

**Pubblichiamo l'articolo "Le nuove frontiere della responsabilità professionale dell'avvocato. Le novità legislative prospettano nuovi rischi ed impongono maggiori attenzioni"\***

dell'avv. Laura Pernigo del Foro di Verona, relatore nell'incontro organizzato dall'Associazione Sindacale Avvocati di Bologna e dell'Emilia Romagna in data 22/3/2013 in materia di responsabilità professionale.

*\* Articolo pubblicato nella rivista nazionale di ANF*

\* \* \*

Pubblichiamo altresì le pronunce richiamate dall'avv. Pernigo nel corso della sua relazione al suddetto incontro.

# Le nuove frontiere della responsabilità professionale dell'avvocato

Le novità legislative prospettano nuovi rischi ed impongono maggiori attenzioni

di Laura Pernigo

## L'evoluzione del sistema della responsabilità professionale

C'era una volta un sistema di responsabilità civile del professionista molto indulgente, legato ad un contesto sociale alquanto diverso, in cui la configurazione del rapporto con il cliente risentiva del carattere liberale delle professioni, in cui la responsabilità era preferibilmente ritenuta extracontrattuale e veniva ravvisata in pochi casi prevalentemente di natura omissiva. Fiorivano i detti popolari: "Gli errori del medico li copre la terra, gli errori dell'avvocato li coprono le parole".

A partire dagli anni '90 questo sistema ha subito una profonda trasformazione, passando dalla sostanziale immunità di un tempo ad una attenzione maggiore da parte della giurisprudenza (e, per quanto riguarda gli avvocati, anche del legislatore), ad un rigore elevato, con una chiara tendenza a valorizzare la natura contrattuale del rapporto, l'applicazione delle regole conseguenti e il relativo *favor creditoris*.

Questa evoluzione giurisprudenziale non ha toccato però nello stesso modo e nello stesso tempo tutte le professioni, limitandosi per i primi anni a rivoluzionare il settore della responsabilità medica, con "l'inven-

zione" della responsabilità da *contatto*, il conseguente termine decennale di prescrizione, l'applicazione della regola generale dell'art. 1218 c.c., l'inversione dell'onere della prova, la forte attenuazione della distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato, l'introduzione di un nesso di causalità meno rigoroso e, infine, la configurazione del "consenso informato" e la conseguente valorizzazione del danno da violazione del diritto all'autodeterminazione.

Il nuovo e sempre più rigoroso orientamento giurisprudenziale, dettato dall'intento di favorire una maggior protezione del paziente, ha portato, come è noto, all'esplosione del contenzioso per *malpractice* sanitaria e, per altro verso, al deprecabile fenomeno della "medicina difensiva".

Tutto ciò accadrà anche nel settore della responsabilità legale?

Ci sono purtroppo tutti i presupposti per dare una risposta affermativa.

## La responsabilità dell'avvocato, il sistema tradizionale e i nuovi indirizzi

Va detto che fino a pochissimi anni orsono, nonostante le regole generali delle professioni intellettuali siano le medesime, la Suprema Corte ha dimostrato, nel settore della responsabilità dell'avvocato, non poche resistenze al nuovo, mantenendo un orientamento altalenante tra segnali di novità e riaffermazione di principi classici, con un sostanziale *favor* nei confronti del professionista legale. Il sistema della responsabilità civile dell'avvocato è rimasto, pertanto, quasi sino ad oggi, quello tradizionale, basato sulla configurazione dell'obbligazione come obbligazione di mezzi; su un nesso di causa rigorosamente ancorato alla *certezza*, prima "assoluta", poi "ragionevole", poi ancora "morale"; su un onere probatorio diabolico per il cliente, tenuto a dimostrare la colpa dell'avvocato, il danno e il

nesso di causa.

Le cose stanno cambiando, e anche piuttosto rapidamente, in questi ultimi anni, in virtù certamente dell'effetto "traino" di quanto avvenuto nel settore medico, ma anche di una mutata concezione della figura del professionista legale e del suo rapporto con il cliente: modifica di indirizzi giurisprudenziali consolidati e riforme legislative fanno sì che oggi l'avvocato si trovi al centro di un sistema che lo responsabilizza su più versanti, rendendo, da un lato, più accessibile l'azione di responsabilità nei suoi confronti e, dall'altro lato, introducendo regole – processuali o attinenti al rapporto con il cliente – che celano vere e proprie insidie.

Sotto il primo aspetto, meritano di essere segnalate diverse aperture:

- *l'apertura sul nesso di causalità*: sia pure dopo varie oscillazioni si è da ultimo affermato che, al criterio della *certezza* (ragionevole o morale che sia) che gli effetti di una diversa attività del professionista sarebbero stati vantaggiosi per il cliente, può sostituirsi quello della *probabilità* di tali effetti e della idoneità della condotta a produrli (da ultimo Cass. 20828/09; Cass. 9917/10);
- *l'apertura sul piano dell'onere probatorio*, con qualche pronuncia che supera la invero poco comprensibile eccezione all'onere della prova di cui all'art. 1218 c.c. (applicabile ai rapporti contrattuali e anche al rapporto medico-paziente), tenendo conto dello squilibrio informativo tra le parti (Cass. 8312/11);
- *l'apertura sul fronte della discrezionalità dell'avvocato*, vero e proprio dogma del sistema tradizionale: la scelta dei mezzi difensivi, la strategia processuale, l'interpretazione della legge, sin qui prerogativa esclusiva e insindacabile del professionista, trova ora un limite nell'interesse concreto del cliente che, ove lesa dalla scelta difensiva pur legittima, obbliga l'avvocato al risarcimento del danno (ordinanza Cass. 15717/10);
- *l'apertura, cauta, sul piano della distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato*: sulla

qualificazione dell'obbligazione dell'avvocato, sicuramente di risultato nell'ambito della consulenza stragiudiziale (Cass. 16023/02), sembrano poter influire lo sdoganamento del patto di quota lite e le nuove disposizioni di cui al regolamento sui parametri che, in relazione a determinati risultati dell'operato del professionista, riduce il compenso ordinario. Se il compenso dovuto è subordinato alla vittoria della causa (quota lite) ovvero è soggetto ad una riduzione del 50% in relazione al tipo di pronuncia del giudice (D.M. parametri), la distinzione sembra affievolirsi alquanto, lasciando spazio alla considerazione che non sia tanto l'attività ad essere remunerata, bensì, nel bene o nel male quanto ad utilità per il professionista, il risultato raggiunto.

Sotto il secondo aspetto, va richiamata l'attenzione su nuove regole e nuove insidie

Sulla responsabilità dell'avvocato possono significativamente incidere, infatti, diverse novità legislative, che prospettano nuovi rischi.

Con particolare riferimento alle novità processuali introdotte con la legge 69/09, mi riferisco, in primo luogo, alla facilitazione all'estinzione del processo che le nuove norme finiscono con il determinare mediante l'abbreviazione di tutti i termini a favore delle parti e l'operatività di diritto dell'estinzione.

Il rischio è quello della prescrizione, particolarmente per diritti a prescrizione breve, o del giudicato, in virtù dell'abbreviazione del termine *lungo* all'impugnazione: sono eventi legati al rito che evocano la nostra responsabilità, così come l'onere di contestazione specifica, ora codificato con la nuova formulazione dell'art. 115 c.p.c. che, se violato, rende facilmente ipotizzabile una rivalsa del cliente, che veda la sentenza fondata su fatti ritenuti provati perché non specificamente contestati, nei confronti del suo legale.

Ma mi riferisco soprattutto a quelle novità che riguardano l'abuso del processo e in particolare alla modifica dell'art. 91 cpc, che pone a carico della parte, anche vittoriosa, che non abbia

accettato la proposta transattiva senza giustificato motivo, le spese di lite; alla modifica dell'art. 96 c.p.c., che introduce una ulteriore ipotesi di responsabilità aggravata con la condanna anche d'ufficio ad una somma equitativamente determinata a carico della parte soccombente.

Ancora vanno ricordate le modifiche agli artt. 283 e 431 c.p.c. introdotte con la legge 183/11, che prevedono, in modo estremamente penalizzante, per il caso di rigetto dell'istanza di sospensione dell'efficacia esecutiva della sentenza di primo grado per inammissibilità o manifesta infondatezza, la condanna ad una pena pecuniaria che può arrivare ad € 10.000, per finire con il decreto legislativo sulla media conciliazione che prevede sanzioni in materia di spese nel caso in cui il giudizio confermi la proposta conciliativa non accettata o nel caso in cui la parte non compaia senza giustificato motivo davanti al mediatore.

È un sistema volto a responsabilizzare le parti del processo e, a monte, gli avvocati delle parti, giacché è chiaro che l'accettazione o meno di una proposta o la decisione di non comparire dal conciliatore o, ancora l'iniziativa di una lite temeraria o di una richiesta di sospensiva, possono provenire dall'avvocato, da una sua scelta sbagliata o da un suo cattivo esercizio del dovere di informazione, persuasione e dissuasione o, almeno, il cliente sanzionato può sostenerlo.

### L'obbligo di informazione

Un aspetto ormai fondamentale nel sistema della responsabilità professionale – e in particolare di quella sanitaria – e che si avvia ad assumere un ruolo centrale anche nella responsabilità dell'avvocato, è quello relativo all'informazione del cliente.

Oggi molti obblighi di informazione sono previsti dalla legge:

L'art. 4 c. 3 D.lgs. 28/10 prevede l'obbligo di informare chiaramente e per iscritto l'assistito

della possibilità o dell'obbligo di avvalersi del procedimento di mediazione e delle connesse agevolazioni fiscali.

L'art. 9 c. 4 del D.lgs. 1/2012 (decreto liberalizzazioni) prevede:

- l'obbligo di rendere noto al cliente il grado di complessità dell'incarico, fornendo tutte le informazioni utili circa gli oneri ipotizzabili dal momento del conferimento fino alla conclusione dell'incarico;
- l'obbligo di indicare i dati della polizza assicurativa per i danni provocati nell'esercizio dell'attività professionale;
- l'obbligo di rendere nota la misura del compenso attraverso un preventivo di massima, anche se verosimilmente condizionato alla richiesta del cliente

E, ancora, l'art. 40 del Codice Deontologico prescrive un obbligo di informazione esauriente circa le possibili iniziative da intraprendere e tutte le ipotesi di soluzioni possibili, nonché circa la



necessità del compimento degli atti necessari ad evitare effetti pregiudizievoli.

Questa concentrazione, difficilmente giustificabile solo a carico dei professionisti legali, si risolve nel consacrare la necessità di un consenso informato del cliente su tutti gli aspetti del rapporto in modo da consentirgli una scelta consapevole. Quali le conseguenze del mancato assolvimento degli obblighi informativi?

La giurisprudenza sta dimostrando particolare attenzione al tema dei doveri di informazione dell'avvocato, tanto da poter dire che alcune delle prescrizioni normativamente previste non sono che la traduzione dei principi giurisprudenziali più recentemente elaborati.

È ormai consolidato l'indirizzo che vede i doveri di informazione, sollecitazione e dissuasione rientrare nell'obbligo di diligenza qualificata del professionista la cui violazione costituisce inadempimento contrattuale, e che a tali doveri l'avvocato debba adempiere all'atto dell'assunzione dell'incarico, ma, altresì, nel corso del suo svolgimento e, nei momenti successivi alla cessazione del mandato (Cass. 21589/09; Cass. 24544/09).

### **Consenso informato e danno risarcibile**

Alla luce delle riferite novità normative, il tema del consenso informato si svela in tutta la sua centralità: l'obbligo informativo è fonte autonoma di responsabilità; può produrre, come conseguenza immediata e diretta della sua violazione, danni al cliente, che avrà vita facile in un'eventuale azione giudiziaria contro il suo legale, dal momento che, già da tempi in cui l'onere a carico del cliente era una probatio diabolica, la violazione degli obblighi informativi prevedeva un'inversione dell'onere della prova (Cass. 14597/04). I danni consistono innanzitutto nelle varie sanzioni di natura patrimoniale che le nuove norme introducono, ma possono essere anche danni non patrimoniali: la Suprema Corte (ordinanza 20995/11), interpretando con criterio letterale

il novellato art. 96 c.p.c., afferma la possibilità di richiedere, in caso di lite temeraria, anche il danno non patrimoniale come lesione dell'equilibrio psicofisico per dover subire e contrastare la ingiustificata condotta processuale della controparte, danno che non deve necessariamente essere provato ma può desumersi da nozioni di comune esperienza e liquidarsi in via equitativa. Queste conseguenze pregiudizievoli il cliente può riversare sull'avvocato che abbia mal operato o anche solo che non lo abbia correttamente informato dei rischi connessi a determinate scelte processuali.

Ma attenzione, perché, il danno non patrimoniale non è, allo stato, coperto dalle polizze assicurative, né, nel caso di cui all'art. 96 c.p.c., potrebbe esserlo trattandosi verosimilmente di conseguenza di atti dolosi, esclusi dalla garanzia ex art. 1917 c.c..

In tema di danno, occorre accennare al dibattito in corso sul danno da lesione del diritto all'autodeterminazione, di cui tanto si discute in ambito di responsabilità medica ma che ben può riguardare tutte le professioni, come conseguenza della violazione degli obblighi informativi, configurandosi come un diritto inviolabile della personalità fondato sugli artt. 2 e 13 della Costituzione.

Si tratta anche qui di un danno non patrimoniale che, rifacendoci alle linee guida di cui alla sentenza a Sezioni Unite del novembre 2008 (n.26972) può essere liquidato ricorrendo due condizioni: l'apprezzabile gravità del danno, vale a dire il superamento di un limite minimo di tollerabilità, e la prova (anche per presunzioni) da parte del richiedente.

Potrebbe configurarsi un danno non patrimoniale causato dall'avvocato con la violazione dell'obbligo di informazione?

A mio avviso non è escluso, e penso all'ipotesi in cui il professionista consigli al cliente di impugnare la sentenza di primo grado senza informarlo della durata media, nel suo distretto, dei giudizi

d'appello, che può essere di parecchi anni. Il timore è che, come già ampiamente avvenuto nel sistema di responsabilità medica, la questione del consenso informato diventi il *refugium peccatorum*, il modo per ottenere comunque un risarcimento in caso di esito sfavorevole della causa, e, ancora, che possano essere riconosciuti danni esclusi dalla copertura assicurativa, pur obbligatoria.

### Il regolamento sui parametri

Alcune disposizioni del D.M. 140/12 meritano di essere segnalate perché confermano l'atteggiamento fortemente responsabilizzante nei confronti delle scelte e dei comportamenti degli avvocati.

Mi riferisco all'art. 10 che prevede, nel caso di responsabilità ex art. 96 c.p.c. ovvero, comunque, nel caso di inammissibilità o improponibilità o improcedibilità della domanda, la riduzione *di regola* del 50% del compenso dovuto all'avvocato del soccombente.

Con tale disposizione, per un verso, si rafforza il freno alle difese temerarie colpendo non più la parte ma direttamente il suo avvocato, rendendo, nella sostanza, applicabile al difensore la disposizione dell'art. 94 c.p.c. che la Suprema Corte, a differenza di qualche giudice di merito, aveva sin qui negato.

Per altro verso, la disposizione, con severità a mio parere eccessiva e ingiustificata, introduce una sorta di presunzione che le pronunce negative

NUOVE FRONTIERE DELLA RESPONSABILITÀ PROFESSIONALE DELL'AVVOCATO



in rito siano causate da colpa del professionista. Del resto, il D.M. 140 contiene altri segnali negativi nei confronti della professionalità dell'avvocato.

Mi riferisco all'art. 1, sesto comma, ai sensi del quale l'assenza di prova del preventivo di massima, costituisce elemento di valutazione negativa per la liquidazione del compenso; e, ancora, a quella sorta di norma in bianco contenuta nell'art. 4 6° comma (per il processo civile) secondo cui costituisce elemento di valutazione negativa, in sede di liquidazione giudiziale del compenso, l'adozione di *condotte abusive* tali da ostacolare la definizione dei procedimenti in tempi ragionevoli e, per il processo penale, nell'art. 12, 6° comma, per cui costituisce elemento di valutazione negativa in sede di liquidazione giudiziale del compenso l'adozione di *condotte dilatorie* tali da ostacolare la definizione del procedimento in tempi ragionevoli.

### **Verso una "difesa difensiva"?**

La professione forense non esce bene dal complesso di disposizioni normative e regolamentari di recente emanate, che rivelano una sorta di sfiducia, quasi di diffidenza; una valutazione preconcetta sulla professionalità dell'avvocato, che viene fortemente responsabilizzato, direttamente e indirettamente, e viene quasi messo sull'avviso in relazione ad iniziative giudiziali che potrebbero poi – se dal Giudice ritenute temerarie – risolversi in una sua penalizzazione sul compenso e in una verosimile rivalsa del cliente in caso di condanna ad un risarcimento del danno che potrebbe addirittura non essere coperto da garanzia assicurativa. È scontato ogni invito alla prudenza nell'accettazione degli incarichi, alla formulazione chiara e completa delle informazioni necessarie, alla stipulazione di una polizza assicurativa che si faccia carico di rischi diversi da quelli tradizionali.

Il sistema è in continua evoluzione

Si è già accennato che nell'ambito della responsabilità medica tale evoluzione ha portato ad un for-

te incremento del contenzioso e al fenomeno della medicina difensiva: il medico non è più libero nelle scelte diagnostiche e terapeutiche ma è sempre più condizionato dalla necessità di evitare comportamenti che possano metterlo a rischio di richieste risarcitorie o di processi penali, e ciò lo porta, per un verso, a prescrivere test e analisi in misura molto elevata e, per altro deprecabile verso, ad evitare certi pazienti o certi interventi per evitare il relativo rischio.

Accadrà così anche per l'avvocatura?

Il rischio è notevole: se gli avvocati, tra l'altro allettati dal premio per le vicende finite con conciliazione (artt. 3e5 DM n.140) penseranno prima di tutto a proteggere sé stessi, poco si muoverà nel mondo del diritto, gli indirizzi consolidati dalla Cassazione resteranno quelli che sono; poco si farà, e solo con un ferreo e inattaccabile consenso informato scritto, per tentare di ottenere la tutela di nuove situazioni giuridiche.

## **ELENCO PRONUNCE INDICATE NELLA RELAZIONE**

Attività di avvocato, obbligazione di risultato convenzionale (Cassazione civile , sez. II, sentenza 11.01.2010 n° 230 )

Avvocato, obbligazione di risultato, parere ( cass 14.11.2002 n.16023)

Avvocato, negligenza ausiliari, responsabilità ( cass.7.7.2009 n.15895)

Attività materiali non strettamente legate al processo,esonero dal cliente, ammissibilità( cass9.02.2012 n.1605)

Responsabilità del difensore domiciliatario, notifica della sentenza, obbligo comunicazione (Cassazione civile , sez. II, sentenza 12.10.2009 n° 21589

Obbligo informazioni, prova a carico avvocato (cass.30.7.2004 n. 14597)

Responsabilità avvocato, nesso causale, necessità (Cass 12.04.11 n.8309)

Avvocato, responsabilità, nesso causale, criterio certezza morale; ,danno da perdita di chance non configurabile(Cassazione civile , sez. II, sentenza 27.05.2009 n° 12354)

Professionista, responsabilità, nesso causale, criterio probabilistico (cass.26.4.2010 n9917).

Avvocato nesso di causa, criterio probabilistico onere prova a carico cliente ( Cass 10.12.2012 n 22376)



Avvocato, responsabilità, danno patrimoniale, quantificazione (Cassazione civile , sez. II, sentenza 20.01.2010 n° 920)

Onere probatorio a carico avvocato ex art 1218 c.c.( cass 12.4.2011 n 8312)

Avvocato, responsabilità professionale, cause perse (Cassazione civile , sez. III, sentenza 02.07.2010 n° 15717).

Professionista, questioni opinabili, art 2236 cc ( cass20.10.2011 n.21700)

Lite temeraria:risarcimento danni non patrimoniali, anche senza prova (cass.12.10.2011 n. 20995)

Responsabilità avvocato per scelta processuale contraria all'interesse del cliente. Sussiste ( Cassazione civile ordinanza 26.07.2010 n 17506)

Interesse cliente, obbligo di aggirare norme di legge, non sussiste(Cass. ordinanza 23.2.2011 n. 4422)

Interesse cliente reato: infedele patrocinio (cass.pen6703/2012)

Procura congiunta a dominus e procuratore. Onere probatorio ( cass 27.12.2004 n.24010).

Procura congiunta dominus e procuratore-contenuto prova liberatoria (Cass 2.10.1011 n.25816).

Procura congiunta- sottoscrizione atti- obbligo controllo – Cass n.6847/2012