole dubbio, stante la diversità dei valori in gioco

⁵⁷ Il criterio del "più probabile che non" costituisce il modello di ricostruzione del solo nesso di causalità - regolante cioè l'indagine sullo statuto epistemologico di un determinato rapporto tra fatti o eventi - mentre la valutazione del compendio probatorio (nella specie, con riferimento ad un determinato comportamento in tema di responsabilità medico-sanitaria) è informata al criterio della attendibilità - ovvero della più elevata idoneità rappresentativa e congruità logica degli elementi di prova assunti - ed è rimessa al discrezionale apprezzamento del giudice di merito, insindacabile, ove motivato e non abnorme, in sede di legittimità. Così Cass. 29-09-2021, n. 26304, su www.deiure.it.

⁵⁸ Cass. 4-03-2004, n. 440. in *Foro it.*, 2004, I, p. 1403. in *Giust. civ.*, 2005, 2115 con nota di E. Giacobbe, in *Contr.*, 2004, 1091, con nota di Lisi, in *Resp. civ. prev.*, 2005, 461 con nota di Landini, 2004, *ivi* 1040 con nota di Citarella, in *Corr. giur.*, 2004, 8, 1018, in *Danno resp.*, 10, 1016 in *Gius.*, 2004, 2872, in *Giur. it.*, 2002, 2, 281.

⁵⁹ Cass. 10-11-2010, n. 22819, in *Resp. civ. prev.*, 2011, 333 e in *Nuova giur. comm.*, 2011, 1, 355, con nota di Russo. Cfr. sul punto: Cass. 18-09-2009, n. 20106, in *Giust. civ.*, 2009, 1331; Cass. 26-01-2024, n. 2516, su www.deiure.it.

⁶⁰ Così: Cass. 26-07-2017, n. 18392, in *Foro it.*, 2017, I, 3358, in *Danno resp.*, 2017, 696 s., con

Si abbandona, dunque, il principio della c.d. certezza morale per il quale il cliente avrebbe dovuto dimostrare con certezza che senza l'inadempimento dell'avvocato l'esito del giudizio sarebbe stato senz'altro favorevole.

L'avvocato, dunque, è responsabile nei confronti del cliente solo quando per negligenza (ignoranza di norme che procurerebbero al cliente un esito favorevole del giudizio), per imperizia (decorrenza di termini decadenziali o prescrizionali) o per imprudenza (avventatezza o disattenzione nella soluzione giuridica di un caso), compromette il buon esito del giudizio⁶¹, secondo il criterio del c.d. "più probabile che non". Diversamente, nei casi di interpretazioni di leggi o di risoluzione di questioni opinabili, deve ritenersi esclusa la sua responsabilità, a meno che non risulti che abbia agito con dolo o colpa grave.

La causalità giuridica⁶², invece, concerne il nesso eziologico tra evento dannoso e conseguenze risarcibili ed il criterio da applicare è quello dell'articolo 1223 c.c., secondo cui deve sussistere una relazione da causa ad effetto in forza della quale la perdita patrimoniale risarcibile appaia riconducibile all'evento e ciò ha luogo quando la perdita patrimoniale è conseguenza immediata e diretta dell'evento, ritenendosi applicabile, altresì, la regola della evitabilità, *ex art. 1227 co. 2 c.c.*⁶³.

In altri termini "la causalità giuridica avrebbe invece ad oggetto il distinto profilo della selezione delle conseguenze risarcibili nell'ambito di quelle che rappresentano un effetto del fatto illecito"⁶⁴.

La giurisprudenza di legittimità, nel caso di omesso svolgimento da parte dell'avvocato di un'attività da cui sarebbe potuto derivare un vantaggio per-

nota di D. Zorzit, in *Danno resp.*, 2018, 345 s., con nota di G. D'Amico. Sul punto, cfr.: Cass. 15-06-2023, n. 17240, su *www.deiure.it*.

⁶¹ L'avvocato risponde anche se per negligenza o imperizia compromette il buon esito del giudizio. Si veda: Cass. 6-07-2020, n. 13875, su *www.deiure.it*.

⁶² Cass. 14-11-2022, n. 27016, su *www.deiure.it*. La Cassazione ha affermato che: "La pronuncia di condanna generica al risarcimento del danno implica l'avvenuto accertamento dell'esistenza dell'evento dannoso e del nesso causale tra questo e la condotta del responsabile, venendo rimessa al successivo giudizio di liquidazione la verifica della sussistenza delle conseguenze pregiudizievoli, alla stregua dell'art. 1223 c.c.". Cfr. Cass. 22-11-2004, n. 22026, in *Dir. prat. trib.*, 2005, II, 9, con nota di Visintini, in *Corr. trib.*, 2005, 862, con nota di Genovese; Cass. 14-05-2013, n. 11548, su *www.deiure.it*; Cass. 28-06-2019, n. 17414, *www.deiure.it*; Cass. 10-11-2020, n. 26516, in *Foro it.*, 2021, 1, 161 con nota di G. Ponzanelli.

⁶³ M. Franzoni, *L'illecito*, in *Tratt. resp. civ.*, diretto da M. Franzoni, Milano, 2004, 140.

⁶⁴ R. Pucella, *La causalità «incerta»*, cit. 217 s.

sonale o patrimoniale per il cliente, ha chiarito che la regola della preponderanza dell'evidenza o del "più probabile che non" si applica non solo all'accertamento del nesso di causalità materiale, ma anche a quella giuridica atteso che, trattandosi di evento non verificatosi proprio a causa dell'omissione, lo stesso può essere indagato solo mediante un giudizio prognostico sull'esito che avrebbe potuto avere l'attività professionale omessa⁶⁵.

La Cassazione, sul punto, ha affermato che *la responsabilità dell'esercente la professione forense non può affermarsi per il solo fatto del mancato corretto adempimento dell'attività professionale, occorrendo verificare se, qualora l'avvocato avesse tenuto la condotta dovuta, il suo assistito avrebbe conseguito il riconoscimento delle proprie ragioni, difettando altrimenti la prova del necessario nesso eziologico tra la condotta del legale ed il risultato derivatone*⁶⁶.

6. – Alla luce delle considerazioni sin qui svolte, è emerso che nel campo delle professioni legali, il parametro attraverso il quale si valuta l'adempimento degli obblighi da parte dell'avvocato è rappresentato dalla diligenza professionale⁶⁷, concetto che riflette non solo le capacità tecniche, e, dunque, la specifica competenza, ma anche la prudenza e l'accuratezza richieste per la professione. Ciò costituisce un punto fermo per la giurisprudenza di legittimità che identifica la violazione della regola giuridica sancita nell'art. 1176, secondo comma, c.c., cioè l'inadempimento del professionista, nella *condotta diversa da quella che, nelle medesime circostanze, avrebbe tenuto il c.d.*

⁶⁵ Cass. 26-01-2022, n. 2348, in *Danno resp.*, 3, 375 con nota di B. Totaro. La Cassazione esamina il caso di un avvocato che non aveva provveduto alla trascrizione della domanda giudiziale ex art. 2901 c.c. ed afferma: "in caso di omessa trascrizione, da parte del difensore dell'attore, della domanda giudiziale ex art. 2901 c.c., ai fini della verifica dell'esistenza di un danno risarcibile (consistente nell'impossibilità di opporre gli effetti della sentenza al terzo che, in corso di causa, abbia acquistato un cespite del compendio oggetto dell'esperita azione revocatoria), l'esistenza di un'iscrizione ipotecaria su quello stesso bene non è, di per sé, ostativa alla possibilità di riconoscere l'esistenza di detto danno, occorrendo, invece, una verifica che investa le vicende relative al credito garantito da ipoteca". Nello stesso senso, v.: Cass. 24-10-2017, n. 25112 su *www.deiure.it*; Cass. 30-04-2018, n. 10320, *ivi*; Cass. 6-05-2020, n. 8516, *ivi*.

⁶⁶ Così: Cass. 20 agosto 2020 n. 17414, cit..

⁶⁷ S. Rodotà, voce *Diligenza*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 539. Sul punto, cfr. F. Galgano, *Il contratto*, Padova, 2007, 93, il quale rileva come solo per questo tipo di obbligazioni sia consentito individuare nella colpa, intesa come mancanza di diligenza, prudenza, perizia, il fondamento della responsabilità. Soltanto in queste, infatti, il metro per valutare se il debitore è adempiente oppure inadempiente può essere quello offerto dall'art. 1176 c.c.

*homo eiusdem generis et condicionis, vale a dire il professionista "medio", il quale non corrisponde ad un professionista "mediocre", ma ad un professionista "bravo", ovvero sufficientemente preparato, zelante e solerte*⁶⁸.

E, dunque, nonostante il superamento della distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato ufficializzato dalle Sezioni Unite⁶⁹, benché pronunciatesi in tema di responsabilità del medico, è consolidato l'orientamento giurisprudenziale che ritiene tutt'ora operante la partizione in tema di responsabilità civile dell'avvocato, qualificando l'obbligazione cui questi è tenuto come obbligazione di mezzi, in considerazione dell'impegno del professionista a prestare la propria opera per conseguire il risultato, ma non anche a conseguirlo⁷⁰.

La violazione del canone di diligenza qualificata da osservare nello svolgimento della prestazione forense non solo non prova la colpa dell'avvocato, ma neanche il suo inadempimento che, invece, è suscettibile di generare una responsabilità civile solo se si dimostra una correlazione diretta tra il comportamento inadeguato e il danno lamentato, stando al duplice ciclo causale.

Nel rapporto tra professionista e cliente, dunque, il primo si impegna a svolgere in modo diligente l'attività forense, ma non a conseguire il risultato sperato dal cliente (ad esempio: l'esito vittorioso di un giudizio), essendo l'attività stessa il contenuto della prestazione.

Tuttavia, si è osservato che la diligenza professionale *non risulta semplicemente essere il modo in cui l'obbligazione va eseguita, ma coincide con lo stesso adempimento dell'obbligazione*⁷¹, assurgendo a parametro di imputazione del mancato adempimento e criterio di determinazione del contenuto dell'obbli-

⁶⁸ In questi termini: Cass. 31-05-2018, n. 13777, su *giustiziacivile.com.*, 2019 con nota di M. Sprovieri. Cfr. anche Cass. 27-11-2015, n. 24213, su *www.deiure.it*; Cass. 20-05-2015, n. 10289, in *Rep. Foro it.*, 2015, voce *Avvocato*, 151, in *Giur.it.*, 2015, 2322.

⁶⁹ Cass. 11-01-2008, n. 577 cit.

⁷⁰ Cass. 27-03-2006, n. 6967, in *Giust. civ.*, 2006, I, 2036; Cass. 11-01-2010, n. 230 su *www.deiure.it.*, secondo cui "il rapporto professionale che lega l'avvocato al cliente comporta un'obbligazione di mezzi e non di risultato"; Cass. 18-04-2011, n. 8863, su *www.deiure.it*; Trib. Reggio Calabria, in *Giur. merito* 2012, 2, 361; Trib. Modena 21-02-2011, n. 242, su *www.deiure.it*; Cass. 5-02-2013, n. 2638, in *Mass. Giust. civ.*, 2013, Cass. 20-05-2015, n. 10289, in *Giur. it.*, 2015, 2321, con nota di G. Sicchiero; Cass. 22-03-2017, n. 7309 in *Guida dir.*, 2017, 29, 67; Cass. 14-10-2019, n. 25778, cit.; Cass. 25-01-2022, n. 2204, cit.

⁷¹ L. Riva Sanseverino, *Del lavoro autonomo in generale*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna - Roma, 1963, 241 s.

gazione⁷², il che, comunque, non vale a legittimare alcuna istanza risarcitoria, essendo, a tal fine, indispensabile provare la sussistenza del danno ed il nesso eziologico tra l'evento lesivo e la condotta dell'avvocato.

In altri termini e stando agli arresti giurisprudenziali, l'avvocato non può ritenersi responsabile per il solo fatto del non corretto adempimento della prestazione professionale, poichè il difetto di diligenza, quale parametro di valutazione del comportamento del professionista, costituisce il primo elemento nella ricostruzione causale del danno da condotta, le cui fasi sequenziali si snodano attraverso la prova dell'esistenza del danno, del nesso di causalità materiale ed, ai fini risarcitori, anche la prova del nesso della causalità giuridica⁷³.

L'accertamento della responsabilità civile del professionista, dunque, muove dalla verifica della sussistenza della diligenza qualificata, cui si deve uniformare il comportamento dell'avvocato, per il quale, a differenza del medico, non esistono *legis artis* ovvero linee guida da seguire e nella quale complessa attività possono confluire diversi fattori anche estranei allo svolgimento della stessa e al controllo dello stesso avvocato⁷⁴. Nel campo della professione legale e a differenza del settore medico, infatti, non ci sono norme scientifiche, principi o tecniche accettate dalla comunità scientifica, per cui gli avvocati si trovano ad operare in un contesto in cui le decisioni e le strategie legali sono il frutto di interpretazioni e di esperienze personali, piuttosto che di una metodologia universalmente riconosciuta. Questo porta ad un approccio più soggettivo e meno uniforme, con implicazioni significative sugli esiti dell'attività professionale, rendendo incerto il risultato finale (concreto) cui mira il creditore/cliente, per effetto, anche e soprattutto, della concorrenza di fattori esterni che incidono sulla prestazione professionale, risultando quest'ultima non governabile, imprevedibile e, quindi, aleatoria.

⁷² Cass. 9-11-2006, n. 23918, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce *Professioni intellettuali*, 200-201; Cass. 13-01-2005, n. 583, in *Resp. Risarcimento*, 2005, 2, 44.

⁷³ Cass. 1-10-2018, n. 23740, in *www.dirittoegiustizia.it*; Cass. 10-02-2016, n. 2638, su *www.deiure.it*.

⁷⁴ Si pensi ad esempio all'esito delle deposizioni testimoniali.

Abstract

Il presente contributo si propone di analizzare la responsabilità civile dell'avvocato muovendo da una ricostruzione storica dove il sistema giuridico dell'epoca era contrassegnato da un atteggiamento di indulgenza, di impunità del professionista per giungere all'affermazione di una sua specifica responsabilità sussistente in caso di difetto della diligenza qualificata nell'esecuzione della prestazione. L'indagine prosegue con una disamina sulla tradizionale distinzione tra obbligazione di mezzi e di risultato, tutt'ora affermata dalla giurisprudenza, passando poi ad analizzare la sequenza in cui si snoda il nesso eziologico nella sua duplice declinazione di causalità materiale e giuridica.

This article aims to analyse the civil liability of the lawyer starting from a historical reconstruction where the legal system of the time was characterized by an attitude of indulgence, of impunity of the professional to arrive at the affirmation of his specific liability existing in case of lack of qualified diligence in the execution of the service. The contribution continues with an examination of the traditional distinction between obligation of means and of result, still affirmed by the jurisprudence, then moving on to analyse the sequence in which the aetiological link unfolds in its double declination of material and legal causality.