

360 c.p.c., comma 1, n. 3, violazione e falsa applicazione della L. n. 300 del 1970, art. 18 e della L. n. 108 del 1990, art. 4 nonché, relativamente all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5, insufficiente e contraddittoria motivazione circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio.

Sotto il primo profilo, la Corte territoriale avrebbe escluso la fondatezza del ricorso per cassazione, e quindi l'operatività della L. n. 300 del 1970, art. 18 sulla base dell'erroneo presupposto che non fossero stati dimostrati il carattere imprenditoriale ed il fine di lucro dell'AGIS, ente datore di lavoro, e altrettanto erroneamente sarebbe stata esclusa la censurabilità in cassazione del giudizio di merito espresso dal Tribunale.

In particolare, l'avv. M. avrebbe potuto ricorrere in cassazione, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5, per insufficiente e contraddittoria motivazione fondata sull'erronea valutazione delle risultanze probatorie acquisite nel processo e attinenti appunto il carattere imprenditoriale dell'AGIS, dalle quali sarebbe invece emerso che l'ente svolgeva un'attività economica organizzata al fine della produzione e dello scambio di beni e servizi, secondo quanto disposto dall'art. 2082 cod. civ. Tale attività sarebbe stata esercitata dall'ente non solo in favore degli associati, ma anche nei confronti dei terzi, per mezzo di alcune società (la GEA S.r.l., la Immobiliare Anec S.r.l. e la Politalia S.r.l.) occupandosi di una molteplicità di servizi di carattere immobiliare, editoriale e di gestione dello spazio dello spettacolo.

Siffatte decisive circostanze sarebbero state ignorate dai giudici della sezione lavoro, attribuendo invece rilevanza agli altri elementi probatori, e pertanto l'erronea valutazione delle risultanze probatorie avrebbe consentito la ricorribilità in sede di legittimità.

Inoltre, anche la fondatezza del ricorso per cassazione sarebbe stata erroneamente esclusa dalla Corte di Appello di Roma, in quanto dalla giurisprudenza di legittimità, in tema di applicazione della tutela reale dei lavoratori in caso di licenziamento comminato da associazioni di tendenza, si ricaverrebbe il principio per cui è sufficiente l'esercizio dell'attività di impresa a prescindere dal fine di lucro, e che il carattere imprenditoriale non necessariamente contrasta con la qualifica di associazione sindacale. — *Omissis*.

2.1 – Il motivo non può trovare accoglimento.

È inammissibile, anzitutto, la censura, veicolata ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3, di violazione delle norme di legge in materia di licenziamenti individuali, giacché, nelle cause di responsabilità professionale nei confronti degli avvocati, la valutazione prognostica compiuta dal giudice di me-

rito circa il probabile esito dell'azione giudiziale malamente intrapresa o proseguita, sebbene abbia contenuto tecnico-giuridico, costituisce comunque valutazione di un fatto, censurabile in sede di legittimità solo sotto il profilo del vizio di motivazione (Cass., 13 febbraio 2014, n. 3355). Quanto, poi, al dedotto vizio motivazionale, occorre premettere che il percorso argomentativo sviluppato dalla Corte di Appello si snoda in funzione dell'esame, analitico, delle risultanze probatorie formatesi nel giudizio avente ad oggetto il licenziamento della S., per giungere alla conclusione – supportata da una serie di rilievi diretti ad evidenziare: che le attività imprenditoriali erano svolte da società diverse dall'associazione datrice di lavoro, seppure ad essa collegate; che lo statuto dell'associazione escludeva chiaramente il fine di lucro; che l'associazione stessa era iscritta all'Inps quale esercente attività sindacale in favore degli associati stessi – secondo cui il licenziamento comminato dall'AGIS alla propria dipendente, seppur illegittimo, non poteva comportare l'applicazione della tutela reale del lavoratore, in forza, per l'appunto, della natura non imprenditoriale dell'ente. Donde, l'ulteriore inferenza, decisiva nel contesto della controversia in tema di responsabilità professionale oggetto di cognizione della Corte capitolina, sul probabile esito negativo del ricorso per cassazione che l'avv. M., quale difensore della S., aveva mancato di proporre per un difetto di diligenza. A fronte di una siffatta valutazione del giudice di merito, plausibile e priva di errori giuridici (in termini di piana interpretazione delle norme coinvolte, secondo principi che, nella loro astrattezza, non sono affatto contrastati dalle difese della ricorrente), la denuncia di vizio motivazionale si struttura in modo esorbitante rispetto al paradigma legale di cui all'art. 360 cod. proc. civ., comma 2, n. 3 (nella formulazione antecedente alla novella del 2012), lamentando la ricorrente un erroneo apprezzamento delle emergenze probatorie, relative al carattere imprenditoriale o meno dell'ente datore di lavoro, senza che però sia effettivamente evidenziata alcuna insufficienza, contraddittorietà e/o illogicità della motivazione ab intrinseco. Invero, con il motivo in esame la ricorrente sollecita un riesame del giudizio prognostico effettuato dalla Corte territoriale, quanto alle possibilità di accoglimento del ricorso per cassazione omissso dal legale incaricato, al fine di ottenere, tramite una nuova e diversa valutazione delle medesime risultanze probatorie, un esito divergente da quello cui è approdato il giudice del merito ed utile alla stessa parte istante: ciò che è palesemente inammissibile in questa sede, contrastando con la struttura e funzione stesse del giudizio di legittimità, secondo la disciplina dettata dal codice di rito. — *Omissis*.

Come si valuta il merito della diligenza professionale?

Gianluca Sicchiero*

La nota rileva come la nozione di diligenza (art. 1176 c.c.) sia priva di un contenuto idoneo a valutare il merito delle attività professionali, qualora per queste difettino regole di dettaglio che specificino i comportamenti da adottare. Suggestisce perciò di utilizzare il criterio della ragionevolezza per giudicare le attività necessarie nell'adempimento e creare una casistica, al pari di quanto avviene per la buona fede contrattuale, ferma l'impossibilità di valutare il merito della prestazione non afflitta da errore. Ritiene in tal senso che l'esimente contenuta nell'art. 2236 c.c. operi per consentire al professionista di prestare la propria attività nei casi di grave complessità, in cui altrimenti la rifiuterebbe e conclude per una nozione di *chance* quale bene a sé (diritto a lottare) e non con perdita patrimoniale futura, che si può liquidare solo in via equitativa.

* Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un referee.

La nozione di diligenza

Sul contenuto della diligenza professionale sono stati spesi fiumi di inchiostro, ad iniziare dalla nozione stessa di diligenza. L'art. 1176 c.c. richiama quella del buon padre di famiglia, concetto ineffabile¹ cui si sono attribuiti i più svariati contenuti: la relazione al codice vorrebbe che fosse un criterio deontologico²; qualcuno ha richiamato il cittadino romano solerte ed attento³; altri, che beffardamente criticavano il modello di diligenza del lavoratore sovietico⁴, non si sono accorti che il buon padre di famiglia, come lo intendevano, era il suo antenato.

Si è parlato perciò di diligenza media astratta⁵, di diligenza astratta⁶ che si adatta al trascorrere del tempo⁷, di diligenza statisticamente rilevata⁸, di standard sociali di riferimento⁹, di compito deontologico della regola sulla diligenza¹⁰ e così via.

La questione si complica ancor di più quando si passi al merito della prestazione professionale, dove

si discute se siamo in presenza della stessa diligenza del primo comma ma rafforzata¹¹ o se si tratti di una diligenza diversa¹², laddove non sia questa seconda a dover costituire un generale indice di riferimento¹³.

Una prima distinzione deve però anzitutto tener conto che vi sono talora regole dettagliate rispetto alle quali la prestazione del professionista appare da lui governabile: ad es. il rispetto dei termini processuali, ipotesi in cui si può valutare la prestazione resa o meno in termini di adempimento ai sensi dell'art. 1218 c.c., che ammette il fortuito.

Vi sono invece prestazioni non governabili, perché nessuno può promettere la vittoria in una causa o la certa guarigione da una malattia: è proprio con riferimento a queste ipotesi che si pone il problema di verificare la possibilità di utilizzare i criteri valutativi che sopra sono stati ricordati¹⁴.

Quasi nessuno¹⁵ dice infatti che si tratta di indici privi di consistenza reale¹⁶, che è inutile richiamare

¹ "Una espressione ellittica": Rovelli, nel *Comm. del codice civile*, Gabrielli, Torino, 2012, *sub art.* 1176, 194.

² Nel n. 559 della Relazione si legge che "la figura del *bonus paterfamilias* non si risolve nel concetto di "uomo medio", ricavabile dalla pratica della media statistica; ma è un concetto deontologico, che è frutto di una valutazione espressa dalla coscienza generale. È il modello di cittadino e di produttore, che a ciascuno è offerto dalla società in cui vive; modello per sua natura mutevole secondo i tempi, le abitudini sociali, i rapporti economici e il clima politico".

³ Predella, *La figura dell'uomo medio nella storia del diritto e nel sistema giuridico privato*, Torino, 1934, 5, parlava del "genuino rappresentante, non astratto, ma concreto e vivente, della società romana antica e classica".

⁴ Barassi, *La teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1964, 32, n. 1: "umanità, classe: ma vorrei sapere come se la caverebbe il giudice che dovesse misurare su questo metro lo zelo che il debitore deve porre in essere, in una concreta situazione verso il debitore"; se ci avesse pensato, queste critiche valgono tutte una ad una anche per la diligenza astratta propugnata come criterio valutativo.

⁵ Si richiama ai "valori medi" Cannata, *L'oggetto dell'obbligazione*, in *Tratt. Dir. Priv.* a cura di Rescigno, 9, I, Torino, 1984, 57; l'adesione incondizionata al modello di diligenza in astratto è ribadita dagli autori fin dai primi commenti all'art. 1176 c.c.: v. ad es. D'Avanzo, nel *Comm. D'Amelio-Finzi*, Firenze, 1948, *sub art.* 1176 c.c., 18-19; Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, Milano, 1959, 290-292.

⁶ Un "modello esterno ed astratto" secondo Ferrando, *Impossibilità sopravvenuta, diligenza del "buon padre di famiglia" e valutazioni di buona fede*, in *Giur. di Merito*, 1974, I, 396; Di Majo, *Delle obbligazioni in generale*, nel *Comm. Scialoja e Branca* a cura di Galgano, Bologna-Roma, 1988, 424; Bianca, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, nel *Comm. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1978, 25-26 e poi *id.*, *Diritto civile. L'obbligazione*, Milano, rist. 2015, 91. Le ragioni anche storiche per disattendere la nozione di diligenza media per passare a quella astratta sono caldegiate da Giorgianni, *L'inadempimento*, Milano, 1975, 330 e segg., che però sviluppa il proprio pensiero evidenziando le fattispecie in cui lo sforzo richiesto deve essere valutato in concreto (*ivi*, 274 e segg.).

⁷ Per Cottino, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore*, Milano, 1955, 48, la nozione di buon padre di famiglia è sì "generale ed astratta, ma non per questo rigidamente ed immutabilmente determinata: l'astrazione avviene ed opera su una concreta realtà sociale".

⁸ La tesi per cui "il concetto del b.p.f. rappresenta una semplice media statistica" risale a Polacco, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, Roma, 1915, 471; successivamente v. Rodotà, voce "Diligenza (dir. civ.)", in *Enc. Dir.*, XII, Milano, 1964, 545.

⁹ Di Majo, *op. cit.*, 425; Bianca, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, cit., 26; D'Amico, *La responsabilità ex recepto e la distinzione tra obbligazioni "di mezzi" e "di risultato"*, Napoli, 1999, 148.

¹⁰ Ad es. Cattaneo, *La responsabilità del professionista*, Milano, 1958, 61: "è opportuno ricordare qui che il criterio della diligenza del buon padre di famiglia, come quello del buon professionista, è un criterio deontologico, il quale fa riferimento cioè non a ciò che l'uomo medio o il professionista medio è solito fare, bensì a ciò che questi deve fare".

¹¹ V. ad es. Cattaneo, *op. cit.*, 53 o Cannata, *op. cit.*, 57-58, Cottino, *op. cit.*, 54; Santoro Passarelli, voce "Professioni intellettuali", in *Noviss. Dig. It.*, XIV, Torino, 1967, 25; Visintini, *La responsabilità contrattuale*, Napoli, 1979, 168-169, secondo i quali la diligenza prevista dal capoverso dell'art. 1176 costituirebbe una specificazione di quella indicata al 1° comma.

¹² Ampie considerazioni per la necessità di tracciare una nozione di diligenza ritagliata sulla singola figura professionale in Lega, *Le libere professioni intellettuali*, Milano, 1974, 638 e segg. Per D'Amico, *op. cit.*, 148, la distinzione riguarderebbe non il profilo soggettivo inerente la qualità professionale del debitore, ma quello oggettivo dello standard della diligenza cui far riferimento, cioè quello sociale o quella professionale, ferma l'unitarietà della nozione di diligenza (*ivi spec. p.* 152).

¹³ Natoli, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, II, Milano, 1984, 93 e segg., perché ritiene che il vero criterio di riferimento sia quello del 2° comma della disposizione in esame e ciò consentirebbe "di rilevare l'assurdità del riferimento ad un criterio astratto ed unitario, che dovrebbe valere da costante metro di valutazione di un indeterminato numero di ipotesi; nello stesso senso v. poi Breccia, *Le obbligazioni*, nel *Tratt. Iudica e Zatti*, Milano, 1991, 237 e segg., spec. 240-241, ove rileva che l'individuazione della diligenza dovuta in uno sforzo volontaristico del debitore è tesi sia anacronistica quanto infedele al sistema.

¹⁴ Questa nota serve a completare le indicazioni della precedente nota *Dalle obbligazioni di mezzi e di risultato alle obbligazioni governabili e non governabili*, in questa *Rivista*, 2015, dove si è proposta la distinzione tra obbligazioni governabili e non, in sostituzione della distinzione tra obbligazioni dimezzate e di risultato.

¹⁵ Lo diceva però oltre un secolo fa Giorgi, *Teoria delle obbligazioni*, II, Firenze, 1903, 45.

¹⁶ Eppure Rodotà, *op. cit.*, 542, nota che se la nozione di dili-

*fid quod plerumque accidit*¹⁷ o i valori condivisi dalla società se non ci sono né metodi statistici di rilevazione né protocolli condivisi e raramente si è voluto dare atto che il giudice, quando rinvia ad inesistenti caratteri di diligenza media di determinati operatori, parla di dati che non si leggono da nessuna parte.

Lo stesso vale quando si invocano inesistenti criteri di diligenza media delle singole professioni o delle attività economiche¹⁸: dove si trovano? Chi li ha documentati? Quali regole li descrivono?

Quando si richiamano i criteri della diligenza del buon professionista, si ripetono infatti gli errori appena indicati: solo una regola che precisi come comportarsi costituisce un limite oltre il quale esiste l'errore professionale; senza la regola di dettaglio, il comportamento non è valutabile.

Si pensi all'avvocato che rediga un atto difensivo: deve inserire precedenti giurisprudenziali a favore della tesi che sostiene nel documento perché sia deontologicamente diligente? e se sì, quanti? quanta letteratura deve citare a tal fine? e poi, di fronte alle richieste del giudice di essere conciso¹⁹, come può equilibrare concisione e diligenza professionale?

È in questo senso che ben si comprende il rifiuto della giurisprudenza, di giudicare il merito del comportamento degli amministratori di società, laddove non sfoci nell'illecito²⁰.

Come valutare, nello stesso senso, un buon parere reso da un legale o da un notaio, un buon piano di investimenti suggerito da un aziendalista, un buon software per la gestione della contabilità?

Insistere nella valutazione del merito al di fuori di regole tecniche ha portato addirittura a risultati nefasti, solo a pensare a ciò che è accaduto in campo medico, ove è sorta la c.d. medicina difensiva, produttiva di una quantità di esami ed indagini inutili prescritte per evitare accuse di negligenza, con enormi costi sociali ed assicurativi²¹: ciò che ha indotto il legislatore ad esentare da responsabilità il medico che segua i risultati condivisi dalla letteratura scientifica²², per dire che chi sta nelle regole è sempre in regola²³.

In altri campi delle scienze, in particolare di quelle umane ma non solo, ogni volta che la prestazione non sia governabile, allora per ciò solo il merito della diligenza non è descrivibile, in quanto se lo fosse vi sarebbero indici, misure, protocolli con le indicazioni da seguire.

In altre parole quello che un tempo si chiamava *error scientiae*²⁴ costituisce invece il limite dell'attività che può essere oggetto di promessa.

Il criterio di ragionevolezza

Alla luce di quanto appena rilevato, appare allora più coerente l'ammissione che "la diligenza viene studiata in funzione della presupposizione di un uomo medio che non esiste, né è necessario che esista nella vita reale (quindi astratto)"²⁵: ed è proprio questo percorso che non convince, perché "il ricorso alla media diligenza è una finzione che crea molte ingiustizie"²⁶ o, quantomeno, fonda le decisioni su una regola incapace, di per sé sola, di giustificarle seria-

genza tracciata dalla relazione riassume il complesso di cure e cautele che incombono sul debitore, allora "essa presuppone già stabilita l'estensione precisa di ciò che il debitore è tenuto a fare"; ma ovviamente non è così.

¹⁷ Forchielli, voce "Colpa", in *Enc. Giur.*, Roma, 1988, VI, ad vocem, 3, ove ulteriori rinvii al comportamento comune.

¹⁸ Vien da pensare ad affermazioni non documentabili come quelle che rinviano alla diligenza media dei pulitori a secco (Cass., 29 novembre 1984, n. 6257, in *Giust. Civ.*, 1985, I, 3150) o degli albergatori (Cass., 21 dicembre 1990, n. 12120).

¹⁹ Per il caso rappresentato dalla lettera del Presidente della cassazione al Consiglio nazionale forense affinché i ricorsi in cassazione non superino le 25 pagine, in relazione al contrapposto principio di autosufficienza del ricorso, creato dalla cassazione, v. Sicchiero, *Dialoghi con la Giurisprudenza: la Cassazione ci legge?*, in *Contratto e Impresa*, 2014, 261.

²⁰ V. ad es. Trib. Milano, 24 agosto 2011, in *Società*, 2012, 493: "all'amministratore di una società non può essere imputato a titolo di responsabilità ex art. 2392 c.c. di aver compiuto scelte inopportune dal punto di vista economico, atteso che una tale valutazione attiene alla discrezionalità imprenditoriale e può pertanto eventualmente rilevare come giusta causa di revoca dell'amministratore, non come fonte di responsabilità contrattuale nei confronti della società; ne consegue che il giudizio sulla diligenza dell'amministratore nell'adempimento del proprio mandato non può mai investire le scelte di gestione (o le modalità e circostanze di tali scelte), ma solo l'omissione di quelle cautele, verifiche e informazioni preventive normalmente richieste per una scelta di quel tipo, operata in quelle circostanze e con quelle modalità", Cfr. anche Id., 2 marzo 1995, in *Giur. It.*, 1995, I, 2, 706; Id., 14 settembre 1992, in *Società*, 1993, 511; Id., 14 settembre 1992, in *Società*, 1993, 511. In materia v. la recente monografia di Zanardo,

Delega di funzioni e diligenza degli amministratori nelle società per azioni, Padova, 2010.

²¹ Cfr. Breda, *Responsabilità medica tra regole giurisprudenziali e recenti interventi normativi*, in *Contratto e Impresa*, 2014, 769 e segg.; Manna, *Medicina difensiva e diritto penale tra legalità e tutela della salute*, Pisa, 2013; Roiati, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale*, Milano, 2012.

²² L'art. 3 della L. n. 189/2012 prevede che "l'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'art. 2043 del codice civile".

²³ Qui si possono ricordare solo alcuni tra i più recenti degli innumerevoli scritti pubblicati in materia, ove i necessari riferimenti: De Matteis, *Colpa medica e inadempimento delle strutture sanitarie*, in *Contratto e Impresa*, 2015, 556 e segg.; Piccialli, *Le novità legislative: le linee guida nel decreto Balduzzi*, in *Contratto e Impresa*, 2015, 569 e segg.; Busi, *La colpa medica in ambito civile*, in *La responsabilità in ambito sanitario*, a cura di Aleo, De Matteis e Vecchio, I, Padova, 2014, 335 e segg.

²⁴ Su cui v. Torrente, *Commentario al codice civile*, Torino, 1962, sub art. 2222, 47.

²⁵ Miccio, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, nel *Comm. a.c.*, Torino, 1961, sub art. 1176, 67; anche Lega, *op. cit.*, 639, ammette che "la diligenza del buon professionista della categoria considerata è però un concetto astratto che non trova mai esatta coincidenza nel comportamento che il professionista tiene in concreto"; insomma un concetto inutile a ben vedere.

²⁶ Perlingieri, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, nel *Comm. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1975, 457.

mente, perché dà origine a discorsi circolari ed auto-referenziali.

Il fatto è che le decisioni che si trovano a censurare taluni comportamenti in termini di difetto di diligenza, pur nel silenzio della regola, appaiono molto spesso convincenti: è inaccettabile che il difensore ometta di informare il cliente sul fatto che un provvedimento sia impugnabile²⁷; non si può patrocinare una causa senza chiedere al cliente quali siano gli argomenti di prova su cui fondare la domanda²⁸; non si può curare un paziente fidandosi solo dei sintomi che lui descrive²⁹; non è accettabile che il notaio ometta le visure sui beni oggetto della compravendita che stipula³⁰.

Parlare di diligenza, in queste ipotesi, è però un'operazione che nasconde la verità sul meccanismo decisionale: che è quello della ragionevolezza della soluzione che si adotta rispetto a quella contraria che si prospetta in alternativa³¹, come si fa senza porsi alcun problema nei sistemi di common law³². Anche da noi, comunque, si dice che "negare l'esistenza di un principio di ragionevolezza ... pare ormai vano"³³ e si può allora passare a considerare la diligenza come clausola generale che "presuppone la determinazione da parte di un interprete (e in ultima analisi di un giudice) che ben comprenda le caratteristiche o le ragioni dei comportamenti che si presta a valutare"³⁴.

La difficoltà di ammettere che, ogni volta, si decide creando la regola del caso concreto³⁵ è infatti solo culturale, perché il giudice rifugge all'idea di giustificare la scelta non sulla base di ciò che a lui appare ragionevole in quell'ipotesi³⁶. Richiamare invece la

diligenza dell'art. 1176 c.c. lo pacifica nel suo compito, anche se ciò avviene a costo di dare per esistente ciò che non è in alcun modo in grado di documentare, cioè la misura della diligenza specificamente invocata³⁷; perché la norma tace ed appunto non esiste alcun documento, alcuna statistica, alcun dato effettivamente rilevato che sostengano quell'affermazione.

Ma se si procedesse qui come si è fatto nel passato con la regola della buona fede contrattuale, inizialmente sterilizzata³⁸ e poi invece applicata in modo fecondo³⁹, si potrebbe procedere ad una tipizzazione delle ipotesi di diligenza che si fondi sulla ragionevolezza delle singole soluzioni⁴⁰, senza mistificare ciò che davvero accade.

In tal modo, allora, la tipizzazione delle ipotesi di negligenza⁴¹, costituendo il "sistema migliore per razionalizzare e precisare il contenuto eccessivamente elastico" delle clausole generali⁴², darebbe luogo ad una casistica il cui fondamento riposa sul senso condiviso della scelta, in quanto appunto ragionevole, essendo compito del giudice *reddere rationem*. Infatti "l'esperienza secolare di diversi ordinamenti giuridici dimostra che i criteri di valutazione oggettivi e l'uniformità di giudizio che deriverebbe dalla ragionevolezza nell'applicazione delle clausole generali non dipendono dalle espressioni usate, ma dal rigore argomentativo delle decisioni"⁴³.

Ipotesi di diligenza tipizzata

L'esame delle applicazioni riferite alle prestazioni governabili dimostra che il contenuto della diligenza

²⁷ Cass., 26 febbraio 2013, n. 4781, in *Foro It.*, 2013, I, 1135: "qualora all'avvocato sia addebitabile l'omessa informazione al cliente circa la possibilità di appellare la sentenza dichiarativa dell'estinzione del giudizio, con conseguente preclusione della tutela giurisdizionale e perdita del diritto, si configura un inadempimento totale del professionista anche rispetto alle prestazioni eseguite prima della predetta sentenza, in quanto espletate *inutiliter*"; Id., 18 giugno 1996, n. 5617, in *Giur. It.*, 1997, I, 1, 638.

²⁸ Cass., 12 aprile 2011, n. 8312, in *Foro It.*, 2011, I, 1713.

²⁹ Cass., 12 settembre 2013, n. 20904.

³⁰ Cass., 27 ottobre 2011, n. 22398, in *Giust. Civ.*, 2012, I, 1260.

³¹ La ragionevolezza è un criterio adottato dal codice civile (v. gli artt. 49, 1365, 1637, 1711, 1749, 1751, 1783, 2427 *bis*, 2467 c.c.): utilizzato inizialmente dalla Corte costituzionale per decidere della validità delle leggi (cfr. Morrone, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001) e con parole brillanti dalle sezioni unite del S.C. per risolvere conflitti interpretativi (Cass., Sez. un., 9 dicembre 2015, n. 24822, *Foro It.*, 2015, *Anticipazioni e novità*, 382), trova impiego nel diritto privato in ordine alla congruità delle scelte: Troiano, *La "ragionevolezza" nel diritto dei contratti*, Padova, 2005; Ricci, *Il criterio della ragionevolezza nel diritto privato*, Padova, 2007.

³² Cfr. Patti, *Ragionevolezza e clausole generali*, Milano, 2013, 22 e segg.

³³ Barberis, *Eguaglianza, ragionevolezza e diritti*, in *Riv. Fil. Dir.*, 2013, 195, ove però il principio è riferito alle leggi.

³⁴ Rovelli, *op. cit.*, 197.

³⁵ I timori "riguardano il pericolo che si cada in un "decisionismo giudiziale" del caso per caso, compromettendo la certezza delle relazioni giuridiche": Di Majo, *op. cit.*, 313; Bessone, *Adem-*

pimento e rischio contrattuale, Milano, 1975, 343 e segg.; v. anche le riflessioni di Breccia, *Clausole generali e ruolo del giudice*, in *Immagini del diritto privato*, Milano, 2013, I, 193 e segg.

³⁶ Lo si coglie nelle parole di Di Marzio, *op. cit.*, 367 e segg., che si preoccupa (da giurista che è anche magistrato) di evidenziare che nel attribuire senso alle clausole generali si creano norme ma "queste regole extra-giuridiche non sono inventate dal giudice, se non nel senso etimologico di trovare, scoprire cercando.

³⁷ Ne dà invece lucidamente atto Rovelli, *op. cit.*, 198, la cui lucidità è esemplare trattandosi di un magistrato.

³⁸ Cass., 20 luglio 1977, n. 3250; Id., 23 marzo 1979, n. 1690; Id., 18 ottobre 1980, n. 5610.

³⁹ Inutile citare tutte le sentenze che ormai ne fanno applicazione diretta e costante; basta ricordare come caso guida che, pur non essendo stato il primo, ha però impresso una svolta decisiva, Cass., 20 aprile 1994, n. 3775.

⁴⁰ L'esigenza della tipizzazione per le applicazioni della buona fede contrattuale era sostenuta ad es. da Galgano, *Trattato di diritto civile*, II, Padova, 2010, 564-565; è appunto il medesimo percorso già descritto, per la buona fede, da Bessone, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1975, 331 e segg., spec. 333-334.

⁴¹ Sui c.d. *Fallgruppen* v. Di Marzio, *op. cit.*, 371; Di Majo, *op. cit.*, 119, ma già Rodotà, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, 191 e segg.; Visintini, *op. cit.*, 161; sull'esigenza di tipizzazione v. anche Galgano, *op. cit.*, 565.

⁴² Visintini, *op. cit.*, 161-162, che usa queste parole per la regola sulla buona fede contrattuale ma che valgono anche per la diligenza; Di Marzio, *op. cit.*, 378; Ricci, *op. cit.*, 63 e segg.

⁴³ Patti, *op. cit.*, 26.

è per lo più procedimentale, consistendo anzitutto nell'adozione di comportamenti ragionevoli informativi⁴⁴, anche se oggi è obbligo testuale quello 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"⁴⁵. È ormai una regola generalizzata che il legislatore ha confermato anche nel campo della mediazione civile⁴⁶, della mediazione assistita⁴⁷ ed è talora ribadita con riferimento alle singole professioni⁴⁸, perfino a seguito di ratifica di convenzioni⁴⁹.

Altri profili sono quello della necessità di assumere le necessarie informazioni, secondo il meccanismo già indicato per il mandato dall'art. 1711⁵⁰; del divieto di accollo dei rischi al creditore⁵¹, al compito di dissuasione da attività rischiose⁵², perché si tratta in queste ipotesi sempre di attività descrivibili – ed infatti descritte – che non possono essere omesse.

Comprende anche le attività che appaiono ragionevolmente necessarie per assicurare il buon esito della prestazione, come i controlli del notaio sulle trascrizioni pregiudizievoli anteriori alla compravendita.

Non si estende tuttavia mai alla bontà della prestazione resa: non ci sono sentenze che parlino di ciò, ma solo decisioni che censurano omesse cautele, omessi comportamenti, errori inescusabili di sbadataggine (la pinza rimasta nella pancia del paziente): a conferma della tesi per cui non è possibile valutare il merito della diligenza laddove difettino parametri valutativi concreti.

Non si tratta della rinuncia a valutare la prestazione del professionista, ma della presa d'atto che solo le regole dettagliate precisano per lui il comportamento da tenere e consentono una valutazione sul suo rispetto; in mancanza di queste, non si può giudicare quel che è più o meno "buono" spacciandolo per diligente: per questo i giudici non lo fanno.

Beninteso: altro e del tutto diverso è il caso, come quello in esame, in cui l'attività sia omessa del tutto, che fa il pari con l'errore professionale per la violazione dei protocolli certi: qui non è però l'art. 1176 c.c. a governare la valutazione, ma direttamente l'art. 1218 c.c., che disciplina la responsabilità per l'inadempimento all'obbligo assunto⁵³, consentendo tuttavia la prova liberatoria del caso fortuito, ad es. dell'avvocato investito da un auto mente si reca in udienza.

L'esimente prevista dall'art. 2236 c.c. e la perdita di chance

Di fronte ai limiti stessi della diligenza professionale, quando ha per oggetto prestazioni non governabili, trova alla fine spazio operativo l'esimente indicata dall'art. 2236 c.c.: si è detto che la regola costituirebbe un privilegio per il professionista⁵⁴ e che porta a risultati assurdi, in quanto proprio allorché occorra la massima attenzione perché il caso è difficile si esime il professionista dalla responsabilità per colpa⁵⁵.

La regola non va però letta così: anzitutto è stata scritta per consentire che il professionista assuma l'in-

⁴⁴ Lega, *Le libere professioni intellettuali*, cit., 82, 646; Perulli, *Il lavoro autonomo*, nel *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 1996, 472 e segg.; Franzoni, *Il professionista e criteri per l'accertamento della responsabilità*, in *Contratto e Impresa*, 2015, 601 e segg.; Musolino, *Contratto d'opera professionale, Commentario al codice civile Schlesinger-Busnelli*, Milano, 2014, 521 e segg.

⁴⁵ Art. 9, D.L. n. 1/2012, conv. con L. n. 27/2012.

⁴⁶ V. Monticelli, *La violazione degli obblighi di informazione del cliente nella disciplina della mediazione civile*, in *Contratto e Impresa*, 2015, 68 e segg.; si tratta dell'art. 4, 3° comma, D.Lgs. n. 28/2010: "all'atto del conferimento dell'incarico, l'avvocato è tenuto a informare l'assistito della possibilità di avvalersi del procedimento di mediazione disciplinato dal presente decreto e delle agevolazioni fiscali di cui agli articoli 17 e 20. L'avvocato informa altresì l'assistito dei casi in cui l'esperienza del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale. L'informazione deve essere fornita chiaramente e per iscritto. In caso di violazione degli obblighi di informazione, il contratto tra l'avvocato e l'assistito è annullabile".

⁴⁷ Art. 2, 7° comma, D.L. n. 132/2014: "è dovere deontologico degli avvocati informare il cliente all'atto del conferimento dell'incarico della possibilità di ricorrere alla convenzione di negoziazione assistita".

⁴⁸ Art. 13, 5° comma, L. n. 247/2012 (legge professionale forense): "il professionista è tenuto, nel rispetto del principio di trasparenza, a rendere noto al cliente il livello della complessità dell'incarico, fornendo tutte le informazioni utili circa gli oneri ipotizzabili dal momento del conferimento alla conclusione dell'incarico; a richiesta è altresì tenuto a comunicare in forma scritta a colui che conferisce l'incarico professionale la prevedibile misura del costo della prestazione, distinguendo fra oneri, spese, anche forfetarie, e compenso professionale".

⁴⁹ Ad es. la Convenzione di Oviedo del 4 aprile 1997, sui diritti

dell'uomo e sulla biomedicina, ratificata dall'Italia con L. n. 145/2001, il cui art. 5 prevede che "un trattamento sanitario può essere praticato solo se la persona interessata abbia prestato il proprio consenso libero ed informato".

⁵⁰ Un obbligo di legge relativo all'assunzione delle "informazioni necessarie" è previsto invece dall'art. 21 del testo unico dell'intermediazione finanziaria (D.Lgs. n. 58/1998), sicché la relativa omissione, anche se determinata dal rifiuto del cliente di fornirle: Cass., 19 ottobre 2012, n. 18039, in *Foro It.*, 2013, I, 2928; Trib. Mondovì, 24 marzo 2010, in *Giur. It.*, 2011, 1091; Trib. Novara, 2 novembre 2009, in *Giur. It.*, 2010, 601.

⁵¹ Cattaneo, *op. cit.*, 179. Esatta quindi la scelta di Trib. Milano, 25 febbraio 2005, in *Resp. e Risarc.*, 2005, 71, per cui "l'informazione nei confronti del paziente deve essere relativa alla natura dell'intervento medico chirurgico, alla sua portata ed estensione, ai rischi, ai risultati conseguibili, alle possibili conseguenze negative, alla possibilità di conseguire il medesimo risultato attraverso altri interventi e ai rischi di questi ultimi; quindi il paziente deve essere messo concretamente in condizione di valutare ogni rischio e ogni alternativa".

⁵² Cass., 20 novembre 2009, n. 24544, in *Rass. Forense*, 2009, 634; Trib. Milano, 29 marzo 2005, in *Corriere Giur.*, 2005, 1409.

⁵³ Sul tema cfr. già Mengoni, *Obbligazioni di "risultato" e obbligazioni "di mezzi"*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1954, I, 86 e Cottino, *op. cit.*, 85; in giurisprudenza v. Cass., 18 giugno 1996, n. 5617, in *Giur. It.*, 1997, I, 1, 638; Id., 1 agosto 1996, n. 6937; Id., 19 novembre 2004, n. 21894.

⁵⁴ Fortino, *La responsabilità civile del professionista*, Milano, 1984, 37, 42, 100.

⁵⁵ Monateri, *La responsabilità civile*, nel *Tratt. Sacco*, Torino, 1998, 745 sulla scorta ad es. di Lega, *op. cit.*, 844; anche per Musolino, cit., 498, il legislatore "non può aver inteso ciò che ha dettato".

carico anche se è difficile⁵⁶, laddove una responsabilità illimitata lo spingerebbe a rifiutarlo⁵⁷.

In secondo luogo può funzionare bene se si applicata agli errori professionali di portata ridotta che si possano ragionevolmente giustificare nella complessità del caso di specie. Basti pensare ad una ferita non perfettamente suturata su un paziente che arrivi al pronto soccorso travolto da un tram ed in fin di vita o al cliente che si presenti all'ultimo giorno dall'avvocato per fargli redigere un complicatissimo ricorso in cassazione che, pur validamente confezionato, ad una maggior riflessione avrebbe consentito un miglior sviluppo dei motivi difensivi.

Nei casi difficili l'assorbimento del massimo impegno per il risultato principale può comportare senza volerlo una minore attenzione per i dettagli; l'attenzione per i dettagli minimi potrebbe invece compromettere l'esito fondamentale.

Questo è probabilmente il giusto campo operativo e non è un caso, ritengo, che non si conoscano ipotesi di applicazioni a favore del professionista, che tanto spaventano chi vede nella regola un inaccettabile favoritismo che lo libera dall'obbligo di diligenza.

Quando poi l'errore sussista davvero, il problema

consiste nel liquidarlo: nel caso di specie è noto il richiamo al concetto di perdita di chance⁵⁸, intesa come "perdita attuale di un miglioramento patrimoniale futuro e possibile"⁵⁹.

Ma il richiamo alla *chance* ha un senso migliore se si consideri la chance stessa come diritto a lottare⁶⁰, concetto che si è ritenuto provenire dalla giurisprudenza francese⁶¹. Il bene leso non sarebbe il risultato che non si è raggiunto, ma la possibilità in quanto tale; non dunque come probabilità di vittoria che, sebbene si dovrebbe rilevare in senso probabilistico, come dice anche questa sentenza⁶², è invece del tutto ineffabile: solo l'equità potrà dare invece una risposta a quella perdita.

Per il caso dell'avvocato che non propone l'impugnazione, infatti, la probabilità dovrebbe ritenersi tendente a zero: quantomeno perché si parte da una decisione sfavorevole, il che conforta l'idea che la parte avesse torto, laddove la ragione sarebbe oggetto di un giudizio che è già stato fatto in precedenza ed in senso negativo. La perdita del diritto a lottare va invece risarcita proprio per quel che è, sganciata dunque da improbabili calcoli fatti da chi non possiede la sfera di cristallo.

Diritto al sepolcro

Tribunale Firenze, 12 giugno 2015 – Gi. Me. To. (avv. Contradi) – Ra. Lu. Se. in Bi. e altri (avv. Romeo).

Sepoltura e sepolcro – Diritto al sepolcro – Diritti reali – Opponibilità ai terzi – Assenza di trascrizione – Mancata menzione nell'atto – Riconoscimento di diritto reale – Insufficienza

Il diritto al sepolcro su di una cappella gentilizia, assimilabile ad uno ius in re aliena, non è opponibile ai terzi acquirenti in assenza di trascrizione del vincolo o di espressa menzione nell'atto di acquisto. Il mero riconoscimento unilaterale del diritto non è inoltre sufficiente a provarne la valida costituzione.

Omissis. – *Fatto e diritto:* Gi. Me. To., discendente della famiglia dei Me. che ha successivamente assunto il cognome di To., premesso: a) che le spoglie mortali dell'ascendente Ma. Co. Me. To. erano custodite nella Cappella Gentilizia di San Jacopo a Celle, in Bagno a Ripoli (Fi) frazione di Grassina, Via Pietro Gobetti, di cui al N.C.E.U. del Comune di Bagno a Ripoli foglio 40 particella 233,

esistente nel parco della villa in Bagno a Ripoli frazione Grassina Via delle Fonti nr 62/B, sottoposto a vincolo; b) che la proprietà della predetta Cappella, acquistata da Eu. Mu., coniugata de Me. To., all'asta pubblica con sentenza del Tribunale di Firenze 12 novembre 1936 e 2 giugno 1938, a seguito di diverse vicende traslative della proprietà, era prevenuta a Ra. Lu. Se. in Bi., a Bi. Sa. e Bi. Da.; c) che nell'atto 20.5.1942 per Notaio Alfonso Canelli (con il quale Mu. in Me. To. ha venduto la villa e al cappella acquistate nel 1936) si dava atto dell'esistenza sulla Cappella Gentilizia dell'esercizio del diritto di sepolcro in favore del Ma. Av. de Me. To. dei suoi parenti "iure sanguinis" e dei loro discendenti con diritto dei componenti la famiglia Me. To. di avere perenne libertà di accesso alla cappella passando per la strada indicata nella planimetria dall'ing. Pi. Pe. depositata presso il Tribunale di Firenze il 12.9.1936 e dovendo contribuire alla manutenzione della stessa per un decimo mentre gli altri nove decimi erano a carico dei comparatori; d) che di detto diritto di sepolcro e di passo è stata data menzione nei successivi atti di compravendita ai rogiti Notaio Guglieri del 9.7.1947, Notaio De Lucia del

⁵⁶ V in questo senso proprio Lega, *op. cit.*, 841 e segg. o Monateri, *ibidem*.

⁵⁷ Il n. 917 della Relazione al codice parla di "due opposte esigenze, quella di non mortificare l'iniziativa del professionista, col timore di ingiuste rappresaglie da parte del cliente in caso di insuccesso, e quella inversa di non indulgere verso non ponderate decisioni o riprovevoli inerzie del professionista".

⁵⁸ Ne parlava già Cattaneo, *op. cit.*, 184e segg.

⁵⁹ Monateri, *op. cit.*, 283. Per Cass., 12 febbraio 2015, n. 2737: "il danno patrimoniale da perdita di chance è un danno futuro, consistente nella perdita non di un vantaggio economico, ma della

mera possibilità di conseguirlo, secondo una valutazione ex ante da ricondursi, diacronicamente, al momento in cui il comportamento illecito ha inciso su tale possibilità in termini di conseguenza dannosa potenziale".

⁶⁰ Pucella, *La causalità "incerta"*, Torino, 2007, 104.

⁶¹ Ne indica i percorsi Princigalli, *Perdita di chances e danno risarcibile*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1985, 315e segg. ma già prima v. Busnelli, *Perdita di chance e risarcimento del danno*, in *Foro It.*, 1965, IV, 47.

⁶² Preceduta ad es. da Cass., 14 maggio 2013, n. 11548.