

GLI OBBLIGHI DI INFORMAZIONE DELL'AVVOCATO NELL'AMBITO DELLE PROFESSIONI INTELLETTUALI

Di Anna Maria Siniscalchi

| 192

SOMMARIO: 1. *Premessa.* – 2. *Elementi comuni dell'attività professionale del medico e dell'avvocato.* – 3. *I doveri informativi: ruolo della giurisprudenza.* – 4. *Interessi protetti e violazione dei doveri informativi.* – 5. *Fonti degli obblighi informativi delle professioni regolamentate.* – 6. *Fonti degli obblighi informativi dell'avvocato.* – 7. *Contenuto e ampiezza dell'obbligo di informazione dell'avvocato.* – 8. *Esito della lite e violazione degli obblighi informativi.*

ABSTRACT. Anche con riguardo gli esercenti le professioni intellettuali, si riscontrano problematiche in materia di asimmetria contrattuale. Con riferimento alla professione dell'avvocato, lo scritto si focalizza sull'analisi dei profili di responsabilità collegati alla violazione del dovere di informazione, rilevando che, nonostante i diversi interventi normativi, si è in presenza di uno statuto tutto da scrivere.

Even in the intellectual professions, there were problems with contractual asymmetry. In particular, looking to the lawyer's profession, the paper focuses on the analysis of the profiles of responsibilities connected to the violation of the duty of information, noting that, despite the various regulatory interventions, there is a statute to be written.



1. Premessa.

Come è noto i doveri informativi che gravano sugli esercenti le professioni intellettuali sono stati oggetto, negli ultimi anni, di un'attenzione sempre crescente.

Il nuovo contesto culturale, ma anche normativo, ha condotto al superamento dell'idea simmetrica del contratto¹, dato che inevitabilmente ha determinato importanti riflessi sulla configurazione della relazione tra professionista e destinatario dell'attività professionale, sia esso un paziente, un cliente, un consumatore.

Quanto affermato evidenzia, inoltre, l'esigenza di un approccio metodologico nuovo per "la disciplina del contratto" che, secondo parte della dottrina, non dovrebbe tanto condurre alla costruzione di "nuove categorie" fondate sulle qualità soggettive dei contraenti quanto all'individuazione di "tutele più efficienti sul piano dell'atto e del rapporto". L'esame della legislazione interna e comunitaria dimostra, infatti, come si sia già "oltre la figura del consumatore" e come non sia "convincente chiederse se, oltre al diritto del consumo e alla pretesa categoria del terzo contratto e dei contratti d'impresa, si possa costruire un concetto unitario di contratto asimmetrico"².

In un quadro così mobile e articolato è di tutta evidenza, dunque, come s'imponga un ripensamento della materia della responsabilità professionale, la quale si colora di nuove sfumature determinate dall'emersione di nuovi diritti suscettibili di tutela e di nuove modalità attraverso le quali a tali diritti deve essere garantita adeguata protezione proprio allo scopo di assicurare l'effettivo riequilibrio delle posizioni dei contraenti.

Certamente, nel ricordare la rilevanza dei problemi connessi alla disparità contrattuale tra le parti, riconducibile ad una carenza informativa che strutturalmente caratterizza il rapporto con il professionista, non si dice nulla di nuovo. Infatti la tematica dell'asimmetria informativa attualmente investe ampi settori del diritto e costituisce un *Leitmotiv* di molte decisioni giurisprudenziali. Peraltro è stato chiaramente evidenziato come "l'obbligo di informazione reso effettivo dalla regola di buona fede

arricchisce i rimedi e incontra la fattispecie e la sua regolazione (...) perché il dovere di raccogliere il consenso informato rende autonomo e visibile un diritto costituzionalmente garantito all'autodeterminazione consapevole in ogni ambito patrimoniale e non patrimoniale di ogni relazione fra privati"³.

Ciò che tuttavia necessita di un approfondimento è la valutazione dei riflessi che orientamenti maturati in alcuni settori professionali, particolarmente investiti dall'ampliamento dell'area di responsabilità in genere ed in particolare di quella determinata da violazione dei doveri informativi, possono determinare o hanno già determinato in altri ambiti delle professioni intellettuali⁴, e dunque la loro esportabilità e i limiti entro cui ciò sia ammissibile e compatibile in ragione degli interessi protetti.

In un recente scritto del 2016⁵, la questione viene affrontata con particolare riguardo alla responsabilità dell'avvocato e alla possibile estensione ad esso di esiti raggiunti in materia di responsabilità medica per violazione dei doveri informativi.

Dal quadro prospettato nel lavoro e dall'analisi della letteratura sul tema sembrano emergere due differenti filoni concettuali.

Il primo tende a valorizzare l'esigenza di uniformazione della disciplina delle professioni intellettuali al fine di evitare ingiustificate e ingiustificabili disparità di trattamento e, coerentemente con tale premessa logica oltre che giuridica, tende a

¹ Il problema risulta particolarmente evidente nella legislazione consumeristica. Sul tema cfr. V. ROPPO, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul 'terzo contratto')*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, p. 669 ss.

² Cfr. G. VETTORI, *Oltre il consumatore e l'impresa debole, in Il contratto dei consumatori, dei turisti, dei clienti, degli investitori e delle imprese deboli. Oltre il consumatore*, a cura di G. Vettori, I, Padova, 2013, p. 14 s., che ritiene si debba, al contrario, privilegiare, nel ricco sistema delle fonti, la costruzione di un modello rimediabile che coniughi "eguaglianza e singolarità, con gli strumenti consueti dell'analogia, dei principi e delle clausole generali".

³ G. VETTORI, *op. ult. cit.*, p. 9 s., secondo il quale "Il comportamento indirizza l'analisi e la valutazione su una circostanza concreta e non astratta. Non implica il richiamo di una qualità astratta come quella di consumatore, investitore, cliente o professionista, ma impone di esaminare il singolo rapporto e la posizione concreta del contraente".

⁴ Il tema è particolarmente avvertito. Cfr. al riguardo D. COVUCCI e G. PONZANELLI, *Responsabilità civile dell'avvocato: un sistema in evoluzione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, II, p. 421, i quali osservano come, data la posizione centrale che tra i professionisti intellettuali ha assunto il medico nell'elaborazione del "nuovo modello di responsabilità", è legittimo chiedersi se la medesima evoluzione intervenuta nel settore medico si verificherà per le altre professioni intellettuali, ed anche per quella legale. Sul punto v. M. FEOLA, *La responsabilità dei professionisti legali*, in *Danno e resp.*, 2014, p. 1001, secondo la quale, sebbene la responsabilità medica abbia dato vita ad "un sotto-sistema tendenzialmente autonomo", non può escludersi che gli orientamenti che si sono affermati in materia di responsabilità medica possano progressivamente estendersi anche al settore legale, dato che emerge dalla posizione più rigorosa assunta gradualmente dalla Cassazione, la quale tende ad allontanarsi dal modello tradizionale.

⁵ S. MONTICELLI, *Obblighi d'informazione e responsabilità dell'avvocato*, in *Contratti*, 2016, p. 85 ss., il quale affronta il tema nell'ambito di un'analisi più generale, attenta anche all'esperienza tedesca, dedicata agli obblighi informativi dell'esercente la professione legale e alle conseguenze della loro violazione.



sminuire le diversità a favore degli aspetti comuni che le caratterizzano⁶.

Il secondo pone maggiore attenzione alle specificità che ogni attività professionale presenta e sottolinea il rischio connesso a trasposizioni spesso azardate e prive di una giustificazione accettabile⁷.

In questa prospettiva, è tuttavia opportuno chiarire natura e caratteristiche dell'attività svolta allo scopo di valutare se un'eventuale trasposizione sia ammissibile, non avendo, al contrario, utilità un'analisi generalista, la quale finirebbe per essere influenzata più da un dato culturale che da un dato tecnico-giuridico in senso stretto.

L'attenzione sarà, dunque, volutamente incentrata sull'analisi dei profili di responsabilità collegati alla violazione del dovere di informazione e prenderà come riferimento la responsabilità dell'avvocato, rispetto alla quale sicuramente si è in presenza di uno statuto tutto da scrivere dopo i numerosi interventi normativi che hanno inciso decisamente sulla materia delle professioni legali.

L'indagine sarà condotta tenendo conto degli sviluppi che il tema ha avuto nell'area medica, area all'avanguardia nel riconoscimento del ruolo centrale del diritto all'informazione ed autodeterminazione del paziente, dato che appare ulteriormente rafforzato e consolidato dall'adozione della legge 22 dicembre 2017, n. 219 («*Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*»), cui si può assegnare, come giustamente rilevato, il merito di avere definitivamente «dotato di certezza normativa il diritto vigente della relazione di cura elevando al rango di legge quei fondamentali principi che la giurisprudenza ha saputo affermare nel corso degli anni»⁸.

⁶ Cfr. S. MONTICELLI, *op. ult. cit.*, p. 87, che alla nota 8 richiama la recente posizione di C.M. NANNA *Doveri professionali di status e protezione del cliente consumatore*, Bari, 2012, p. 290.

⁷ Sul punto v. S. MONTICELLI, *op. ult. cit.*, p. 87 s., il quale critica quella dottrina minoritaria che ritiene applicabile «*tout court*» la giurisprudenza affermatasi in materia di responsabilità medica alle altre professioni intellettuali senza considerare le specificità del rapporto di cura e le caratteristiche proprie di ogni professione intellettuale. Sul punto cfr. anche S. ARGINE, *La responsabilità dell'avvocato tra certezza morale e probabilità – Il commento*, in *Danno e resp.*, 2015, p. 1065 ss., secondo il quale «condurre una analisi comparativa tra medico e avvocato» equivale «allo stato dell'arte a percorrere un vero e proprio campo minato, col rischio non trascurabile di pervenire a soluzioni incoerenti o, comunque, opinabili dal punto di vista ermeneutico».

⁸ Cfr. M. FOGLIA, *Consenso e cura. La solidarietà nel rapporto terapeutico*, Torino, 2018, p. 2 s., il quale sottolinea come dall'analisi della nuova legge emerga con chiarezza da un lato il carattere «fondativo del consenso» e dunque il suo ruolo centrale nell'ambito del rapporto di cura, che diviene momento essenziale per il confronto medico-paziente, dall'altro il superamento dell'idea del consenso come mero atto di adesione formale al trattamento.

Il fermento presente nel settore della responsabilità medica è di tutta evidenza anche dalla serie di ulteriori interventi normativi che si sono susseguiti negli ultimi anni. Il richiamo è soprattutto

2. Elementi comuni dell'attività professionale del medico e dell'avvocato.

Il discorso deve prendere le mosse dalla natura intellettuale dell'attività svolta in entrambe le ipotesi oggetto di analisi⁹, la quale comporta, tradizionalmente, la riconduzione dell'obbligo del prestatore d'opera tra le obbligazioni di comportamento le cui caratteristiche, nella ricostruzione teorica consolidata in Italia sulla base delle importate dottrine sviluppatesi oltre confine, sono ben conosciute.

Si tratta di ipotesi nelle quali, stante l'incertezza in ordine alla possibilità di raggiungere il risultato che concretamente rappresenta il fine ultimo perseguito dal destinatario dell'attività intellettuale, la valutazione circa l'adempimento del debitore viene effettuato sulla base di un'indagine il cui momento centrale è costituito dalla condotta diligente del professionista¹⁰.

alla recente disciplina introdotta con la legge 8 marzo 2017, n. 24, recante «Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie». La riforma, come è noto, è diretta, nell'intenzione del legislatore, da un lato a superare le numerose problematiche interpretative poste dall'introduzione della legge n. 189/2012 (la c.d. legge Balduzzi), dall'altro a favorire la riduzione del contenzioso e a combattere il fenomeno della c.d. medicina difensiva. Sulla nuova legge v. AA.VV., *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione. Commento sistematico alla legge 8 marzo 2017, n. 24 (cd. Legge Gelli)*, a cura di F. Gelli, M. Hazan, D. Zorzit, Milano, 2017; AA.VV., *Commentario alla legge 8 Marzo n. 24*, a cura di B. Meoli, S. Saica e P. Stanzone, Napoli, 2018; B. MARUCCI, *La riforma sanitaria Gelli-Bianco. Osservazioni in tema di responsabilità civile*, Napoli, 2018.

⁹ Secondo L. NOCCO, *La responsabilità civile dell'avvocato*, in *Danno e resp.*, 2009, p. 303, «i punti di contatto fra la responsabilità del medico e dell'avvocato vanno ben oltre l'essere tali argomenti due semplici «capitoli» della responsabilità del professionista, in quanto toccano le modalità esecutive che questi due settori della responsabilità civile hanno avuto e (...) avranno». L'A. sottolinea come, partendo da trattamenti diversificati nella valutazione della responsabilità delle due categorie professionali, soprattutto nell'ultimo periodo si sia manifestata la tendenza, in entrambi i settori, ad incrementare il rigore verso i professionisti, in ragione di motivazioni non solo giuridiche ma anche sociologiche.

¹⁰ Tale affermazione è ricorrente. Con riferimento alla responsabilità dell'avvocato cfr. per tutte Cass., 8 agosto 2000, n. 10431, in *Rep. Foro it.*, 2000, *Professioni intellettuali*, n. 185, secondo la quale l'obbligazione dell'avvocato è un'obbligazione di mezzi sicché l'indempimento «non può essere desunto senz'altro dal mancato raggiungimento del risultato utile avuto di mira dal cliente, ma deve essere valutato alla stregua dei doveri inerenti allo svolgimento dell'attività professionale e in particolare al dovere di diligenza, il quale trova applicazione, in luogo del criterio tradizionale della diligenza del buon padre di famiglia, nel parametro della diligenza professionale fissato dall'art. 1176, comma 2, c.c., il quale deve essere commisurato alla natura dell'attività esercitata». Si precisa ulteriormente che «la diligenza che il professionista deve impiegare nello svolgimento della sua attività è quella media, in altre parole la diligenza posta nell'esercizio della propria attività dal

Al riguardo, si è sottolineato come nelle obbligazioni di mezzi si “individua (...) in relazione ai vari rapporti professionali una nozione di diligenza-perizia, la cui violazione costituisce negligenza-imperizia, ovvero «colpa professionale»”¹¹.

È ricorrente l'affermazione secondo cui tanto il medico che l'avvocato non possano né debbano, salvi casi particolari, garantire la realizzazione del risultato, mentre per contro sono tenuti a predisporre i mezzi utili ed idonei per consentirne la realizzazione.

Si potrebbe certamente operare una valutazione diversa del problema aderendo a quelle ricostruzioni che cercano di sottolineare come invero la realizzazione del risultato non possa essere espunta dal contratto d'opera professionale¹² e tuttavia, tra falsi problemi e sopravvalutate distinzioni, emerge un dato fattuale fortemente connotato dalla concreta dinamica valoriale che si attua in una logica di bi-

professionista di preparazione professione e di attenzione medie, a meno che la prestazione professionale da eseguirsi in concreto non involga la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà, nel qual caso la responsabilità del professionista è attenuata, configurandosi, secondo l'espresso disposto dell'art. 2236 c.c., solo nel caso di dolo o colpa grave”.

Analoghe affermazioni sono ravvisabili con riferimento all'attività medica: “L'obbligazione che il professionista assume verso il cliente, per effetto dell'accettazione dell'incarico conferitogli (conclusione del contratto d'opera professionale) ha per contenuto (prestazione) lo svolgimento dell'attività professionale necessaria od utile in relazione al caso concreto ed in vista del risultato che, attraverso il mezzo tecnico-professionale, il cliente spera di conseguire (obbligazione di mezzi o di comportamento e non di risultato). Il professionista, dunque, ha il dovere di svolgere l'attività professionale necessaria od utile in relazione al caso concreto ed ha il dovere di svolgerla con la necessaria adeguata diligenza”; cfr. Cass., 18 giugno 1975, n. 2439, in *Giur. it.*, 1975, I, 1, c. 953, con nota di C. LEGA, *In tema di responsabilità civile del medico chirurgo*.

¹¹ V. DE LORENZI, *Obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., XII, Torino, 1995, p. 402.

¹² Cfr. F. PLAGENZA, *La responsabilità professionale dell'avvocato alla luce della casistica*, in *Altalex*, 12 aprile 2017, il quale, richiamando Cass., 8 agosto 1985, n. 4394, sottolinea come da essa emerga che “il c.d. risultato che si vorrebbe espungere dal paradigma delineato da tali norme, ne costituisce pur sempre sostrato imprescindibile, quanto meno nel senso che l'attività da prestarsi con diligenza dal professionista deve essere tesa al suo conseguimento”.

Sul tema v. l'analisi svolta da F.M. BANDIERA, in A. UGAS e F.M. BANDIERA, *Commento all'art. 2230*, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, *Dell'impresa e del lavoro*, a cura di O. Cagnasso e A. Vallebona, IV, Torino, 2014, p. 548, il quale, nell'esaminare la distinzione tra obbligazione di mezzi e di risultato nel contratto d'opera intellettuale, pone “l'attenzione sul contratto e sul suo oggetto”. Secondo l'A., “Se può affermarsi – aderendo all'idea che esista un'obbligazione di soli mezzi e nonostante le notevoli perplessità implicate da una simile dichiarazione – che il risultato nel senso indicato (cioè quale “valore aggiunto” al quale mira il cliente) resti fuori dal contenuto dell'obbligazione, certo non può sostenersi che lo stesso resti fuori dal contratto e dal suo oggetto. La volontà delle parti e dunque gli interessi che la muovono, costituiscono infatti il motore tanto fondamentale quanto imprescindibile delle determinazioni negoziali”.

lanciamento degli interessi operata nel caso singolo sottoposto a indagine, la cui analisi diviene centrale per fornire le risposte di cui si è in cerca.

Solo per comodità del lettore, mi limito a formulare una rapidissima sintesi della genesi della storica distinzione – obbligazioni di mezzi/obbligazioni di risultato – e degli sviluppi più recenti in ordine alla sua tenuta.

Affermatasi nell'esperienza francese¹³, la distinzione obbligazioni di mezzi/obbligazioni di risultato è stata ampiamente utilizzata anche in Italia¹⁴, entrando a pieno titolo tra le distinzioni basilari della nostra scienza giuridica grazie alla raffinata opera di numerosi studiosi che ad essa hanno fatto riferimento o che da essa hanno preso le distanze¹⁵.

L'impiego della categoria ha condotto ad assegnare un diverso peso alla diligenza professionale, determinante per la valutazione

¹³ Cfr. L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*. *Studio critico*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, pp. 185-209, 280-320, 366-396; ed in *Id.*, *Obbligazioni e negozio. Scritti*, II, a cura di C. Castronovo, A. Albanese, A. Nicolussi, Milano, 2011, p. 141 ss. (da cui le successive citazioni); il quale, dopo aver evidenziato come la distinzione tra obbligazioni di risultato e di mezzi “enunciata dal Demogue” sia “diventata un tema alla moda nella dottrina francese” (p.141), sottolinea che “la paternità della distinzione (...) non appartiene al Demogue se non per la terminologia. Molti anni prima la distinzione era stata formulata nella dottrina tedesca e da questa passata anche nella dottrina italiana” (p. 206). Fa notare M. AZZALINI, *Obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato. Categorie giuridiche travisate*, Padova, 2012, p. 8 ss., che sebbene ricorra l'affermazione secondo cui la distinzione sia stata “enunciata e sviluppata dai francesi, (...) ciò è solo approssimativamente corretto” in quanto “Se è vero che la terminologia cui oggi ricorriamo per descrivere il fenomeno, e forse anche una compiuta messa a fuoco del medesimo, sono di derivazione francese, è altrettanto vero che l'individuazione embrionale del problema del dualismo di mezzo e scopo nella teoria dell'obbligazione appartiene certamente alla tradizione giuridica europea nel suo complesso intesa”.

Cfr. D. COVUCCI e G. PONZANELLI, *op. cit.*, p. 423, che ravvisano nell'impiego della categoria “un ottimo esempio di circolazione di modelli giuridici”.

¹⁴ Sul punto cfr. V. DE LORENZI, *op. cit.*, p. 399 s., la quale sottolinea come la distinzione, “Già non sconosciuta alla dottrina italiana (...) fu riproposta (...) sotto la nuova codificazione con rigore critico da un autore (Mengoni). Pur respinta da alcuni, ha assunto nel corso degli anni una certa importanza nel nostro ordinamento, dividendo in due categorie le obbligazioni di fare”.

¹⁵ Per le opere meno recenti ma emblematiche del vivace dibattito sul tema cfr. F. LEONE, *La negligenza nella colpa extracontrattuale e contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1915, p. 100 ss.; G. OSTI, *Revisione critica della teoria sull'impossibilità della prestazione*, *ivi*, 1918, pp. 345 ss., spec. 424 ss.; A. GIOVENE, *L'impossibilità della prestazione e la sopravvenienza*, Padova, 1941, p. 90 ss.; E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1953, p. 111 ss.; L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*. *Studio critico*, in *Riv. dir. comm.*, cit.; U. BRECCIA, *Diligenza, buona fede e attuazione del rapporto*, Milano, 1968, p. 107; G. CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, Milano, 1958, p. 45 ss.; R. NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936, p. 60 ss.; P. SCHLESINGER, *Riflessioni sulla prestazione dovuta nel rapporto obbligatorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1959, p. 1277 ss.



dell'adempimento/inadempimento del professionista nelle obbligazioni di mezzi rispetto a quelle di risultato, nonché a configurare tra le parti un diverso regime dell'onere probatorio consistente, nel primo caso, nella prova dovuta dal creditore della sussistenza di una violazione del dovere di diligenza richiesto, del nesso di causalità e del danno, nel secondo del mancato raggiungimento del risultato dovuto.

In giurisprudenza, come correttamente evidenziato, il criterio distintivo e le relative implicazioni appena ricordate, per lungo tempo, ed ancora oggi, sono impiegate¹⁶.

Tuttavia, soprattutto nelle decisioni più recenti, a causa della crisi della distinzione, si coglie chiaramente la difficoltà non tanto di ricorrere all'impiego della categoria quanto di adottare con coerenza le conseguenze che ad essa dovrebbero ricollegarsi¹⁷.

Ad ogni modo, il radicamento della categoria fa ben comprendere perché, ancora nel panorama dottrinale attuale, essa sia oggetto di vivace dibattito¹⁸. Agli Autori che ad essa ricorrono con convinzione si contrappongono quelli che aspramente la contestano e infine quelli che, non ritenendo opportuno un suo completo superamento, ne affermano un'utilità essenzialmente classificatoria e/o descrittiva¹⁹.

¹⁶ Cfr. M. AZZALINI, *op. cit.*, p. 17, il quale evidenzia come la distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato ha avuto sempre un largo impiego giurisprudenziale dando luogo a volte a soluzioni "bizzarre o quantomeno singolari" mentre più frequentemente è stata utilizzata per operare distinzioni sia in ordine al regime della responsabilità che alla distribuzione dell'onere probatorio. Secondo C. ATTINÀ, *La responsabilità professionale dell'avvocato e la misura della diligenza esigibile*, in *Contratti*, 2014, p. 264, a differenza di altri ambiti delle professioni intellettuali, nella giurisprudenza sulla responsabilità dell'avvocato non sembra riscontrabile un'altrettanta determinazione nel superamento della distinzione.

¹⁷ Cfr. C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, Milano, 2018, p. 556, il quale rileva come nonostante la distinzione si sia continuato a fare uso in giurisprudenza, in realtà, la sua rilevanza fosse smentita, già molto prima del suo formale declino, sul piano della disciplina applicata.

¹⁸ Cfr. M. AZZALINI, *op. ult. cit.*, p. 1, il quale in apertura dello studio dedicato alle obbligazioni di mezzi e di risultati esordisce affermando che la distinzione "Tanto diffusa nell'argomentare pratico, quanto discussa in dottrina, (...) costituisce un tema che periodicamente ritorna al centro dell'attenzione delle Corti e degli autori, alimentando un inesausto dibattito, anche in considerazione della delicatezza delle fattispecie concrete alle quali la partizione in parola viene sovente riferita".

¹⁹ Sul punto cfr. l'opinione di M. FRANZONI, *Dalla colpa grave alla responsabilità professionale*, 2 ed., Torino, 2016, p. 69, secondo il quale la bipartizione tra obbligazione di mezzi e di risultato ha avuto, fin dall'inizio, la funzione di distinguere nell'ambito della generale categoria di obbligazioni quelle di fare dalle altre. Tale funzione non è venuta meno per l'intervenuta unificazione del regime probatorio, in quanto "il valore di questa classificazione dipende dalla sua capacità descrittiva e non invece dal regime di responsabilità conseguente". Sul punto cfr. S. ARGINE, *op. cit.*, p. 1069 s., che, affermato il carattere descrittivo della distinzione, ritiene che la sua inci-

Nel settore della responsabilità dell'avvocato, nonostante l'impiego ancora frequente della distinzione, essa non risulta sempre decisiva per l'individuazione del regime applicabile in materia di onere della prova²⁰. Peraltro, emerge con chiarezza come ai fini della configurabilità della responsabilità dell'avvocato assuma rilievo centrale la dimostrazione della sussistenza del nesso di causalità tra condotta non diligente e danno²¹, profilo su cui sus-

denza non si manifesti tanto sul piano probatorio, quanto sulla valutazione della condotta del professionista in ordine al nesso di causalità, determinante per configurare una sua eventuale responsabilità. Ad avviso dell'A., in tale prospettiva, si dovrà "distinguere tra prestazioni di immediata incidenza causale (nei casi in cui l'inadempimento provoca un danno diretto *in re ipsa*) e prestazioni a causalità incerta o differita (nei casi in cui è necessario un esame approfondito della fattispecie concreta in relazione alla presenza di possibili elementi concausali o interrutivi del nesso di causalità)". L. NOCCO, *op. cit.*, p. 308, il quale ritiene che, sebbene la distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato sia ancora utile al fine di individuare il contenuto dell'obbligazione assunta dal professionista, essa "tende ad essere per certi aspetti superata sul versante che, ai fini pratici, maggiormente interessa, ossia quello della ripartizione degli oneri probatori". Sulla distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato, cfr. F. PIRAINO, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi» ovvero dell'inadempimento incontrovertibile e dell'inadempimento controvertibile*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, p. 83 s.; ID., *Adempimento e responsabilità contrattuale*, Napoli, 2011, p. 509 s.; ID., *Corsi e ricorsi delle obbligazioni «di risultato» e delle obbligazioni «di mezzi»: la distinzione e la dogmatica della sua irrilevanza*, in *Contr.*, 2014, p. 891 s.; G. D'AMICO, *Responsabilità per inadempimento e distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato*, in *Il diritto delle obbligazioni e dei contratti: verso una riforma?*, Atti del Convegno svoltosi a Treviso 23-24-25 marzo 2006 per il cinquantenario della Rivista di diritto civile, Padova, 2006, p. 141 s.

Per un'indagine recente in ordine alla rilevanza della distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato nell'ambito della responsabilità medica cfr. B. MARUCCI, *op. cit.*, p. 16 ss., cui si rinvia anche per i riferimenti bibliografici.

²⁰ Ripercorre l'evoluzione intervenuta in tema di prova dell'inadempimento dell'avvocato, anche alla luce dei più recenti orientamenti giurisprudenziali, R. PLENTEDA, *La responsabilità dell'avvocato*, in *Officina del diritto*, 2012, p. 11 ss., il quale rileva come "da una posizione molto conservatrice, per cui il cliente ha l'onere di provare la difettosa o inadeguata prestazione professionale fornendo la dimostrazione di idonei dati obiettivi in base ai quali il giudice valuterà se l'attività svolta dal professionista possa essere giudicata sufficiente (*ex multis*, vedi Cass., sez. III, 16.4.2007, n. 9238), all'affermazione di un principio diametralmente opposto". La Corte di Cassazione, infatti, "ha dichiarato manifestamente fondato il motivo di ricorso proposto dal cliente, il quale aveva rilevato che – trattandosi di responsabilità contrattuale per inadempimento degli obblighi inerenti il mandato professionale – l'onere di fornire la prova liberatoria da responsabilità era a carico dell'inadempiente e non a carico del cliente danneggiato" (Cass., 8 aprile 2011, n. 8312).

²¹ Sul punto Cfr. C. ATTINÀ, *op. cit.*, p. 254 s., secondo la quale nella responsabilità dell'avvocato l'indagine circa lo svolgimento diligente dell'attività professionale, fondamentale per la distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato, non ha un ruolo determinante giacché si attribuisce importanza decisiva alla sussistenza del nesso di causalità e alla sua prova. Secondo R. PLENTEDA, *op. ult. cit.*, p. 13, una volta superato il *favor* originariamente riconosciuto all'avvocato in ordine alla distribuzione dell'onere probatorio, "La discrasia tra risultato auspicato



siste una notevole diversità di vedute le quali, muovendo dalla più risalente idea, non del tutto superata, della necessità della prova della certezza morale in ordine al diverso e più favorevole esito della causa in assenza del comportamento non diligente, giungono all'applicazione di criteri diversi, che si fondano principalmente su giudizi probabilistici in ordine all'esito del giudizio o, ancora, sulla perdita delle *chances* di vittoria²².

Il quadro risulta, dunque, assai ricco e variegato.

3. I doveri informativi: ruolo della giurisprudenza

È stato in più occasioni evidenziato come il diligente svolgimento dell'attività dell'avvocato richieda un'adeguata conoscenza delle posizioni giurisprudenziali che si sono affermate sulla tematica oggetto dell'incarico professionale²³. In questa logica i giudici hanno avuto modo di chiarire come il corretto svolgimento dell'attività propria del legale impone lo studio e l'esame delle decisioni assunte dalle Corti al fine di poter operare una valutazione circa la sostenibilità e possibilità di accoglimento di una determinata linea difensiva. Sul punto si registrano decisioni le quali, in presenza di un mutamento di indirizzo "interventivo due mesi prima del deposito del ricorso", affermano come sia necessario, al fine di escludere una responsabilità del legale, il fatto che egli abbia effettuato le ricerche giurisprudenziali delle sentenze note "da un mese circa nel servizio del sito *web* della Corte di Cassazione con la pubblicazione del testo integrale della sentenza e di un "abstract" a cura dell'ufficio del massimario"²⁴, da qui le difficoltà in presenza di oscil-

dal cliente-creditore e contenuto degli obblighi facenti capo all'avvocato-debitore, ovviamente non perde per questa via ogni sua rilevanza nella declinazione della fattispecie di responsabilità, ma viene ricondotto più propriamente al nesso di causalità tra inadempimento ed evento dannoso lamentato dal danneggiato".

²² L'accertamento della sussistenza di un nesso causale tra condotta del legale e danno prodotto rappresenta uno degli aspetti maggiormente problematici e controversi. Sul punto cfr. L. NOCCO, *op. cit.*, p. 313 s.; S. ARGINE, *op. cit.*, p. 1067 ss. Rileva M. FEOLA, *op. cit.*, p. 1005, come "Talvolta, quanto più è evidente la condotta negligente dell'avvocato, tanto più è difficile provare che essa sia stata la causa di un danno risarcibile. Un esempio è dato soprattutto da quelle decisioni della Cassazione nelle quali, pur essendosi ravvisata un'evidente negligenza dell'avvocato, che, nel dimenticare di informare il cliente circa la soccombenza, aveva mancato di impugnare la sentenza sfavorevole determinandone il passaggio in giudicato, si esclude che il professionista debba risarcire il danno, non avendo il cliente assolto all'onere di provare che l'impugnazione, «ove proposta, avrebbe avuto concrete possibilità di essere accolta»".

²³ Sul tema cfr. le considerazioni svolte da R. FAVALE, *Contrasto giurisprudenziale ed obbligo dell'avvocato di "seguire la via più sicura"*, in *Giur. it.*, 2014, p. 848 s.

²⁴ R. FAVALE, *op. cit.*, p. 849, che, dopo aver richiamato letteralmente nel testo il passaggio contenuto nella sentenza Cass., 7

lazioni giurisprudenziali e di repentine modifiche di posizioni consolidate. Certamente il problema degli obblighi informativi è inevitabilmente connesso alle incertezze appena evidenziate e presenta una maggiore complessità per gli esercenti l'attività forense rispetto agli esercenti le professioni sanitarie i quali, salve le specificità del caso concreto, devono attenersi, alla luce delle scelte normative più recenti, alle raccomandazioni previste nelle linee guida e, in loro mancanza, alle buone pratiche clinico assistenziali²⁵.

Nell'ambito dell'attività forense si è ad esempio affermato come non sia possibile configurare una responsabilità professionale in presenza di un orientamento giurisprudenziale consolidato, seguito dal legale, che, solo successivamente all'instaurazione della causa, subisca un mutamento, ovvero per contro ravvisare una condotta non diligente del legale qualora avesse dissuaso il cliente dall'intentare una causa in base alla sussistenza di una giurisprudenza contraria che solo successivamente si sia modificata in senso favorevole alla posizione del cliente.

In questa complessa dinamica assume rilievo da un lato la tesi elaborata dalla Cassazione, in caso di diverse posizioni sostenute nella prassi, della scelta della linea difensiva più prudentiale per il cliente²⁶

febbraio 2011, n. 3030, in *Iusexplorer.it* (nota 51), evidenzia come "allorquando il professionista forense nell'adempimento della sua prestazione professionale abbia la sventura di imbatcersi in un mutamento di giurisprudenza della Suprema corte, se questo ha carattere "repentino" e risulti accertato che la decisione sia stata edita integralmente da almeno un mese nel servizio novità del sito *web* della Corte di cassazione, allora l'avvocato ne risponde per la mancata conoscenza".

²⁵ Così prevede l'art. 5, co. 1, della legge 8 marzo, 2017, n. 24, rubricato "Buone pratiche clinico-assistenziali e raccomandazioni previste dalle linee guida". Sul punto fa notare M.L. MISSIAGGIA, *La responsabilità sanitaria. Guida operativa alla riforma Gelli (L. 8 marzo 2017, n. 24, 2017)*, Piacenza, 2017, p. 16, come la previsione presenti "l'indubbio vantaggio di consentire al medico di conoscere in anticipo quali sono i comportamenti da cui può derivare una responsabilità professionale". L'A. precisa come la rilevanza delle linee guida e delle buone pratiche accreditate come criteri di valutazione della responsabilità erano già presenti nella Legge Balduzzi. Tuttavia la legge Gelli, al fine di superare le critiche mosse sul punto alla precedente normativa, ha cercato di fornire criteri di maggiore attendibilità nella determinazione delle linee guida e ha previsto la loro preminenza rispetto alle buone pratiche accreditate (p. 15 ss.). Sulla distinzione tra protocolli, linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica e sulla loro rilevanza giuridica, v. B. MARUCCI, *op. cit.*, p. 91 ss., cui si rinvia anche per i richiami bibliografici sul punto.

²⁶ In tal senso cfr. Cass., 5 agosto 2013, n. 18612, su cui v. il commento di R. FAVALE, *op. cit.*, p. 847, che sottolinea come in presenza di divergenze giurisprudenziali sia meno agevole valutare la diligenza professionale. In tali casi, tuttavia, il legale, al fine di garantire la soddisfazione dell'interesse del cliente, dovrà preferire, tra le varie soluzioni possibili, quella che sia in grado di assicurarli la maggiore tutela.

L'A. sottolinea come la decisione richiamata sia in linea con la posizione assunta dalla giurisprudenza tedesca già a partire dagli anni Trenta del secolo scorso che impone al legale la scelta della soluzione più sicura tra quelle percorribili.



e di quella elaborata in caso di *overruling*, qualora la modifica giurisprudenziale si sia realizzata in modo impreveduto ed imprevedibile, senza precedenti elementi idonei a determinarne una reale percezione da parte del professionista²⁷. Quanto affermato non può non riflettersi sulla valutazione del corretto adempimento degli obblighi informativi facenti capo al legale, i quali sono necessariamente e inscindibilmente collegati con le informazioni di cui egli stesso può disporre allo stato dei fatti e nel momento in cui l'incarico gli viene proposto ed assegnato²⁸. Da ciò deriva una maggiore incertezza e flessibilità del loro contenuto rispetto ai doveri informativi del medico, i quali, per le ragioni già succintamente indicate, sono molto meno sindacabili e sfuggenti. In ogni caso, al di là delle fattispecie appena richiamate, la rilevanza dei doveri informativi emerge con chiarezza nelle numerose decisioni che affermano come “per gli avvocati la responsabilità professionale deriva dall'obbligo di assolvere, sia all'atto del conferimento del mandato, che nel corso dello svolgimento del rapporto, (anche) ai doveri di sollecitazione, dissuasione ed informazione del cliente, ai quali sono tenuti nel rappresentare tutte le questioni di fatto e di diritto, comunque insorgenti, ostative al raggiungimento del risultato, o comunque produttive del rischio di effetti dannosi, di chiedergli gli elementi necessari o utili in suo possesso; a sconsigliarlo dall'intraprendere o proseguire un giudizio dall'esito probabilmente sfavorevole”.

4. Interessi protetti e violazione dei doveri informativi

Ulteriore profilo di riflessione attiene all'individuazione dei beni tutelati ed eventualmente lesi a seguito della violazione dei doveri d'informazione.

Nell'ambito della responsabilità medica si è avuto modo di chiarire come i doveri informativi deb-

bano essere tenuti nettamente distinti dalla correttezza dell'intervento e, secondo le posizioni più avanzate, anche dal suo esito. A seguito di una lunga evoluzione si è infatti giunti a distinguere, non senza difficoltà e alterne vicende, il profilo del danno alla salute da quello riscontrabile in conseguenza della violazione del dovere di informazione. Ho in precedenza avuto modo di chiarire tale differenza e di sostenere la fondatezza della posizione più avanzata che riconosce un diritto al risarcimento del danno da carenza informativa pur in assenza di un danno alla salute²⁹. Il ragionamento si articola chiaramente sulla base dell'individuazione del bene leso e sull'affermazione della distinzione tra lesione della salute e lesione del diritto all'informazione. Un esito che trova attualmente la condivisione di buona parte della dottrina ma che per lungo tempo ha ingenerato equivoci determinati dall'erroneo convincimento che la lesione del diritto alla corretta informazione fosse ravvisabile solo a seguito del peggioramento dello stato di salute. Il nesso di causalità era posto tra inadempimento dell'obbligo informativo e danno alla salute mentre invero il bene oggetto di lesione si sarebbe dovuto correttamente individuare nel diritto all'autodeterminazione³⁰. Appare di tutta evidenza che a fronte dell'impossibilità di acquisire le informazioni necessarie per operare una scelta in piena consapevolezza il diritto costituzionalmente protetto all'autodeterminazione ne risulta leso. Piuttosto rimarrà da chiarire quando in concreto sia configurabile un danno risarcibile, circostanza che, aderendo alla nota giurisprudenza della Corte

²⁹ Sia consentito il rinvio ad A.M. SINISCALCHI, *Consenso informato, mutamento dell'intervento chirurgico e suo esito positivo: vecchi problemi e nuove prospettive*, in Liber amicorum per Bruno Troisi, a cura di C. Cicero e G. Perlingieri, II, Napoli, 2018, p. 1184 ss.; ID., *Il consenso informato nell'attività medica*, in *Diritto privato e interessi pubblici. Scritti in onore del Prof. Lucio Valerio Moscarini*, a cura di N. Corbo, M. Nuzzo e F. Ricci, I, Roma, 2016, p. 371 ss.

³⁰ Sul punto cfr. A. CILENTO, *Oltre il consenso informato. Il dovere di informare nella relazione medico-paziente*, Napoli, 2014, p. 81 ss.; T. PASQUINO, *Consenso e rifiuto nei trattamenti sanitari: profili risarcitori*, in *Resp. civ.*, 2011, p. 168, la quale evidenzia che “Già da tempo una avveduta giurisprudenza ha rilevato come (...) sia possibile individuare due diverse e distinte posizioni di tutela del paziente: l'una rappresentata dal diritto all'autodeterminazione, l'altra, costituita dal diritto alla salute”; C. SCOGNAMIGLIO, *Dignità dell'uomo e tutela della personalità*, in *Giust. civ.*, 2014, p. 84, secondo cui, in caso di violazione del consenso informato, il bene tutelato è “la dignità” e non “la salute”; R. PUCCELLA, *Autodeterminazione e responsabilità nella relazione di cura*, Milano, 2010, p. 32 s., il quale chiarisce che la “difesa del diritto a consentire interventi medici sulla propria persona è altra cosa – protegge altri valori – rispetto alla mera intangibilità del corpo e alla tutela della salute”. Cfr., inoltre, A. BELLELLI, *Disposizioni di fine vita e disposizioni anticipate di trattamento*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, II, p. 86, la quale richiama l'orientamento giurisprudenziale che configura la responsabilità per violazione del consenso informato “a prescindere dalla valutazione della condotta professionale del sanitario nell'esecuzione della prestazione ed anche se il risultato ottenuto non sia lesivo della salute”.

²⁷ Sul tema, cfr. R. FAVALE, *op. cit.*, p. 848 s., il quale osserva come, dall'analisi della giurisprudenza della Corte di Cassazione, la valutazione circa l'esonero del professionista per colpa lieve dipenda dalla circostanza che “l'*overruling*” ossia il mutamento dell'indirizzo giurisprudenziale sia intervenuto in modo “repentino e improvviso”. Diversamente si dovrebbe ritenere qualora, al contrario, l'*overruling* sia il frutto di segnali percepibili dal professionista. Tale distinzione, ad avviso dell'A., risulta chiara nella sua ricostruzione teorica ma suscita perplessità nella sua concreta applicazione. Sul tema cfr. anche C. CONSOLO, *Le Sezioni unite tornano sull'overruling, di nuovo propiziando la figura dell'avvocato «internet-addicted» e pure «veggente»*, in *Giur. Cost.*, 2012, p. 3166 ss.

²⁸ Rilevano tuttavia D. COVUCCI e G. PONZANELLI, *op. cit.*, p. 424, come si possa riscontrare un progressivo ampliamento dei doveri informativi dell'avvocato che, dall'analisi della giurisprudenza più recente, risultano estesi a “tutte le fasi dell'incarico” conferito al professionista. Il quale deve consentire al cliente di valutare i “costi/benefici” collegati all'espletamento dell'attività da svolgere.



di Cassazione, si determina nei casi in cui siano ravvisabili conseguenze pregiudizievoli derivanti dalla suddetta lesione³¹.

Il diritto all'autodeterminazione viene comunque configurato come diritto costituzionalmente protetto, ponendo tutti i noti problemi connessi alla lesione di un diritto fondamentale, in quanto espressione della libertà personale e incardinato nel diritto alla tutela e salvaguardia del bene primario della salute.

Operando sul piano della professione legale viene centrale valutare se il diritto all'autodeterminazione si caratterizzi in modo sostanzialmente analogo a quello configurato in presenza di scelte che attengono alla salute ovvero se, in ragione della natura dell'attività svolta dal legale e degli interessi tutelati, possa o debba essere diversamente ricostruito anche con riguardo alle conseguenze ricollegabili alla sua eventuale violazione³².

³¹ Cfr. Cass., 9 febbraio 2010, n. 2847, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, p. 783 ss., con nota di S. CACACE «*I danni da (mancato) consenso informato*»; e di A. SCACCHI, «*La responsabilità del medico per omessa informazione nel caso di corretta esecuzione dell'intervento non autorizzato*». La Corte precisa che in caso di danno non patrimoniale “secondo i canoni delineati dalle sentenze delle Sezioni unite nn. da 26972 a 26974 del 2008” il risarcimento (...) conseguente alla violazione del difetto di informazione potrà essere riconosciuto purché il diritto sia stato “inciso oltre un certo livello minimo di tollerabilità da determinarsi dal giudice nel bilanciamento tra principio di solidarietà e tolleranza”. Analizza la sentenza e sottolinea come l'autonomia del diritto all'autodeterminazione “in se stesso considerato” sia “declamata con forza”, R. PUCCELLA, *op. cit.*, p. 108.

³² Secondo M. FRANZONI, *Dalla colpa grave alla responsabilità professionale*, cit., p. 245, “È vero che un obbligo informativo così puntuale è ritagliato a misura dei soli professionisti medici, ma è altrettanto vero che soltanto questi professionisti operano sulla persona della vittima”.

Tale circostanza, come è noto, ha peraltro condotto al lungo e articolato dibattito circa l'intrinseca liceità o meno dell'attività medica ed al ruolo, in tale prospettiva, da assegnare al consenso prestato dal paziente. Sul punto cfr. M. PARADISO, *La responsabilità medica: dal torto al contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, p. 344; M. BILANCETTI, *Il consenso informato: prospettive nuove di responsabilità medica*, in *Il danno risarcibile*, a cura di G. Vettori, II, Padova, 2004, p. 1006; C. LALANNE e V. LANDI, *Gli aspetti generali del consenso al trattamento sanitario*, in *La responsabilità medica. Le responsabilità contrattuali ed extra-contrattuali, per colpa ed oggettive, del medico e degli enti sanitari (privati e pubblici)*, a cura di U. Ruffolo, Milano, 2004, p. 227, secondo i quali “il consenso espresso dal paziente, quanto la conseguente attività terapeutica posta in essere dal medico, non sono fattori di liceità di una lesione dei diritti personali del malato, bensì sono funzionali al pieno esercizio, da parte di quest'ultimo, del proprio fondamentale diritto alla salute”; G. FACCI, *Il rifiuto del trattamento sanitario: validità e limiti*, in *Contr. impr.*, 2006, p. 1674, il quale sottolinea come attraverso il consenso all'atto medico il paziente “esercita un proprio diritto di rilievo costituzionale” sicché “il medico che cura una persona non viola la sua integrità anatomico-funzionale (...) bensì esegue e attua la sua libera volontà, espressione del diritto di autodeterminazione”.

Affronta di recente il tema M. FRANZONI, *Dalla colpa grave alla responsabilità professionale*, cit., p. 251 ss.

In giurisprudenza su posizioni opposte App. Genova, 5 aprile 1995, in *Danno e resp.*, 1996, p. 215, che ritiene illecito il trat-

In questa prospettiva può collocarsi il quesito posto in dottrina circa la possibilità di ritenere applicabile alla responsabilità dell'avvocato³³ “il più rigoroso indirizzo oggi esistente in materia di responsabilità medica, secondo il quale il solo inadempimento dell'obbligo d'informazione assume di per sé «valenza causale sul danno o sui danni subiti dal paziente» anche là dove l'«atto terapeutico necessario» sia stato «correttamente eseguito secondo le regole dell'arte»”. Alla domanda si è risposto “che tale regola non sembra suscettibile di un'automatica trasposizione nell'ambito di una responsabilità che produce conseguenze dannose essenzialmente patrimoniali, se è vero che la stessa giurisprudenza considera il diritto al consenso informato come un «vero e proprio diritto della persona» che trova il suo fondamento, a sua volta, in «due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute, al punto che deve essere ritenuto un principio fondamentale in tema di tutela della salute»³⁴.

Il ragionamento così condotto suscita tuttavia perplessità e richiede un ulteriore approfondimento.

L'affermazione appena richiamata è tratta dalla sentenza della Corte di Cassazione del 28 luglio 2011, n. 16543, la quale riproduce nella sostanza la posizione della Corte Costituzionale del 23 dicembre 2008, n. 438, secondo la quale “il consenso informato (...) pone in risalto la sua funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute, in quanto se è vero che ogni individuo ha il diritto ad essere curato, egli ha altresì il diritto di ricevere le oppor-

tamento medico in assenza del consenso del paziente e precisa che è “il consenso, quale causa di giustificazione, che fa venir meno l'antigiuridicità del fatto lesivo e segna il limite iniziale e finale della liceità” e Cass., 23 maggio 2001, n. 7027, in *Foro it.*, 2001, I, c. 2506, secondo la quale “l'attività medica trova fondamento e giustificazione, nell'ordinamento giuridico, non tanto nel consenso dell'avente diritto (art. 51 c.p.), come si riteneva nel passato, poiché tale opinione, di per sé, contrasterebbe con l'art. 5 c.c., in tema di divieto degli atti di disposizione del proprio corpo, ma in quanto essa stessa legittima, volta essendo a tutelare un bene costituzionalmente garantito, qual è quello della salute”. In senso conforme, Cass., 25 novembre 1994, n. 10014, *ivi*, 1995, I, c. 2913; ed in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, I, p. 937, con nota di G. FERRANDO, *Chirurgia estetica, “consenso informato” del paziente e responsabilità del medico*. Ripercorre l'evoluzione della giurisprudenza sul punto R. CAMPIONE, *Trattamento medico eseguito lege artis in difetto di consenso: la svolta delle S.U. nella prospettiva civilistica*, in *Resp. civ.*, 2009, p. 893 s.

³³ M. FEOLA, *op. cit.*, p. 1004. Sul punto cfr. anche S. MONTICELLI, *op. cit.*, p. 87, il quale, nell'osservare come sia opportuno prediligere “un approccio e risposte differenziate in tema di responsabilità”, sembra condividere nella nota 9 del suo scritto l'opinione espressa, nel lavoro appena citato, da M. FEOLA, che ritiene non trasponibile in modo automatico nell'ambito della responsabilità dell'avvocato l'idea, maturata nel settore medico, secondo cui il solo inadempimento dell'obbligo d'informazione è causa del danno anche in presenza di un atto terapeutico necessario ed eseguito correttamente.

³⁴ M. FEOLA, *op. loc. ult. cit.*

tune informazioni (...) che devono essere le più esaurienti possibili, proprio al fine di garantire la libera e consapevole scelta del paziente e, quindi, la sua stessa libertà personale”³⁵.

Si tratta, invero, di decisioni che attengono a fattispecie nelle quali il consenso informato riguarda l'assunzione di scelte che attengono alla salute e pertanto non può meravigliare il richiamo ai due diritti fondamentali, quello all'autodeterminazione e quello alla salute.

È tuttavia evidente come, oltre alla tesi dell'indipendenza del danno da lesione del diritto all'informazione rispetto a quello da non corretta esecuzione della prestazione medica³⁶, emerga, con la nota e già richiamata sentenza della Corte di Cassazione del 9 febbraio 2010, n. 2847, che “la mancanza del consenso può assumere rilievo a fini risarcitori, benché non sussista lesione alla salute (...) o se la lesione della salute non sia causalmente ricollegabile alla lesione di quel diritto, quante volte siano configurabili conseguenze pregiudizievoli (di apprezzabile gravità, se integranti un danno non patrimoniale) che siano derivate dalla violazione del diritto fondamentale all'autodeterminazione in se stesso considerato”³⁷.

Da questo ragionamento, confermato in numerose decisioni successive, risulta chiaramente come si sia compiuto il processo di autonomizzazione del diritto alla salute dal diritto all'autodeterminazione³⁸, circostanza evidente nei

³⁵ Cass., 28 luglio, 2011, n. 16543, in *Danno e resp.*, 2012, p. 625; Corte Cost., 23 dicembre 2008, n. 438, in *Foro it.*, 2009, I, c. 1328. Sul punto M. FEOLA, *op. loc. ult. cit.*, e nota 228.

³⁶ Sul tema cfr. G. GUERRA, *Lo «Spazio risarcitorio» per violazione del solo diritto all'autodeterminazione del paziente. Note a margine di un percorso giurisprudenziale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, p. 620 ss.

³⁷ La sentenza è citata alla nota 34, cui si rinvia.

³⁸ Di recente cfr. Cass., 5 luglio 2017, n. 16503, in *Guida al diritto*, 2017, p. 89, dove, seppure con riferimento ad una fattispecie nella quale l'intervento correttamente eseguito aveva determinato un esito negativo per la salute del paziente, si afferma ancora una volta che “l'acquisizione da parte del medico del consenso informato costituisce prestazione altra e diversa da quella dell'intervento medico richiestogli, assumendo autonoma rilevanza ai fini dell'eventuale responsabilità risarcitoria in caso di mancata prestazione da parte del paziente (cfr. Cass., 16.5.2013, n. 11950); e si tratta, in definitiva, di due diritti distinti (Cass., 6.6.2014, n. 12830): il consenso informato attenendo al diritto fondamentale della persona all'espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico (Corte Cost., n. 438 del 2008) e quindi alla libera e consapevole autodeterminazione del paziente, atteso che nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge (...); il trattamento medico terapeutico ha viceversa riguardo alla tutela del (diverso) diritto fondamentale alla salute”.

La sentenza merita di essere ulteriormente menzionata per le modalità con cui regola la distribuzione dell'onere probatorio tra le parti. La Corte, dopo aver individuato i danni conseguenza riconducibili alla violazione del consenso informato, opera

casì in cui vi sia lesione del diritto all'autodeterminazione ma non del diritto alla salute, ipotesi che ricorre “quando manchi il consenso ma l'intervento terapeutico sortisca un esito assolutamente positivo”³⁹.

Tale risultato, se condiviso, quand'anche occasionato da decisioni assunte nell'ambito della responsabilità medica, non può essere contestato in altri settori professionali perché diversamente si fi-

una distinzione in base al grado di probabilità, più o meno elevato, che i danni si producano. In tale ricostruzione la Corte giunge ad affermare che i danni rappresentati “dalla sofferenza e dalla contrazione della libertà di disporre di sé stesso, psichicamente e fisicamente, patiti dal paziente in ragione dello svolgimento sulla sua persona dell'esecuzione dell'intervento durante la sua esecuzione e nella relativa convalescenza” devono ritenersi una conseguenza statisticamente ordinaria, pertanto possono di regola considerarsi esentati “da prova specifica, salvi la contestazione della controparte o l'onere dell'allegante che intenda giovare di fatti ancora più favorevoli a sé”. Solo “mano a mano che ci si allontana dalla sequenza causale normale e che si amplia il ventaglio di opzioni liberamente percorribili o di esiti possibili, occorre un'allegazione prima - ed una prova poi - sempre più puntuale e specifica”.

³⁹ Cfr. Cass., 13 aprile 2018, n. 9179, in www.dirittoegiustizia.it, la quale ribadisce “l'autonoma rilevanza, ai fini di una eventuale responsabilità risarcitoria, della mancata prestazione del consenso da parte del paziente al trattamento medico”. Al riguardo la Corte di Cassazione afferma che “la violazione, da parte del medico, del dovere di informare il paziente, può causare due diversi tipi di danni: un danno alla salute, sussistente quando sia ragionevole ritenere che il paziente, su cui grava il relativo onere probatorio, se correttamente informato, avrebbe evitato di sottoporsi all'intervento e di subirne le conseguenze invalidanti; un danno da lesione del diritto all'autodeterminazione, predicabile se, a causa del deficit informativo, il paziente abbia subito un pregiudizio, patrimoniale oppure non patrimoniale (ed, in tale ultimo caso, di apprezzabile gravità), diverso dalla lesione del diritto alla salute”.

La Corte, dopo aver chiarito quali sono le concrete manifestazioni di esercizio del diritto all'autodeterminazione, indica sia le situazioni che possono verificarsi in caso di violazione del dovere d'informazione sia le conseguenze che si determinano sul piano risarcitorio. In particolare, nell'ipotesi di assenza di danno alla salute ma di lesione del diritto all'autodeterminazione, la decisione ribadisce che il risarcimento del danno dovrà essere determinato sul piano equitativo e dovrà ritenersi sussistente ogni volta in cui il paziente abbia subito le conseguenze dell'intervento senza la consapevolezza necessaria per affrontarle, sempre che il danno non patrimoniale superi la soglia di gravità dell'offesa, così come configurata dalle note decisione della Corte di Cassazione del 2008. Con riferimento all'onere probatorio la sentenza afferma che “il risarcimento del danno da lesione del diritto di autodeterminazione che si sia verificato per le non imprevedibili conseguenze di un atto terapeutico, necessario e correttamente eseguito *secundum legem artis*, ma tuttavia effettuato senza la preventiva informazione del paziente circa i suoi possibili effetti pregiudizievoli e dunque senza un consenso consapevole prestato, potrà conseguire alla allegazione del relativo pregiudizio ad opera del paziente, onerato della relativa prova (...), che potrà essere fornita anche mediante presunzioni (...), fondate, in un rapporto di proporzionalità inversa, sulla gravità delle condizioni di salute del paziente e sul grado di necessità dell'operazione”.

nirebbe per riproporre l'errore del passato, negando una rilevanza autonoma al diritto all'autodeterminazione, che, invece, deve essere riconosciuta sia quando l'adempimento dell'obbligo alla corretta e completa informazione sia funzionale ad assumere una scelta relativa alla salute, sia quando sia funzionale ad una scelta differente, quale può essere quella di intentare o non intentare, proseguire o rinunciare ad una azione giudiziaria.

Ulteriore aspetto da analizzare è quello relativo al tipo di danno configurabile nel caso dell'attività dell'avvocato che, secondo la tesi richiamata e non condivisa, sarebbe "essenzialmente" di carattere patrimoniale.

In primo luogo vorrei sottolineare che una cosa è ritenere il danno "essenzialmente" patrimoniale altra cosa è affermarne il carattere "esclusivamente" patrimoniale.

Ritenere il danno essenzialmente patrimoniale sarebbe sufficiente per chiedersi se il ragionamento svolto per i c.d. danni patrimoniali possa estendersi anche a quelli che patrimoniali non sono. Il che dovrebbe quanto meno condurre ad un'analisi distinta delle due ipotesi prima di pervenire ad una risposta convincente.

E qui mi limito ad offrire uno spunto di riflessione ricordando sia le ipotesi in cui si ritiene configurabile il risarcimento di danni non patrimoniali a tutela di specifici interessi delle parti, anche non patrimoniali, lesi a seguito dell'inadempimento del professionista agli obblighi derivanti dal contratto d'opera intellettuale; sia il problema dell'ammissibilità di un risarcimento del danno non patrimoniale in presenza della lesione di valori o interessi della persona di rilevanza costituzionale quali il diritto di difesa, il diritto al giusto processo o alla protezione dei dati personali⁴⁰.

⁴⁰ Sul tema cfr. R. PLETENDA, *I danni non patrimoniali cagionati dall'avvocato*, in *La Resp. Civ.*, 2009, p. 242 ss., il quale evidenzia come, sebbene l'attenzione maggiore sia riservata alle ipotesi in cui il professionista, a causa della condotta negligente, perda la causa determinando danni patrimoniali al cliente, non può non porsi anche il problema della risarcibilità dei danni non patrimoniali riconducibili alla condotta errata del legale. L'A. svolge il ragionamento operando una distinzione tra danni non patrimoniali conseguenti alla violazione di specifici interessi e danni non patrimoniali conseguenti alla violazione di diritti assoluti della persona, quali il diritto alla difesa, alla ragionevole durata del processo e alla protezione dei dati personali. Sul punto cfr., tuttavia, le considerazioni di M. FRANZONI, *Dalla colpa grave alla responsabilità patrimoniale*, cit., p. 308, il quale propende per la tesi che l'errore professionale del legale non determini mai la lesione del diritto di difesa salvo che l'errore abbia causato, in ipotesi, l'adozione di un provvedimento limitativo della libertà personale, circostanza che consentirebbe la richiesta di risarcimento del danno non patrimoniale proprio perché la condotta sarebbe lesiva di una posizione della persona protetta costituzionalmente. L'A. precisa che "La libertà personale è soltanto il caso più macroscopico che può riguardare la lesione di valori della persona di interesse costituzionale (...), l'esercizio di tutte le azioni riconducibili al diritto di famiglia, ivi comprese quelle di stato, sono da ricon-

Al riguardo il pensiero va alla nota giurisprudenza della Cassazione, espressa nelle c.d. sentenze gemelle⁴¹, la quale ha chiarito, grazie ad una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. ed al "ripensato collegamento" tra esso e l'art. 185 c.p.⁴², come un danno non patrimoniale sia configurabile ogni volta che sia comunque in gioco la lesione di un diritto della persona costituzionalmente garantito.

5. Fonti degli obblighi informativi delle professioni regolamentate

L'obbligo d'informazione per le professioni regolamentate è stato previsto in via generale dall'art. 9, comma 4 della legge 24 marzo 2012, n. 27, che ha convertito con varie modifiche il d.l. 24 gennaio 2012, n. 1. Secondo la richiamata disposizione "Il professionista deve rendere noto al cliente il grado di complessità dell'incarico, fornendo tutte le informazioni utili circa gli oneri ipotizzabili dal momento del conferimento fino alla conclusione dell'incarico e deve altresì indicare i dati della polizza assicurativa per i danni provocati nell'esercizio dell'attività professionale. In ogni caso la misura del compenso è previamente resa nota al cliente con un preventivo di massima, deve essere adeguata all'importanza dell'opera e va pattuita indicando per le singole prestazioni tutte le voci di costo, comprensive di spese, oneri e contributi". Tale norma è stata parzialmente modificata dall'art. 1, comma 150, della legge 4 agosto 2017, n. 124 ("Legge annuale per il mercato e la concorrenza"), il quale ha disposto che le informazioni da fornire al cliente devono essere rese "obbligatoriamente in forma scritta o digitale". Peraltro, sempre nell'ottica del rafforzamento dei doveri informativi nell'art. 1, comma 152, si stabilisce che «al fine di assicurare la trasparenza delle informazioni nei confronti dell'utenza, i professionisti iscritti ad ordini e collegi sono tenuti ad indicare e comunicare i titoli posseduti e le eventuali specializzazioni».

Le previsioni ampie e generali introdotte dalle norme appena richiamate sono pienamente condivisibili giacché la presenza di un'asimmetria informa-

durre in questa categoria. In tutti i casi nei quali l'errore professionale pregiudica irrimediabilmente un diritto della personalità o comunque la formazione della personalità del cliente, si può ritenere che l'avvocato sia tenuto al risarcimento del danno non patrimoniale, secondo la lettura costituzionale dell'art. 2015 c.c.". Sul danno non patrimoniale che deriva dalla responsabilità professionale dell'avvocato cfr. G. FACCI, *La responsabilità civile del professionista*, in *I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale*, collana diretta da F. Galgano, Padova, 2006, p. 927 ss.

⁴¹ Cass., 31 maggio 2003, n. 8828 e Cass., 31 maggio 2003, n. 8827, in *Corriere giur.*, 2003, p. 1071.

⁴² Così M. FRANZONI, *op. ult. cit.*, p. 307.



tiva non può che comportare l'esigenza di un riequilibrio, la cui soddisfazione inevitabilmente passa attraverso l'informazione. Più complesso è stabilire quanto la peculiarità della singola attività professionale incida sul contenuto e sull'ampiezza dell'informazione e soprattutto valutare, come già sottolineato, se i risultati raggiunti negli ambiti professionali tradizionalmente più sensibili al problema possano essere utilmente impiegati in altri settori professionali. Il punto di partenza certamente deve muovere dall'analisi delle normative di settore e dalle indicazioni contenute nei codici deontologici delle professioni intellettuali.

Non intendo in questa sede dilungarmi sulla rilevanza assegnata a questi codici dal punto di vista strettamente normativo. Chi ha studiato il tema più volte ha evidenziato e analizzato con ricchezza di argomentazioni la complessa e dubbia questione della rilevanza giuridica che essi hanno nell'ambito del sistema delle fonti⁴³. Ciò che tuttavia emerge dall'esame della giurisprudenza è la tendenza ad assegnare ad essi sempre maggiore importanza fino a fargli acquisire rilevanza non solo come strumenti di integrazione dei principi di correttezza e buona fede ma anche come parametri diretti su cui fondare il giudizio di responsabilità professionale⁴⁴. L'importanza, comunque, ad essi riservata in questi ultimi anni appare indubbiamente crescente e non è un caso che i nuovi codici deontologici abbiano acquisito in sede di aggiornamento contenuti sempre più specifici⁴⁵ e che peraltro in essi l'idea del consenso e dell'informazione del destinatario della pre-

stazione professionale sia sempre più marcata⁴⁶. L'evoluzione del codice di deontologia medica ne è un esempio evidente ma quello dell'ordine degli avvocati sotto questo profilo, come avrò modo di precisare, ha indubbi profili di novità. I quali, come s'è detto, denotano il cambiamento culturale di cui la disciplina giuridica, in questo caso, appare uno specchio fedele.

Prima di esaminare nel merito le norme del codice deontologico degli avvocati intendo svolgere qualche ulteriore considerazione sull'essenza del diritto all'informazione nella sua accezione più ampia, prescindendo, almeno per il momento, dalla specificità delle realtà professionali dove ad esso, con sempre maggiore frequenza, si fa riferimento. Riflessione che sembra inevitabilmente sollecitata dall'esteso ambito applicativo delle disposizioni richiamate.

In questa prospettiva, ragionare sui principi generali rende, almeno apparentemente, più agevole il percorso giacché il diritto alla scelta consapevole, il c.d. diritto all'autodeterminazione, se pure non espressamente codificato nella Costituzione, è stato riconosciuto e ricondotto tra i diritti a rilevanza costituzionale e viene tutelato in tutte le sue varie declinazioni. Così la scelta consapevole rende necessaria un'adeguata informazione e pone l'esigenza di assicurare tutela al "diritto ad essere informati" e ad esprimere un "consenso" ragionato e dunque "consapevole". Informazione, consenso, autodeterminazione entrano in gioco come espressione di un più generale diritto di libertà della persona nella sua varietà di articolazioni. Fatta questa premessa non può tuttavia negarsi la diversa valutazione che può trarsi dalla considerazione del legame funzionale tra diritto all'informazione, oggetto dell'informazione, e bene da tutelare mediante l'informazione. Sicché, sul piano applicativo, affermare la rilevanza generale del diritto all'autodeterminazione e all'informazione e riconoscere una responsabilità in caso di sua violazione non equivale ad individuare una disciplina unitaria e non consente, senza prima averne verificato la compatibilità, un'automatica estensione degli esiti raggiunti in specifici settori delle professioni intellettuali ad altri ambiti professionali.

⁴³ Sul punto cfr. B. VIMERCATI, *Consenso informato e incapacità. Gli strumenti di attuazione del diritto costituzionale all'autodeterminazione terapeutica*, Milano, 2014, p. 60 ss., la quale evidenzia la incerta rilevanza delle norme deontologiche nel sistema delle fonti e ripercorre le principali tesi elaborate sul punto. Analizza le posizioni assunte dalla Cassazione sulla natura giuridica delle norme deontologiche A. MOSCARINI, *Fonti dei privati e globalizzazione*, Roma, 2015, p. 70 ss., secondo la quale "il fenomeno dell'autodisciplina degli ordini professionali (...) si colloca (...) in una condizione intermedia tra la sostituzione della fonte privata a quella pubblica ed il rinvio che fonti di natura pubblica facciano ad organismi rappresentativi di interessi collettivi" (p. 63).

⁴⁴ Osserva F. CAFAGGI, *Responsabilità del professionista*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XVII, Torino, 1998, p. 148 s., come "in talune pronunce, specialmente di merito, sembrerebbe configurata un'ipotesi di applicazione diretta della norma deontologica al giudizio di responsabilità".

⁴⁵ Per una ricognizione delle regole di *soft law* presenti nei vari settori professionali cfr. M. FRANZONI, *Dalla colpa grave alla responsabilità professionale*, cit., p. 6 ss., il quale evidenzia che "il diritto, inteso come *ius*, come precetto da applicare, è sempre più il risultato di un'attività complessa che l'interprete deve compiere all'interno del sistema di fonti, ripartito in diversi gradi e livelli, talvolta comprensivi pure della *soft law* (...) Questa conclusione (...) vale per tutte le professioni, dal momento che le regole dell'arte alle quali confrontare la condotta tenuta in concreto da qualsiasi professionista sono contenute in una normativa secondaria (...) fuori del novero delle norme di diritto positivo in senso stretto".

⁴⁶ Sottolinea M. FRANZONI, *op. ult. cit.*, p. 6 s., che "l'attività dei professionisti è sempre più interessata da una cospicua normativa di settore non riconducibile al diritto positivo propriamente inteso", considerazione che muove proprio dalla "nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense": la l. 31 dicembre 2012, n. 247, in 67 articoli infatti "menziona la parola "deontologia" ben 21 volte". Sulla rilevanza delle norme deontologiche l'A. afferma che "Tecnicamente le regole di deontologia appartengono al genere della normativa secondaria, diversa anche dagli usi, che mal si coniuga con l'idea di diritto positivo".



6. Fonti dell'obbligo d'informazione dell'avvocato.

Il settore della professione forense si è caratterizzato, in questi ultimi anni, per una serie di interventi diretti a rafforzare, rispetto al passato, i doveri informativi che gravano sul legale.

In particolare, in tale contesto si colloca l'art. 13, rubricato "Conferimento dell'incarico e compenso", della legge 31 dicembre 2012, n. 247 (Nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense), il quale, dopo la modifica intervenuta con il comma 141, lett. d, della L. n. 124/2017, dispone al comma 5 che "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; 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"⁴⁷. Una specifica norma, l'art. 27, è inoltre dedicata ai doveri informativi dell'avvocato nell'ultima formulazione del codice deontologico⁴⁸. Gli obblighi di informazione, peraltro, erano previsti anche nel vecchio codice e dunque rientravano già nell'ambito del "patrimonio professionale dell'avvocato"⁴⁹.

Tuttavia da tale disposizione risulta ancora più chiaramente come il dovere di informazione - parte integrante del contratto di prestazione d'opera professionale - non si esaurisca in un momento puntuale ma attenga a tutto lo svolgimento del rapporto contrattuale, dato che si evince dall'analisi delle

⁴⁷ È obbligatorio per l'avvocato fornire il preventivo scritto al cliente, che non è più tenuto a farne « richiesta»; la L. 124/2017 (entrata in vigore il 29 agosto 2017), all'art. 1, comma 141, lettera d) ha infatti cancellato, dall'art. 13, comma 5, della legge professionale forense n. 247/2012 le parole «a richiesta».

Tra i doveri di informazione da comunicare al cliente relativi al grado di complessità della causa o della prestazione da svolgere rientrano le informazioni sul carattere routinario o meno della questione sottoposta al legale, con la precisazione del livello di difficoltà della causa; tra gli oneri ipotizzabili le udienze, la redazione di atti quali comparse, memorie, le consulenze tecniche, la chiamata in causa di terzo, il contributo unificato, le spese di notifica, le spese di trasferta. Naturalmente alcuni degli oneri richiamati saranno qualificabili tra le attività necessarie, altri saranno eventuali in quanto non sempre prevedibili giacché collegati allo sviluppo processuale e ai comportamenti delle altre parti del giudizio. Sul punto cfr. G. COLAVITI, R. CREMONINI, S. IZZO, A. SCHILLACI, *Le professioni regolamentate nel decreto "Cresci Italia"*, cit., p. 15 s.

⁴⁸ Il richiamo è al Nuovo Codice deontologico forense (in vigore dal 16/12/2014). Approvato dal Consiglio nazionale forense nella seduta del 31 gennaio 2014 e pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale - Serie Generale - n. 241 del 16.10.2014. In particolare l'art. 27 è specificatamente dedicato ai profili informativi ed è rubricato "Doveri di informazione":

⁴⁹ Così G. CAMBOGI, *La nuova deontologia forense e il procedimento disciplinare*, in *Officina del diritto*, 2014, p. 30.

ipotesi tipizzate dalla norma, che se per un verso attengono ad informazioni dovute proprio "all'atto di assunzione dell'incarico" per altro verso assumono i caratteri di obblighi c.d. continuativi in quanto devono essere adempiuti più volte nel corso della causa quando il processo informativo, in ragione delle modalità di svolgimento dell'attività del legale, lo renda necessario per la sua piena realizzazione: si pensi ad esempio al dovere dell'avvocato di informare il cliente e la parte assistita sullo svolgimento del mandato a lui affidato quando gli sia richiesto, (art. 27, comma 6). o al dovere di "comunicare alla parte assistita la necessità del compimento di atti necessari ad evitare prescrizioni, decadenze o altri effetti pregiudizievoli relativamente agli incarichi in corso" (art. 27, comma 7).

La specifica disposizione appena richiamata, peraltro, non esaurisce gli obblighi informativi che gravano sul legale nei confronti della parte assistita in base al codice deontologico giacché altre esigenze informative emergono dall'art. 32 che, nell'ipotesi di rinuncia al mandato da parte del legale, pone l'obbligo per il professionista di fornire tutte le informazioni necessarie per evitare di creare pregiudizi alla parte assistita nonché di informarla delle comunicazioni e notificazioni che eventualmente dovessero pervenirgli, sancendo così il principio di sussistenza dell'obbligo informativo anche dopo la rinuncia all'incarico, e dall'art. 35, rubricato "Dovere di corretta informazione", relativo alle notizie che il legale è chiamato a comunicare in ordine alla propria attività professionale, nel rispetto dei "doveri di verità, correttezza, trasparenza, segretezza e riservatezza".

A tali previsioni si affianca la disciplina sugli obblighi informativi previsti in materia di mediazione dall'art. 4 comma 3 del D.l. 4 marzo 2010, la cui violazione è sanzionata con l'annullabilità del contratto tra avvocato e assistito, norma reintrodotta, dopo l'intervento della Corte Costituzionale⁵⁰, con l'art. 84, comma 1, del D.L. n. 69 del 2013, convertito con la legge del 9 agosto 2013, n. 98⁵¹.

Ugualmente doveri di informazione sono previsti a carico del legale al fine di rendere nota alla parte la possibilità di ricorrere alla convenzione di negoziazione assistita⁵².

Dal quadro generale richiamato, sebbene non esaustivo, può dunque affermarsi che l'informazione, anche nel settore della professione

⁵⁰ Corte Cost., 6 dicembre 2012, n. 272, in www.altalex.com. Sul punto cfr. S. MONTICELLI, *op. cit.*, p. 87, il quale richiama le vicende "che ha subito la norma in questione a seguito della sentenza della Corte cost. 6 dicembre 2012, n. 272 e poi del c.d. "Decreto del fare", convertito, con modificazioni dalla L. 9 agosto 2013, n. 98".

⁵¹ Sul punto si rinvia al lavoro di S. MONTICELLI, *op. ult. cit.*, p. 95 ss.

⁵² V. art. 2, comma 7, d.l. 12 settembre 2014, n. 132, convertito dalla legge 10 novembre 2014, n. 162.



legale, non diversamente da quanto accade nel settore medico, diviene lo strumento indispensabile per consentire al destinatario di essa una piena consapevolezza in ordine alle scelte da effettuare. Tali scelte, in quanto possano essere correttamente assunte, richiedono non solo che l'informazione sia fornita, ma che sia fornita nel rispetto dei requisiti necessari per renderla funzionale allo scopo cui è diretta. Sicché anche qui, come nelle ipotesi di responsabilità medica, un'eventuale responsabilità per violazione dei doveri di informazione può derivare non solo dalla sua omissione ma dalla circostanza che essa sia incompleta o erronea⁵³.

7. Contenuto e ampiezza dell'obbligo di informazione dell'avvocato.

Nell'ambito della scienza medica, si è a lungo analizzato il tema dell'ampiezza e del contenuto degli obblighi informativi. La letteratura assai vasta è corredata da un'altrettanto ricca giurisprudenza che ha avuto il compito di dare concretezza al principio, ricavabile da varie disposizioni del sistema, secondo cui l'informazione deve essere correttamente fornita nonché deve essere tale da assicurare un pieno processo di conoscenza in vista dell'effettuazione delle scelte da compiere.

Sotto questo profilo, se è evidente che l'informazione dovuta dall'avvocato, essendo strettamente ed intrinsecamente connessa alla natura dell'attività svolta, non può essere assimilabile nel contenuto a quella dovuta dal medico, è pur vero che molti degli orientamenti consolidatisi nell'ambito medico sono riproponibili anche per la professione legale, in ragione della portata generale che li caratterizza. Ad esempio, possono ritenersi estensibili, al fine di verificare l'idoneità dell'informazione allo scopo cui è diretta, i criteri utilizzati per valutare l'incidenza nel giudizio di responsabilità della qualità soggettiva del destinatario dell'informazione ovvero quelli per accertare la reale comprensione dell'informazione, indipendentemente dalla mera acquisizione formale del consenso al compimento dell'attività del professionista. Sotto il primo aspetto, è noto come in materia di responsabilità medica sia stato in più occasioni evidenziato come la qualità soggettiva del paziente può incidere sulla modalità dell'informazione⁵⁴ ma non può giustificare una sua omissione o incompletezza. Nella stessa linea di continuità ideale si pongono le deci-

sioni, come quella che si richiama a titolo esemplificativo, secondo cui l'avvocato non può essere esonerato dalla prova di aver assolto agli obblighi informativi verso il cliente per il fatto che quest'ultimo fosse "un ufficiale di polizia giudiziaria" (...) e "avesse buona conoscenza di tecniche di indagine, e finanche delle norme che disciplinano la fase delle indagini preliminari del processo penale". Da tali circostanze, infatti, "non può desumersi in via presuntiva che egli avesse avuto contezza (...) di quale fosse stato il termine di prescrizione del reato di usura e il momento finale del suo decorso"⁵⁵. Allo stesso modo può ritenersi applicabile anche al settore delle professioni legali l'orientamento secondo cui la valutazione dell'idoneità dell'informazione resa non può desumersi da elementi esclusivamente formali, essendo al contrario necessario che essa risulti realmente idonea allo scopo cui è diretta. Non mi sembrano, pertanto, ravvisabili limiti all'applicazione di quella giurisprudenza, consolidata nel settore medico, secondo cui il dovere d'informazione deve ritenersi inadempito, nonostante l'informazione sia stata fornita per iscritto, ogni qualvolta essa risulti generica o incompleta⁵⁶. Altrettanto interessante risulta, proprio

⁵⁵ Trib. Verona, 28 maggio 2013, in *Guida al dir.*, 2013, 43, p. 44 ss., con nota di E. SACCHETTINI, *L'obbligo professionale di informare il cliente permane per tutta la durata del procedimento*; Analizza sinteticamente la decisione E. SALEMI, *L'obbligo informativo dell'avvocato ha natura di obbligazione di risultato*, in *Altalex*, 30 settembre 2013.

Nel caso di specie, l'avvocato viene ritenuto responsabile per non aver eccepito, al momento del giudizio d'appello, la prescrizione del reato di usura, che era già maturata e che poi era stata correttamente dichiarata dalla Corte di Cassazione. Al riguardo il Tribunale ritiene responsabile il legale per l'inadempimento degli obblighi informativi circa le conseguenze negative che si sarebbero potute verificare in ordine all'esito del giudizio e rigetta la tesi difensiva prospettata dal legale secondo cui il mancato rilievo della prescrizione sarebbe stato determinato da una linea difensiva concordata con i clienti interessati ad ottenere un'assoluzione nel merito.

⁵⁶ La redazione di un documento da cui risulti che l'informazione è stata prestata non assorbe il problema della completezza e adeguatezza dell'informazione fornita. Nel settore medico il problema è emerso in presenza di una prassi diffusa di sottoporre al paziente moduli predisposti a stampa nei quali si procedeva da un lato a fornire informazioni sul trattamento terapeutico dall'altro ad acquisire il consenso del paziente. A tal riguardo osserva R. PUCELLA, *op. cit.*, p. 225, come la sottoscrizione di un modulo prestampato e generico può non essere "condizione sufficiente" al fine di realizzare la funzione informativa. Cfr. anche R. FAVALE, *op. cit.*, p. 64.

Sul rapporto tra prova del consenso informato e sottoscrizione del modulo di adesione cfr. Cass., 9 dicembre 2010, n. 24853, che ha riformato la sentenza della Corte d'Appello di Milano (n. 2399/2005), secondo la quale la dimostrazione della prestazione del consenso informato poteva ricavarsi dalla "sottoscrizione da parte della paziente di un modulo predisposto a stampa". La Suprema Corte, a tal riguardo, ha affermato che "la completa e corretta informazione non è un dato che possa desumersi dalla mera sottoscrizione di un modulo del tutto generico", precisando peraltro che la prova di aver fornito tutte le informazioni del caso grava sul medico, principio disatteso dal-

⁵³ Cfr. S. MONTICELLI, *op. cit.*, p. 91, secondo cui, si può ragionevolmente sostenere che l'informazione incompleta, sia nel momento in cui si instaura il rapporto professionale che durante il suo svolgimento, può determinare la responsabilità del legale nei casi in cui il cliente non abbia potuto compiere scelte consapevoli ovvero abbia compiuto scelte diverse rispetto a quelle che avrebbe potuto assumere se correttamente informato.

⁵⁴ A. CILENTO, *op. cit.*, p. 76.



con riferimento agli obblighi informativi, il rapporto tra autonomia nella scelta della linea di difesa più idonea a soddisfare l'interesse del cliente e l'adozione di una strategia difensiva sollecitata da quest'ultimo. Si tratta, dunque, del problema "dei limiti dell'adempimento del professionista legale nel caso in cui egli abbia ricevuto dal proprio assistito indicazioni su una determinata modalità esecutiva dell'incarico"⁵⁷. Ad avviso del giudice "la soluzione della problematica in esame non può (...) prescindere dalla definizione della natura e del contenuto degli obblighi informativi gravanti sul professionista nell'ambito del contratto di prestazione d'opera intellettuale". Il Tribunale nella motivazione della sentenza, articolata anche sulla base di una precedente e condivisa decisione inedita del Tribunale dell'Aquila secondo cui l'interesse prevalente del cliente è quello di acquisire le conoscenze necessarie per l'individuazione delle strategie volte alla realizzazione del risultato o per acquisire consapevolezza dell'impossibilità di una sua realizzazione, sottolinea come l'obbligo informativo sussiste e deve essere adempiuto sia nella fase pre-incarico sia nel suo intero svolgimento e si estende a tutti i gradi di giudizio nel caso in cui il mandato sia stato per essi conferito.

Secondo la decisione richiamata il professionista non aveva assolto all'onere della prova circa il corretto adempimento dell'obbligo informativo e doveva pertanto ritenersi responsabile del danno prodotto ai clienti. Tale conclusione è strettamente collegata alla tesi ricostruttiva secondo cui l'obbligo informativo "costituisce l'oggetto primario della prestazione professionale". Quest'ultima affermazione fa agevolmente comprendere come anche nelle decisioni in materia di responsabilità dell'avvocato sia stata superata l'idea del carattere accessorio dei doveri informativi, esito ampiamente affermato nell'ambito della responsabilità del medico.

I doveri informativi, peraltro, sono collocati, secondo la prevalente giurisprudenza, nell'ambito del dovere di diligenza, cui sono ricondotti anche quelli di sollecitazione e dissuasione, e riguardano nel contenuto le "questioni di fatto e/o di diritto, rilevabili ab origine o insorte successivamente, riscontrate ostative al raggiungimento del risultato e/o comun-

que produttive d'un rischio di conseguenze negative o dannose", ad esse si aggiungono gli inviti indirizzati al cliente e volti a comunicargli o fornirgli gli elementi utili alla soluzione positiva delle questioni stesse, e la dissuasione "dall'intraprendere o proseguire la lite ove appaia improbabile tale positiva soluzione e, di conseguenza, probabile un esito sfavorevole o dannoso".

8. Esito della lite e violazione degli obblighi informativi.

Si è in più occasioni affermato che il mero esito negativo della lite non può di per sé costituire criterio d'imputazione della responsabilità all'avvocato giacché nell'ambito dell'attività professionale incidono fattori esterni⁵⁸, che possono determinare la soccombenza della parte nonostante l'attività difensiva sia stata diligentemente espletata.

Concentrando l'attenzione sui casi in cui si sia instaurato un giudizio e dunque limitando l'indagine a questa specifica ipotesi⁵⁹ e volendo schematizzare le possibili fattispecie configurabili nella prassi, è in primo luogo possibile distinguere i casi caratterizzati da un'attività diligente del legale sia riguardo all'adempimento dell'attività difensiva nel corso del processo che all'adempimento degli obblighi informativi, nei quali l'esito del giudizio è irrilevante – insussistenza di responsabilità –, da quelli in cui sia dato riscontrare una condotta del professionista non diligente.

In questa seconda ipotesi, il risultato raggiunto può non essere considerato indifferente. Infatti, si potrebbe in primo luogo affermare che qualora l'esito vittorioso della causa dovesse comunque raggiungersi, nonostante l'errore o l'omissione professionale, non sarebbe ravvisabile un interesse concreto alla proposizione di un'azione di responsabilità contro il professionista. Qualora,

⁵⁸ Sul punto cfr. M. AZZALINI, *op. cit.*, p. 102 s., secondo cui «In alcuni casi (...) la situazione esterna, la realtà stessa su cui va ad insistere la prestazione, influisce sull'efficacia effettiva di quest'ultima rispetto al fine perseguito, a causa di una serie di variabili, incontrollabili quanto a numero ed effetto, "al punto che la prestazione può non raggiungere l'esito cui l'assunzione dell'obbligazione tendeva pur non ricomprendendolo quale parte del dovuto".

Questo fenomeno può essere ricondotto ad una particolare e diffusa ipotesi di rilievo delle "cause ignote".

⁵⁹ La precisazione risulta necessaria giacché è ben possibile che l'attività professionale sia diretta alla formulazione di un parere, circostanza che porterebbe inevitabilmente a configurare l'informazione come oggetto esclusivo dell'attività del legale. In tale ipotesi secondo R. PLENTEDA, *op. cit.*, p. 27, si dovrebbe configurare "una vera e propria obbligazione di risultato". Cfr. M. PARADISO, *La responsabilità medica: dal torto al contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, p. 342, che, sebbene con riferimento all'attività svolta dal medico, sottolinea come l'informazione può costituire "il solo oggetto del contratto o comunque della prestazione medica".

la decisione impugnata. La sentenza si legge in *Resp. civ.*, 2011, p. 829, con nota di MIOTTO, *La prova del «consenso informato» e il valore di confessione stragiudiziale delle dichiarazioni rese nel «modulo» di adesione al trattamento terapeutico*; Ritiene che "la sottoscrizione del modulo attesta soltanto l'avvenuto svolgimento del processo di formazione della decisione del paziente, ma non può sostituire tale processo" il che comporta "delle evidenti implicazioni in punto di tutela del paziente nonostante la sottoscrizione del modulo" A. GORGONI, *Il diritto alla salute e all'autodeterminazione nella responsabilità medica*, in *Obbl. e contr.*, 2011, p. 194.

⁵⁷ Così Trib. Verona, 28 maggio 2013, cit.



all'opposto, il risultato fosse negativo o meno favorevole all'assistito, il cliente potrebbe instaurare un giudizio volto a verificare se la condotta del legale sia stata causativa del danno che afferma di avere subito e se il danno ci sia effettivamente stato. Come può cogliersi dalla mia ultima affermazione ma, soprattutto, dall'esame della giurisprudenza sul tema, a fronte di una condotta negligente dell'avvocato, anche se accertata, l'asse del giudizio, per la configurazione della responsabilità, si sposta dall'esame della condotta a quella del nesso di causalità e del danno prodotto⁶⁰. Diviene, pertanto, decisivo individuare la modalità ed i criteri attraverso i quali si perviene alla prova della sussistenza del nesso eziologico. Tale prova si raggiunge recuperando l'esito del giudizio non per quello che realmente è ma per quello che avrebbe potuto essere in assenza dell'errore professionale. La prova da fornire, al fine di ritenere sussistente una responsabilità professionale dell'avvocato, sarà, infatti, volta a dimostrare che, in assenza della negligenza del professionista, la decisione della causa sarebbe stata diversa e più favorevole rispetto a quella ottenuta, prova che risulterà più o meno agevole a seconda del criterio impiegato in concreto nel caso oggetto di valutazione, criterio della certezza morale, della ragionevole certezza, della ragionevole probabilità, delle *chances* di vittoria. Al di là del maggiore o minore rigore richiesto nella prova della sussistenza del nesso di causalità, la sussistenza di una condotta negligente può non avere un ruolo decisivo nel riconoscimento della responsabilità quando si pervenga alla conclusione che il risultato dell'attività processuale sarebbe stato negativo anche in assenza dell'errore o dell'omissione del professionista. In questa dinamica possono collocarsi le numerose decisioni giurisprudenziali secondo le quali difetterebbe "la prova del necessario nesso eziologico tra la condotta del legale, commissiva o omissiva (anche per violazione del dovere di informazione), e il risultato derivatone", qualora non risulti "alla stregua di criteri probabilistici", che l'assistito "avrebbe

⁶⁰ Cfr. Cass., 26 febbraio 2002, n. 2836, in *Resp. civ. prev.*, 2002, p. 1373 ss., con nota di G. FACCÌ, *L'errore dell'avvocato, l'appello tardivo e la chance di vincere il processo*, *ivi*, p. 1376, nella quale, in una ipotesi di proposizione tardiva dell'appello, si esclude la responsabilità del professionista nonostante la sua condotta colposa in quanto "il nesso causale tra condotta e danno non può essere ravvisato nell'esito negativo del giudizio di primo grado": Il danno infatti "in tanto è ravvisabile, in quanto, e sia pure con criteri necessariamente probabilistici, si accerti che il gravame, se tempestivamente proposto, sarebbe stato giudicato fondato". Si precisa inoltre che "L'infondatezza della censura che investe il nesso causale comporta l'inammissibilità di tutte le altre, relative al danno in sé (...) e alla condotta colposa (...): stante, infatti, l'insussistenza del nesso causale, tali ulteriori censure, seppure fondate, non potrebbero condurre ad una decisione diversa rispetto al ricorso".

conseguito il riconoscimento delle proprie ragioni"⁶¹.

Ritornando sul problema della rilevanza dell'esito del giudizio, quanto appena affermato merita tuttavia delle precisazioni nei casi in cui l'inadempimento del professionista riguardi più specificatamente gli obblighi d'informazione cui egli sia tenuto, in quanto potrebbe risultare necessario, tra le varie omissioni, configurare un trattamento differenziato per quelle dipendenti da mancata, incompleta o carente informazione.

Nell'ambito medico si è già avuto modo di ricordare come la responsabilità per violazione dell'obbligo informativo possa, secondo le posizioni più avanzate, prescindere non solo dalla colpa nell'esecuzione dell'intervento ma anche dall'esito di esso e dunque dalla possibilità di configurare un peggioramento dello stato di salute del paziente.

Quanto affermato mi aveva, in precedenti occasioni, portato a individuare le diverse ipotesi astrattamente configurabili quando, pur correttamente eseguita la prestazione medica, fosse comunque ravvisabile una violazione del dovere d'informazione a seconda che fosse riscontrabile un peggioramento dello stato di salute, ovvero vi fosse, sotto questo aspetto, una situazione immutata rispetto a quella precedente all'intervento ovvero si fosse verificato un miglioramento per la salute del pazien-

⁶¹ Cfr. Cass., 24 maggio 2016, n. 10698, in *Diritto e giust.*, 2016, 25, p. 53, con nota di S. CALVETTI, *L'avvocato doveva agire diversamente? Nessuna responsabilità se manca la prova del probabile diverso esito del giudizio*. Cass., 2 febbraio 2016, n. 1984, in www.personaedanno.it, con nota di A. FABBRICATORE, *Responsabilità del professionista: come provare il danno subito* – Cass 1984/16, la quale ha ribadito che "In primo luogo appare opportuno richiamare in materia di responsabilità del difensore per condotte inadempienti, i principi consolidati della Suprema Corte, secondo cui la responsabilità dell'avvocato non può affermarsi per il solo fatto del suo non corretto adempimento dell'attività professionale, occorrendo verificare se l'evento produttivo del pregiudizio lamentato dal cliente sia riconducibile alla condotta del primo, se un danno vi sia stato effettivamente ed, infine, se, ove questi avesse tenuto il comportamento dovuto, il suo assistito, alla stregua di criteri probabilistici, avrebbe conseguito il riconoscimento delle proprie ragioni, difettando, altrimenti, la prova del necessario nesso eziologico tra la condotta del legale, commissiva od omissiva, ed il risultato derivatone".

Di recente, sulla prova del danno conseguente alla condotta omissiva del legale cfr. Cass., 24 ottobre 2017, n. 25112, in *Il Caso.it*, secondo la quale va affermato il seguente principio di diritto: «In tema di responsabilità per colpa professionale consistita nell'omesso svolgimento di un'attività da cui sarebbe potuto derivare un vantaggio personale o patrimoniale per il cliente, la regola della preponderanza dell'evidenza, o "del più probabile che non", si applica non solo all'accertamento del nesso di causalità fra l'omissione e l'evento di danno, ma anche all'accertamento del nesso tra quest'ultimo, quale elemento costitutivo della fattispecie, e le conseguenze dannose risarcibili, posto 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».

te⁶². Tale distinzione, nella ricostruzione offerta, non conduceva ad alcuna conseguenza sulla possibile configurabilità di un danno per difetto d'informazione perché il nesso causale non doveva essere posto tra assenza/difetto di informazione e danno alla salute ma tra esso e danno da lesione del diritto all'autodeterminazione.

Il ragionamento deve ora essere sviluppato tenendo conto dell'attività svolta dall'avvocato e delle conseguenze riconducibili alla violazione del dovere d'informazione e dell'esito della causa.

Sotto questo profilo, un utile spunto di riflessione può cogliersi dalla lettura di una recente sentenza⁶³ nella quale, ribadita la rilevanza degli obblighi informativi in tutte le fasi del rapporto e la riconducibilità di essi nell'ambito del dovere di diligenza, si chiarisce che "l'indagine su estensione ed oggetto della attività informativa fornita dal professionista al cliente è superflua nel caso in cui quest'ultimo abbia conseguito, tramite l'opera del primo, un risultato favorevole". Diversamente "Qualora invece il cliente non raggiunga il risultato cui mirava attraverso l'opera del professionista e attribuisca al medesimo la responsabilità dell'insuccesso o quando vi sia contestazione sui limiti dell'incarico conferito grava sul professionista l'onere di dimostrare i termini dell'accordo raggiunto con il cliente e il prodotto dell'attività consultiva svolta in favore dello stesso".

Con riferimento alla prima ipotesi, la decisione richiamata ritiene irrilevante valutare il corretto adempimento dell'attività informativa, giacché il problema risulterebbe assorbito dal "risultato favorevole" della causa per il cliente. Nel secondo caso l'indagine sarebbe necessaria e la prova dell'esatto adempimento dell'obbligo informativo graverebbe sul professionista. Ciò, secondo parte della dottrina e della giurisprudenza, sarebbe una dimostrazione della natura di obbligazione di risultato dell'obbligo informativo ma, per le ragioni esposte in precedenza, mi sembra che tale classificazione, se funzionale alla giustificazione del regime probatorio applicabile, abbia poco senso, potendosi, in ordine ai criteri di riparto dell'onere della prova, pervenire al medesimo esito in base alla più volte citata Cassazione del 2001⁶⁴, senza necessità di richiamare una distin-

zione che ad oggi risulta sempre più sfumata e ambigua.

Particolarmente delicato, dunque, risulta il tema della possibile configurazione di un'autonoma rilevanza della violazione degli obblighi informativi a prescindere dall'esito della causa e dalla condotta diligente dell'avvocato nello svolgimento dell'attività difensiva e processuale.

Se manteniamo ferma anche per il legale, come credo sia inevitabile, la distinzione tra obblighi informativi e obblighi diversi, quali quelli relativi alla scelta di una linea difensiva favorevole al cliente e più in generale quelli relativi al compimento di tutte le attività processuali necessarie, non possiamo sul piano astratto che riproporre il ragionamento, ampiamente sviluppato in materia di responsabilità medica, nel settore delle professioni legali.

Pertanto, ritornando sul quesito, già affrontato in precedenza, circa la possibilità di ritenere applicabile alla responsabilità dell'avvocato "il più rigoroso indirizzo oggi esistente in materia di responsabilità medica, secondo il quale il solo inadempimento dell'obbligo d'informazione assume di per sé «valenza causale sul danno o sui danni subiti dal paziente» anche là dove l'«atto terapeutico necessario» sia stato «correttamente eseguito secondo le regole dell'arte»"⁶⁵ la risposta dovrebbe essere positiva giacché non si vedrebbe la ragione per escludere una rilevanza causale autonoma alla violazione dell'obbligo d'informazione, anche laddove le altre attività svolte dal legale siano state correttamente eseguite. Il riconoscimento di una responsabilità del medico pur in presenza di un'attività terapeutica correttamente eseguita si era, tuttavia, ammessa inizialmente solo in presenza di un peggioramento dello stato di salute del paziente. Il ragionamento sviluppato per giungere a tale conclusione è stato inevitabilmente condizionato dalla iniziale difficoltà di ipotizzare un danno risarcibile in assenza di un pregiudizio alla salute. Sul punto, tuttavia, le posizioni recenti già richiamate, della giurisprudenza di legittimità e della Corte Costituzionale, sono sufficienti

ne aprono un altro. Cfr. inoltre Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Danno e resp.*, 2008, p. 871 ss., con nota di A. NICOLUSSI, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di mero risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico.*

Evidenzia C. CASTRONOVO, *op. cit.*, p. 557 s., come l'inconsistenza della distinzione fosse chiaramente già emersa in quelle decisioni, in materia di responsabilità medica, che, pur qualificando l'obbligazione quale obbligazione di mezzi, introducevano una presunzione di colpa a carico del professionista nel caso in cui l'intervento avesse avuto un esito negativo e non presentasse specifiche difficoltà. Ad avviso dell'A., dalla giurisprudenza richiamata appariva evidente come un risultato fosse dovuto anche nelle obbligazioni professionali e come, in presenza di interventi di *routine*, esso non fosse rappresentato dalla mera conformità della condotta alle regole dell'arte ma dall'assenza di esiti negativi.

⁶⁵ V. sul punto il § 4.

⁶² A.M. SINISCALCHI, *Consenso informato, mutamento dell'intervento chirurgico e suo esito positivo: vecchi problemi e nuove prospettive*, cit., p. 1184 ss.; ID., *Il consenso informato nell'attività medica*, cit., p. 371 ss.

⁶³ Trib. Verona, 26 gennaio 2016, in *Il caso.it*, che ha rigettato la richiesta del legale che aveva agito per ottenere il compenso per l'attività svolta in quanto ha ritenuto che egli non avesse "assolto all'onere di dimostrare di aver adempiuto all'obbligo informativo, su di lui gravante, circa le scelte difensive compiute nei diversi giudizi in cui ha prestato la propria attività a favore della convenuta nonché circa gli sviluppi della causa".

⁶⁴ Cass., sez. un., 30 ottobre, 2001, n. 13533, in *Corr. giur.*, 2001, p. 1565 ss., con nota di V. MARICONDA, *Inadempimento e onere della prova: le Sezioni Unite compongono un contrasto e*



per ricordare come attualmente ci si sia liberati da questa angusta prospettiva.

Con riferimento, quindi, alla responsabilità dell'avvocato nello svolgimento dell'attività giudiziale, rimane da riproporre il tema della rilevanza dell'esito della causa, rispetto alla possibilità di configurare un danno risarcibile per violazione del consenso informato.

Sulla base di quanto affermato nello sviluppo del discorso sarebbero configurabili due ipotesi potenzialmente idonee a fondare un giudizio di responsabilità:

1) Inadempimento dell'obbligo informativo e contestuale inadempimento di altri obblighi inerenti al contratto di prestazione d'opera professionale.

2) Inadempimento dell'obbligo informativo e assenza di ulteriori inadempimenti di obblighi inerenti al contratto d'opera professionale.

Tali ipotesi andrebbero esaminate tenendo conto dell'esito del giudizio:

a) esito favorevole

b) esito negativo o meno favorevole di quanto ci si sarebbe potuto attendere.

Da ciò deriverebbe una serie più ampia di combinazioni:

1) Inadempimento dell'obbligo informativo, contestuale inadempimento di altri obblighi inerenti al contratto di prestazione d'opera ed esito favorevole.

2) Inadempimento dell'obbligo informativo, contestuale inadempimento di altri obblighi inerenti al contratto di prestazione d'opera ed esito negativo o meno favorevole.

3) Inadempimento dell'obbligo informativo, assenza di ulteriori inadempimenti di obblighi inerenti al contratto d'opera professionale ed esito favorevole.

4) Inadempimento dell'obbligo informativo, assenza di ulteriori inadempimenti di obblighi inerenti al contratto d'opera professionale ed esito negativo o meno favorevole.

Abbiamo visto, sulla base della giurisprudenza richiamata in precedenza, come sia stato configurato un nesso di dipendenza tra danno da violazione del dovere d'informazione ed esito del giudizio.

Premesso che il danno, sulla base di quanto finora sostenuto, non si può escludere per il solo fatto che tutte le altre obbligazioni – ad eccezione di quella relativa all'obbligo informativo – siano state correttamente adempiute, le combinazioni indicate, se si pone attenzione alla sola violazione dell'obbligo d'informazione, sono così riducibili:

1) Inadempimento dell'obbligo informativo ed esito negativo del giudizio.

2) Inadempimento dell'obbligo informativo ed esito favorevole del giudizio.

In entrambe le ipotesi appena richiamate, la risposta circa la rilevanza dell'esito del giudizio sulla

configurabilità di una responsabilità per violazione del dovere informativo non può prescindere dalla corretta individuazione del bene oggetto di tutela – il diritto alla scelta consapevole – compromesso o precluso dall'informazione assente o non correttamente fornita.

In questa prospettiva l'esito della lite non può considerarsi determinante per configurare una responsabilità per violazione del consenso informato, potendosi essa al contrario ritenersi sussistente ogni volta in cui, in presenza di un'informazione che doveva essere comunicata e che non è stata fornita, sia ravvisabile un danno per il cliente causalmente connesso con l'inadempimento dell'obbligo informativo⁶⁶.

La sussistenza o meno di una responsabilità del legale dipenderà, ovviamente, dalla fattispecie concreta oggetto del giudizio. Così, ad esempio, sarà possibile configurare una responsabilità per violazione del dovere informativo circa i costi processuali da sopportare per la causa instaurata⁶⁷, i tempi del processo, l'effettività della tutela, anche in caso di esito vittorioso del giudizio.

A chiusura del ragionamento può quindi affermarsi che quanto sostenuto nella decisione già richiamata, secondo cui "l'indagine su estensione ed oggetto dell'attività informativa fornita dal professionista al cliente è superflua nel caso in cui quest'ultimo abbia conseguito, tramite l'opera del primo, un risultato favorevole"⁶⁸ suscita perplessità e sembra riproporre i vecchi equivoci del passato. Al contrario è proprio la considerazione dell'estensione e del contenuto dell'obbligo informativo a fornire la chiave di lettura per consentire una risposta convincente circa la configurabilità o meno di un danno da violazione del dovere d'informazione, il quale in ragione dell'interesse protetto, consapevolezza e autonomia nelle scelte,

⁶⁶ Se infatti, in presenza di una corretta informazione, sotto tale profilo, nessun addebito potrà essere mosso all'avvocato che ha posto il cliente nella condizione di assumere una decisione consapevole, nell'ipotesi opposta, mancata o incompleta informazione, il risultato positivo della causa non assorbe necessariamente i danni derivanti dalla violazione del consenso informato.

⁶⁷ Cfr. Cass., 30 luglio 2004, n. 14597, in *www.altalex.com*, che accoglie il motivo di ricorso prospettato dal cliente il quale assume che non era stato adempiuto dall'avvocato l'obbligo di informarlo "in ordine al costo delle procedure intraprese per il recupero del suo modestissimo credito". Ad avviso della Suprema Corte, "era obbligo del G. prospettare adeguatamente al R. i rischi connessi alle diverse iniziative processuali da intraprendere sotto il profilo sia delle effettive realizzabilità del credito vantato nei confronti del debitore P. sia in relazione alle sue concrete condizioni economico patrimoniali, sia della presumibile lievitazione delle spese legali e della possibile alterazione del rapporto tra il costo dei mezzi processuali impiegati al fine di realizzare il proprio credito ed i benefici concretamente ricavabili da tali iniziative processuali".

⁶⁸ Trib. Verona, 26 gennaio 2016, cit.



può ritenersi leso indipendentemente dall'esito finale del giudizio.

Da ultimo è solo il caso di rilevare come, sulla base delle ipotesi prospettate in ordine ai vari e possibili inadempimenti conseguenti allo svolgimento dell'attività dell'avvocato, non distinguere tra violazione del dovere d'informazione ed altre eventuali violazioni genera irragionevoli esiti applicativi anche sul piano più propriamente risarcitorio in quanto presuppone che il danno sia quantificabile in modo eguale indipendentemente dalla prestazione non esattamente eseguita dal professionista.