

Tribunale di Bologna, sentenza 12 maggio 2023,

n. 1010

Pres. Matteucci, Est. Nunno

In relazione ad una richiesta di pagamento del compenso professionale formulata da un avvocato nei confronti di suoi ex clienti, per pervenire ad affermare la responsabilità dell'avvocato per condotta colposa omissiva occorre formulare un giudizio prognostico circa l'esito che l'attività che si assume omissa avrebbe ottenuto se invece compiuta. Tale giudizio, seppur non richiede si addivenga al riconoscimento di una sostanziale certezza della sussistenza del nesso eziologico tra compimento dell'attività ed esito favorevole della lite, richiede quantomeno una prova che assurga al livello dimostrativo della preponderanza dell'evidenza (il criterio del "più probabile che non") perché solo in tal caso potrà dirsi dimostrata la colpa professionale dell'avvocato, per violazione dei suoi doveri di diligenza, e la conseguente esistenza di un danno risarcibile (1).

(1) Giudizio prognostico sull'infondatezza dell'eccezione ed esclusione della responsabilità dell'avvocato

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. La decisione. — 3. Aspetti sostanziali e processuali della vicenda. — 4. Presupposti della responsabilità professionale dell'avvocato ed onere della prova. — 5. Considerazioni conclusive.

1. Premessa.

Il provvedimento qui in commento è stato emanato all'esito di un giudizio nel quale si fronteggiavano le contrapposte istanze di un avvocato, che aveva agito in giudizio nei confronti dei suoi *ex* clienti per il pagamento del compenso relativo all'attività professionale prestata in favore di questi ultimi in due giudizi di merito, cui predetti *ex* assistiti opponevano, da un lato, una contestazione della pretesa di pagamento asserendo essere la medesima indeterminata e generica, e dall'altro contestavano al loro *ex* legale un inadempimento ai doveri del mandato professionale conferitogli, per sostanziale responsabilità omissiva, chiedendone il riconoscimento sia al fine di paralizzare la avversa pretesa — quindi attraverso la proposizione di una eccezione di inadempimento — sia invocando tale accertamento a presupposto di una domanda riconvenzionale, parimenti formulata per il risarcimento dei danni conseguiti, a dire dei medesimi, a tale inadempimento professionale.

Il difensore-istante, nel contestare le difese delle controparti, chiedeva comunque di essere autorizzato a chiamare in causa la propria impresa assicuratrice, la quale nel costituirsi in via preliminare eccepisce, invocando le pattuizioni di polizza, l'assenza di copertura, e nel merito si associa alle difese dell'assicurato, insistendo per il rigetto della domanda riconvenzionale dei convenuti *ex* clienti.

Il Tribunale di Bologna, valutate le domande proposte e le contrapposte argomentazioni addotte da sostegno delle rispettive pretese, accoglie la domanda di pagamento del legale nel contempo respingendo la domanda riconvenzionale formulata dai suoi *ex* clienti sul rilievo che la stessa non solo era infondata ma anche smentita dalla documentazione in atti, che dimostrava la correttezza dell'operato professionale tenuto dall'avvocato-attore, da un lato, e, dall'altro, giustificava in pieno la pretesa di pagamento dal medesimo formulata.

2. La decisione.

La controversia oggetto di queste righe offre lo spunto per una riflessione (nel contesto di una vicenda che, purtroppo, al giorno d'oggi si rivela paradigmatica di esiti patologici tutt'altro che infrequenti, nei rapporti tra avvocato e cliente) su alcuni aspetti dell'espletamento del mandato difensivo che vengono spesso in rilievo in presenza di contestazioni di profili di responsabilità nell'operato professionale di un avvocato (1).

Nello specifico, la controversia, seppure insorta dinanzi ad una sezione civile, involge alcuni aspetti di peculiare interesse del diritto delle società e comunque di diritto commerciale, aspetti che, unitamente ad altri di specifico rilievo processualcivilistico, hanno assunto un rilievo peculiare ai fini della decisione della controversia, sullo sfondo del più ampio tema della responsabilità civile dell'avvocato.

Il punto principale della difesa dei convenuti in riconvenzionale — sui cui si basava l'eccezione inadempimento al mandato professionale, che il Tribunale adito ha esaminato prima delle altre difese, in quanto eccezione idonea, in caso di accoglimento della stessa, a paralizzare la pretesa attorea di pagamento — ha riguardato la contestazione al legale di non avere sollevato eccezione di carenza di legittimazione passiva della società convenuta, condotta omissiva che, a dire dei convenuti predetti, aveva determinato l'inadempimento contrattuale che questi contestavano al loro *ex* difensore.

Il Tribunale ha ritenuto, formulando il necessario giudizio prognostico, che tale eccezione, seppur fosse stata sollevata, più probabilmente che non sarebbe stata respinta siccome infondata, innanzitutto in quanto la società in relazione alla quale si assumeva che l'avvocato avrebbe omesso di eccepire il difetto di le-

(1) Come ad esempio nel caso oggetto della decisione qui annotata, in cui l'avvocato, sempre ad avviso del cliente, "sbaglia" a non contestare alla controparte l'estraneità del soggetto alla vicenda, per essere responsabile, se del caso, altro e del tutto differente soggetto giuridico, e specularmente il cliente che gli contesta l'inadempimento al mandato e non solo si rifiuta di pagare, ma gli chiede anche i danni in via riconvenzionale.

gittimazione passiva, in realtà, seppure aveva mutato la propria denominazione, era comunque rimasto il medesimo soggetto giuridico che aveva concluso con la società attrice la compravendita di macchinari che aveva dato origine alla pretesa di pagamento azionata dalla società attrice in primo grado nei confronti degli *ex* clienti scontenti dell'avvocato in questione.

Scrutinando le ulteriori difese dei convenuti in riconvenzionale, il Tribunale ha ritenuto che, nel caso di specie, non avrebbe potuto trovare applicazione l'art. 2558 c.c., mentre la sussistenza in capo alla società appellante dell'obbligazione di pagamento è stata ritenuta giustificata alla luce della previsione contenuta nel comma 1, dell'art. 2560 c.c., ed in ragione del fatto che, nel caso concreto, la posizione debitoria sostanziale era rimasta in capo al cedente, risultando irrilevante la cessione e, dall'altro, del fatto che il comma 1 predetto è rivolto a tutelare il creditore prevedendo che cedente e cessionario sono solidalmente responsabili per i debiti dell'azienda (o del ramo di essa) oggetto della cessione, indipendentemente dal se i predetti debiti risultino o meno iscritti nei libri contabili obbligatori.

Infine, parimenti è stata ritenuta inapplicabile la previsione del comma 2, dell'art. 2560 c.c., in ragione del fatto che essa è dettata a tutela del solo cessionario (e non anche del cedente, quale appunto era la parte attrice).

Su tali presupposti, ha riconosciuto insussistente la dedotta responsabilità civile dell'avvocato, accogliendo nel contempo la domanda di pagamento proposta da quest'ultimo.

3. Aspetti sostanziali e processuali della vicenda.

Prima di esaminare il tema della responsabilità civile dell'avvocato, appare opportuno esaminare brevemente alcuni aspetti della vicenda che assumono maggiore interesse dal punto di vista sostanziale e da quello processuale e che, seppure presi in considerazione *incidenter tantum* dal Tribunale, hanno assunto indubbio rilievo nell'economia della decisione finale.

Prima di tutto, appare di interesse osservare che le difese dei

convenuti in riconvenzionale si sono incentrate nel dedurre la rilevanza della — se fosse stata sollevata, a loro dire — eccezione di carenza di legittimazione passiva, cioè del difetto della condizione dell'azione prevista dall'art. 81 c.p.c., e poi nella deduzione di un inadempimento del legale-attore ai suoi doveri professionali, di cui veniva richiesto l'accertamento non solo al fine di paralizzare la pretesa di pagamento avanzata dal medesimo, ma anche, previo il riconoscimento della sua responsabilità professionale, al fine di sentirlo condannare al risarcimento dei danni che si assumevano subito in dipendenza di tale sua condotta professionale errata: deduzione, questa, avente una doppia valenza, e cioè, da un lato, di eccezione riconvenzionale e, dall'altro, di domanda riconvenzionale.

Inoltre, i convenuti deducevano l'inapplicabilità della previsione di cui al primo comma dell'art. 2558 c.c., ed in ogni caso l'applicabilità di quanto previsto dal secondo comma dell'art. 2560 c.c.

Esaminando le suddette difese, innanzitutto con riguardo ai profili sostanziali che il collegio ha preso in considerazione nella formulazione del giudizio prognostico circa il possibile esito dell'eventuale eccezione, va innanzitutto osservato che la prima disposizione che viene in rilievo è rappresentata dall'art. 2558 c.c., che, in tema di successione nei contratti, regola la sorte dei contratti stipulati dall'azienda ceduta, stabilendo che, in assenza di diverso accordo, l'acquirente dell'azienda subentra nei contratti conclusi per l'esercizio dell'azienda medesima, ad esclusione di quelli aventi carattere personale.

Al riguardo, per la Suprema Corte il conferimento di un'azienda o di un ramo di essa ad una società rientra nella più ampia e generale figura della cessione d'azienda, realizzando il trasferimento e, quindi, la successione a titolo particolare della stessa, per cui da tanto discende l'applicazione della disciplina conseguente posta dagli artt. 2557 e ss. c.c. e, in particolare, dell'art. 2558 c.c., in forza del quale, se non pattuito diversamente, il cessionario subentra nei contratti stipulati per l'esercizio dell'azienda non

aventi carattere personale (2); per la giurisprudenza, la previsione contenuta nel primo comma dell'art. 2558 c.c. innanzitutto tutela la posizione dell'acquirente e il suo interesse a subentrare nei contratti aziendali in corso, derogando alla disciplina civilistica generale dettata in materia di cessione del contratto dall'art. 1406 c.c. (3); inoltre, rinviene un perimetro applicativo molto ampio, dal momento che l'interpretazione analogica fa sì che la normativa in tema di successione nei rapporti contrattuali inerenti all'azienda ceduta operi in tutti i casi in cui ricorra la sostituzione di un imprenditore ad un altro nell'esercizio dell'impresa per volontà delle parti o per un fatto dalle stesse espressamente previsto, ammettendosi quindi la sua applicazione anche nel caso di ri-trasferimento dell'azienda al locatore per effetto della cessazione dell'affitto, con l'unica eccezione per il caso in cui tale evento si verifichi in conseguenza di un fatto non negoziale (4); in ogni caso, per i giudici di legittimità, l'automatica successione da parte del cessionario in tutti i rapporti contrattuali a prestazioni corrispettive non aventi carattere personale di cui all'art. 2558 c.c. trova applicazione, per la Suprema Corte, soltanto ai cosiddetti "contratti di azienda" (aventi ad oggetto il godimento di beni aziendali non appartenenti all'imprenditore e da lui acquisiti per lo svolgimento dell'attività imprenditoriale) e ai cosiddetti "contratti di impresa" (non aventi ad oggetto diretto beni aziendali, ma attinenti alla organizzazione dell'impresa stessa, come i contratti di somministrazione con i fornitori, i contratti di assicurazione, i contratti di appalto e simili) (5); in tali ipotesi, per la dottrina il subentro dell'acquirente nei contratti in questione è da ritenersi un effetto naturale dell'acquisto dell'azienda, in quanto risponde sia direttamente all'interesse dell'imprenditore stesso, sia all'interesse dei terzi che con l'azienda erano entrati in rapporti com-

(2) Cass., sez. II, 14 ottobre 2022, n. 30296, in *Giust. civ.*, Mass., 2022.

(3) App. Napoli, sez. II, 26 luglio 2023, n. 3573, in banca dati *De Jure*.

(4) Cass., sez. I, 13 ottobre 2021, n. 27951, in *Giust. civ.*, Mass., 2021.

(5) Cass., sez. II, 11 giugno 2018, n. 15065, in *Giust. civ.*, Mass., 2018.

mercials prima della cessione ⁽⁶⁾.

Nel caso di specie, l'istruttoria svolta ha dimostrato che nell'atto di cessione/conferimento erano stati espressamente ricompresi i rapporti contrattuali già in essere, per cui questo ha rappresentato il primo elemento che escludeva la diversità tra soggetto cedente e soggetto cessionario, dimostrando la fondatezza del giudizio prognostico del Tribunale circa l'inutilità dell'eventuale eccezione di carenza di legittimazione passiva (*rectius*, difetto di titolarità del lato passivo del rapporto obbligatorio) anche se sollevata, a maggiore ragione in considerazione del fatto, pure rilevato dal Tribunale, della sostanziale identità e coincidenza tra cedente e cessionario

Altra disposizione sostanziale esaminata nel caso di specie ai fini della decisione è stata l'art. 2560 c.c., che disciplina la sorte dei debiti relativi all'azienda ceduta, prevedendo al primo comma che il cedente non è liberato dai debiti, inerenti all'esercizio dell'azienda ceduta, sorti anteriormente al trasferimento, se non risulta che i creditori vi hanno consentito; al secondo comma, che, in ipotesi di trasferimento di un'azienda commerciale, ove tali debiti risultano dai libri contabili obbligatori, degli stessi risponde anche l'acquirente della azienda.

La norma in questione, per la Suprema Corte, rinviene un ambito applicativo ben delineato, essendo principio acquisito quello per cui il regime fissato dal citato art. 2560, con riferimento ai debiti dell'azienda ceduta, sia destinato a trovare applicazione soltanto allorché si tratti di debiti in sé soli considerati, e non anche quando, viceversa, essi si ricolleghino a posizioni contrattuali non ancora definite, in cui il cessionario sia subentrato a

⁽⁶⁾ M. CIAN, *Manuale di diritto commerciale*, 5^a ed., Torino, 2023, 75, afferma infatti «In tutti questi rapporti negoziali è naturale e logico che subentri l'acquirente: ciò risponde non soltanto al suo interesse ad acquisire un complesso pienamente operativo ed a mantenere la clientela già raggiunta, ma anche all'interesse dei terzi contraenti ad avere, quale controparte contrattuale, il soggetto che continuerà nell'esercizio dell'impresa (si pensi all'interesse dei clienti a conseguire il prodotto o il servizio acquistato, che, senza l'azienda, l'alienante non è normalmente più in grado di fornire)».

norma del precedente art. 2558 (7); il che è esattamente quanto riscontrato dal Tribunale nel caso sottoposto al suo esame, in ragione del fatto che le posizioni in questione seguono la sorte del contratto e, quindi, transitano con esso, purché non già del tutto esaurito, anche se in fase contenziosa al tempo della cessione dell'azienda (8).

Per la Suprema Corte, la disposizione di cui all'art. 2560, comma 2 c.c., secondo cui l'acquirente risponde dei debiti inerenti all'esercizio dell'azienda ceduta soltanto se essi risultino dai libri contabili, è dettata non solo dall'esigenza di tutelare i terzi creditori, già contraenti con l'impresa e peraltro sufficientemente garantiti pure dalla norma di cui al primo comma del medesimo art. 2560 c.c., ma anche da quella di consentire al cessionario di acquisire adeguata e specifica cognizione dei debiti assunti (9); da tanto discende, sul piano della *ratio* della norma, che la solidarietà del cessionario dell'azienda per i debiti concernenti l'esercizio dell'azienda ceduta è posta a tutela dei creditori di questa, e non dell'alienante, e questa è la ragione per cui non produce alcun effetto di trasferimento della posizione debitoria sostanziale (10). Inoltre, proprio in ragione del fatto che essa persegue una finalità di tutela dei creditori aziendali, la norma è da considerarsi inderogabile in conformità ad un accordo fra alienante e acquirente, mentre si riconosce ammissibile l'esclusione della sua operatività in forza di un accordo fra acquirente e terzi creditori (11); per la Suprema Corte, la norma predetta realizza una funzione di bilanciamento tra la tutela dell'affidamento dei creditori e dell'interes-

(7) Cass., sez. III, 22 novembre 2023, n. 32487, in *Giust. civ.*, Mass., 2024; Cass., sez. I, 16 giugno 2004, n. 11381, in *Foro it.*, 2005, I, 1152; in precedenza, Cass., sez. I, 20 luglio 1991, n. 8121; e Cass., sez. I, 8 maggio 1981, n. 3027, tutte in *Giust. civ.*, Mass.

(8) Cass., sez. III, 22 novembre 2023, n. 32487, *cit*; Cass., sez. I, 16 giugno 2004, n. 11381, *cit*; in precedenza, Cass., sez. I, 11 agosto 1990, n. 8219, in https://www.e-glossa.it/wiki/cass._civile_del_1990_n.8219.

(9) Cass., sez. II, 21 dicembre 2012, n. 23838, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2013, 6, II, 997.

(10) Cass., sez. I, 9 ottobre 2017, n. 23581, in *Giust. civ.*, Mass., 2017

(11) Cass., sez. I, 9 ottobre 2017, n. 23581, *cit*.

se economico collettivo alla facilità di circolazione aziendale, che viene concretamente attuato ritenendo che l'acquirente di un ramo di azienda risponde dei debiti pregressi risultanti dai libri contabili obbligatori, a condizione che siano inerenti alla gestione del ramo d'azienda ceduto⁽¹²⁾; per la dottrina, tale disposizione costituisce espressione della considerazione dell'ordinamento per degli interessi tra loro potenzialmente contrastanti, di cui si rende portatore il soggetto subentrante, ovvero innanzitutto quello a proseguire i rapporti aziendali avviati dall'azienda in cui è subentrato⁽¹³⁾; interesse che, in ogni caso, necessita di essere temperato con l'altro interesse, meritevole di non minore considerazione, del medesimo soggetto, ad evitare di subire il peso economico di obbligazioni di cui era all'oscuro, e che tuttavia, integrando una sopravvenienza economica negativa, finirebbero per mettere in discussione la correttezza della stima che il subentrante, prima di determinarsi al subentro, aveva fatto circa l'azienda medesima⁽¹⁴⁾.

La *ratio* sottostante alla previsione contenuta nel secondo comma dell'art. 2560 c.c. viene dalla dottrina individuata in una finalità di tutela del terzo creditore per proteggerlo, nei limiti del possibile, da un evento, quale è appunto il trasferimento dell'azienda, che rende il cedente sostanzialmente impossidente⁽¹⁵⁾, quindi proteggerlo da un fatto suscettibile di rendere concretamente inoperante la previsione di cui all'art. 2740 c.c.; in ogni caso, per la Suprema Corte è pacifico che la previsione contenuta nel secondo comma dell'art. 2560 c.c., nell'aggiungere a quella del cedente la responsabilità di un ulteriore soggetto, ovvero il cessionario, non prevede affatto la liberazione del primo⁽¹⁶⁾.

Nello specifico, il Tribunale, sul rilievo che, nel caso sottoposto al suo esame, non poteva dirsi verificato alcun trasferimento

⁽¹²⁾ Cass., sez. III, 30 giugno 2015, n. 13319, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2016, 5, II, 1004.

⁽¹³⁾ M. CIAN, *op. cit.*, 77-78.

⁽¹⁴⁾ M. CIAN, *op. loc. ult. cit.*

⁽¹⁵⁾ G. E. COLOMBO, *L'azienda ed il mercato*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. GALGANO, Padova, 2012, 150.

⁽¹⁶⁾ Cass., sez. III, 10 febbraio 2023, n. 4248, in *Giust. civ.*, Mass., 2023.

della posizione debitoria sostanziale, dal momento che il cedente doveva ritenersi debitore effettivo, in quanto a tale soggetto era imputabile il fatto costitutivo del debito, ha escluso l'applicabilità della previsione di cui al secondo comma dell'art. 2560 c.c., riconoscendo invece applicabile il disposto del primo comma della norma in questione.

Quanto agli aspetti processualcivilistici di maggiore interesse, si può osservare, innanzitutto, che per quanto è possibile evincere dalla lettura della sola decisione qui in commento, nonostante il *nomen iuris* utilizzato, in realtà, guardando il tenore delle difese dei convenuti per come documentato dal provvedimento in questione, questi ultimi, con l'affermare che la responsabilità era da attribuirsi ad esclusivo carico di altro soggetto, avevano inteso dedurre, in realtà, il difetto, nei loro confronti, della titolarità del lato passivo del rapporto obbligatorio dedotto in giudizio dall'attore.

Quanto al primo aspetto è possibile osservare che i due concetti, nonostante qualche non recente opinione dottrinale abbia sostenuto la loro totale identificazione e conseguente piena sovrapposibilità⁽¹⁷⁾, sono tra loro indiscutibilmente distinti.

La legittimazione ad agire rappresenta, infatti, una condizione per ottenere dal giudice una qualsiasi decisione di merito, la cui esistenza sarà da riscontrare esclusivamente alla stregua della fattispecie giuridica prospettata dall'attore, prescindendo dall'effettiva titolarità del rapporto dedotto in causa; in particolare, la dottrina ritiene che la legittimazione ad agire e/o contraddire vada intesa quale relazione che intercorre tra colui che risulta il destinatario della richiesta di tutela giudiziale formulata dall'attore, da un lato, e, dal versante opposto l'allegazione fattuale, che sempre l'attore formula, circa l'essere, il predetto destinatario della richiesta di tutela giudiziale (*id est*, della domanda attorea) anche il titolare di quella posizione giuridica passiva che origina un obbligo che si assume violato e che per ripristinare la situazione conseguente alla

(17) G. MONTELEONE, *Dir. proc. civ.*, I, Padova, 1994, 179 e ss.

violazione di esso l'attore ha inteso agire in giudizio ⁽¹⁸⁾.

In particolare, secondo autorevole dottrina, la legittimazione ad agire e/o contraddire rappresenta una condizione dell'azione, a fondamento della quale si collocano esclusivamente le allegazioni formulate chi propone una domanda ⁽¹⁹⁾, di guisa che una concreta ed autonoma questione in merito alla stessa si pone esclusivamente nel caso in cui un soggetto azioni in giudizio un diritto che compete ad altri e che, invece, il primo assuma essere in sua titolarità, oppure nonostante sia consapevole che il soggetto che ha convenuto in giudizio risulti estraneo al rapporto sostanziale in contestazione, intenda comunque ottenere una decisione di merito nei confronti di tale soggetto, di guisa che la decisione che accerti l'eventuale inesistenza di tale condizione dell'azione sarà una decisione solo in rito, come tale insuscettibile di passare in giudicato ⁽²⁰⁾; si è in presenza, quindi, di una coincidenza tra il soggetto attivo e quello passivo della domanda giudiziale con i soggetti nella cui sfera giuridica sono destinati a prodursi gli effetti della decisione che definisce il giudizio sorto a seguito della richiesta di tutela formulata dall'attore ⁽²¹⁾; il che comporta una limitazione del novero dei diritti che si possono fare valere in giudizio, in quanto, come rilevato da altra dottrina, chi agisce in giudizio potrà azionare esclusivamente un diritto di cui afferma (cioè, allega) esserne titolare, e, specularmente, assume esserne titolare passivo il destinatario, parimenti passivo, della chiesta tutela giudiziale ⁽²²⁾.

La Suprema Corte condivide le suddette ricostruzioni dottrinali affermando che legittimazione, da un lato, e titolarità, dall'altro, sono da ritenersi autonome e distinte tra loro, dal momento che la legittimazione si colloca in un momento logicamente an-

⁽¹⁸⁾ E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile. Principi*, Milano, 2007, 146 e ss.

⁽¹⁹⁾ C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile. Le tutele*, Torino, 2023, 601-602.

⁽²⁰⁾ C. CONSOLO, *op. loc. cit.*

⁽²¹⁾ G. ARIETA - F. DE SANTIS - L. MONTESANO, *Corso base di diritto processuale civile*, Padova, 2010, 151 e ss.

⁽²²⁾ C. MANDRIOLI - A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, I, Torino, 2024, 42.

teriore rispetto alla titolarità, poiché la stessa può sussistere in capo a colui che ha agito pur se, per ipotesi, l'effettivo titolare del rapporto controverso sia un soggetto diverso ⁽²³⁾.

Tale indubbia differenza aveva determinato una contrapposizione di orientamenti nella giurisprudenza di legittimità relativamente al tema della natura delle relative questioni e del conseguente loro regime processuale, con specifico riguardo alla questione della titolarità del lato passivo del rapporto obbligatorio, e quindi della natura assunta dalla deduzione sollevata per far valere la relativa questione, se quindi mera difesa (come tale sollevabile senza preclusioni, oltre che rilevabile d'ufficio) ovvero se eccezione in senso proprio o stretto (e come tale assoggettata, a pena di decadenza, alle preclusioni previste dal rito): si è affermato infatti al riguardo che «a differenza di quel che si ritiene concordemente in tema di *legitimatō ad causam*, o legittimazione ad agire, quale condizione dell'azione, il cui difetto è rilevabile d'ufficio, la giurisprudenza di legittimità non è unanime in materia di contestazione della reale titolarità attiva o passiva del diritto sostanziale dedotto in giudizio. La tesi minoritaria sostiene che essa costituisce una mera difesa, con le ovvie conseguenze, tra le quali quella che incombe alla parte, la cui titolarità è contestata, fornire la prova di possederla. L'orientamento maggioritario, invece, afferma che la contestazione della reale titolarità attiva o passiva del diritto sostanziale dedotto in giudizio costituisce un'eccezione in senso tecnico, che deve essere introdotta nei tempi e nei modi previsti per le eccezioni di parte. Con l'ulteriore conseguenza che spetta alla parte che prospetta tale eccezione l'onere di provare la propria affermazione» ⁽²⁴⁾; contrasto che è stato risolto dalle Sezioni Unite con nota decisione, con la quale si è ritenuto meritevole di condivisione l'orientamento minoritario, sul rilievo per il quale lo stesso risultava maggiormente coerente con i principi generali in tema di ripartizione dell'onere della prova.

⁽²³⁾ Cass., sez. III, 30 maggio 2008, n. 14468, in *Giur. it.*, Mass., 2008.

⁽²⁴⁾ Cass., sez. VI(3), (ord.), 13 febbraio 2015, n. 2977, in *Giust. civ.*, Mass., 2015.

Con tale decisione, le Sezioni Unite hanno, infatti, affermato alcuni rilevanti principi, quali: i) la titolarità in capo all'attore del diritto azionato in giudizio può essere contestata dal convenuto in ogni fase del giudizio, con il solo limite delle preclusioni eventualmente maturate in relazione alla introduzione di fatti nuovi non risultanti dagli atti ⁽²⁵⁾; ii) in conseguenza, la carenza di titolarità, attiva o passiva, del rapporto controverso è rilevabile d'ufficio dal giudice se risultante dagli atti di causa ⁽²⁶⁾; iii) la titolarità, attiva e passiva, della situazione sostanziale dedotta in giudizio rappresenta un elemento costitutivo della domanda, in quanto tale rientrante nell'onere di allegazione e prova che grava sull'attore, tranne il caso dell'esplicito riconoscimento dal parte del convenuto e/o la proposizione, da parte del soggetto medesimo, di difese inconciliabili con la esclusione di tale titolarità ⁽²⁷⁾. Principi, questi, che appaiono indubbiamente coerenti con il consolidato insegnamento della Suprema Corte per il quale il regime delle eccezioni mira a salvaguardare quello che è ritenuto un valore fondamentale del processo, rappresentato dalla giustizia della decisione ⁽²⁸⁾, in ragione del quale, pertanto, nessun spazio può essere riconosciuto ad un effetto contrario, che si verificherebbe se ogni questione, anche per sua natura rilevabile d'ufficio, fosse sottoposta ai limiti preclusivi di allegazione e prova a cura di parte che sono esposti dalla tesi che si intende definitivamente superare ⁽²⁹⁾.

⁽²⁵⁾ Infatti, Cass., Sez. Un., 16 febbraio 2016, n. 2951, in *Giust. civ.*, Mass., 2016, ha affermato al riguardo che allorquando il convenuto contesta la titolarità, in capo all'attore, del diritto che il medesimo ha azionato in giudizio, formula una mera difesa, la cui proponibilità non è preclusa e/o ostacolata dall'eventuale l'eventuale contumacia o tardiva costituzione del convenuto medesimo, condotte alle quali, inoltre, è da escludersi possa attribuirsi rilevanza di non contestazione ovvero idoneità a modificare la ripartizione degli oneri probatori, con l'unico limite di eventuali preclusioni maturate relativamente all'attività di allegazione ed asseverazione di fatti impeditivi, modificativi od estintivi della titolarità del diritto, che non siano rilevabili dagli atti di causa.

⁽²⁶⁾ Cass., Sez. Un., 16 febbraio 2016, n. 2951, *cit.*

⁽²⁷⁾ Cass., Sez. Un., 16 febbraio 2016, n. 2951, *cit.*

⁽²⁸⁾ Cass., Sez. Un., 7 maggio 2013, n. 10531, in *Giust. civ.*, Mass., 2013.

⁽²⁹⁾ Cass., Sez. Un., 7 maggio 2013, n. 10531, *cit.*

La distinzione, poi, tra eccezione riconvenzionale e domanda riconvenzionale, nell'ambito delle difese formulate dal convenuto, si coglie dal punto di vista c.d. "finalistico", guardando cioè allo scopo concretamente perseguito, con ciascuna di tali deduzioni difensive.

La conferma che la deduzione dell'inadempimento dell'avvocato integri prima di tutto una eccezione riconvenzionale la fornisce lo stesso Tribunale di Bologna, che rileva la necessità di esaminare prioritariamente la stessa, per essere — ovviamente ove ritenuta fondata — astrattamente idonea a paralizzare la pretesa di pagamento formulata dall'attore.

Invero, la deduzione in questione è riconducibile alla ipotesi della c.d. «eccezione riconvenzionale», il che richiede una breve premessa riguardo alle difese del convenuto, ed alla distinzione tra mere difese ed eccezioni.

Infatti, mentre la natura delle c.d. mere difese è quella di contestazioni mirate niente altro che a negare la fondatezza della domanda attorea, onde conseguire l'accertamento della inesistenza del diritto azionato dalla controparte ⁽³⁰⁾, va osservato come simili difese si connotano anche per un regime processuale peculiare, ben diverso da quello delle eccezioni in senso stretto, dal momento che, come statuito dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, tutte le deduzioni difensive non qualificabili come eccezioni in senso proprio, non sono assoggettate a termini perentori per la loro formulazione, e, conseguentemente, non si verifica alcuna decadenza nel caso di una loro formulazione che non rispetti le preclusioni assertive previste dal codice di rito, ammettendosi la possibilità di loro formulazione anche in appello ⁽³¹⁾; invece, attraverso una eccezione in senso proprio il convenuto, per contrastare la pretesa avanzata dall'attore nei suoi confronti, introduce nel processo circostanze fattuali rientranti nel perimetro applicativo del secondo comma dell'art. 2697 c.c., quindi fatti impeditivi, modificativi e/o

⁽³⁰⁾ C. MANDRIOLI - A. CARRATA, *op. cit.*, 108-109.

⁽³¹⁾ Cass., Sez. Un., 16 febbraio 2016, n. 2951, *cit.*

estintivi, la cui introduzione inevitabilmente finisce per ampliare il novero delle circostanze di fatto che il giudice di merito è chiamato ad esaminare per decidere la lite sottoposta alla sua cognizione, seppure queste ultime non sono in grado di apportare una modifica alla situazione originariamente dedotta in giudizio dall'attore, come accade invece nel caso di domanda riconvenzionale ⁽³²⁾.

Si tratta, cioè, di fatti in grado di incidere, se provati, in favore della tesi del convenuto, sull'accertamento che il giudice di merito è chiamato a compiere, indirizzandolo verso il riconoscimento della inesistenza di quel diritto di cui l'attore ha allegato essere titolare ⁽³³⁾; altro autore, poi, afferma che, quando il convenuto solleva tal genere di eccezione, viene in sostanza, tramite la allegazione dei fatti su cui essa si fonda, a contrapporre alla pretesa portata in giudizio dall'attore, un fatto che ha caratteristiche peculiari, in quanto, dal punto di vista soggettivo, rientra nella sfera di sua esclusiva disponibilità la introduzione o meno nel processo del fatto in questione, mentre, dal punto di vista oggettivo, è in grado di produrre gli effetti previsti dal secondo comma dell'art. 2697 c.c., e come tale inibire ogni efficacia probatoria di quel fatto costitutivo della domanda, che l'attore sia eventualmente riuscito a provare ⁽³⁴⁾.

In sostanza, ad avviso di altro autore, sollevare simile eccezione costituisce atto di esercizio di un potere processuale ⁽³⁵⁾, che rappresenta lo strumento che l'ordinamento riconosce al convenuto (o comunque ad ogni soggetto nei cui confronti sia proposta una domanda giudiziale) per difendersi da un'altrui pretesa giudiziale introducendo nel processo in questione fatti che, allargandone l'oggetto originario, sono in grado di modificare, impedire ovvero anche estinguere tale avversa pretesa ⁽³⁶⁾.

⁽³²⁾ A. PROTO PISANI, *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, Napoli, 1994, 62-63.

⁽³³⁾ A. PROTO PISANI, *op. loc. cit.*

⁽³⁴⁾ F. MAZZARELLA, G. TESORIERE, *Il processo civile riformato*, Milano, 2013, 142 e ss.

⁽³⁵⁾ R. ORIANI (voce) *Eccezione*, in *Digesto disc. priv., sez. civ.*, Torino, 1991, 262 e ss.

⁽³⁶⁾ R. ORIANI, *op. loc. cit.*

Infine, con la domanda riconvenzionale (che si distingue dalla eccezione riconvenzionale) il convenuto, analogamente a quanto fatto con la eccezione in senso proprio, introduce fatti nuovi nel processo, ma in questo caso l'accertamento degli stessi che chiede al giudice non è funzionale esclusivamente a paralizzare la pretesa attorea, ma possiede un contenuto più esteso, in quanto mira anche — finendo per ampliare il *thema decidendum* — a conseguire, nei confronti dell'attore, una specifica utilità giuridica: il che è esattamente quanto avvenuto nel caso deciso dalla decisione qui annotata, dal momento che i convenuti, allargando l'oggetto del processo come originariamente introdotto dall'attore ⁽³⁷⁾, attraverso la deduzione di circostanze fattuali (l'omessa formulazione dell'eccezione di carenza di legittimazione passiva) integranti un inadempimento dell'avvocato ai suoi doveri di diligenza professionale, e quindi al contratto d'opera intercorso con i primi, sui medesimi fatti hanno sia fondato una eccezione di inadempimento contrattuale volta a paralizzare la pretesa di pagamento ⁽³⁸⁾, sia proposto domanda riconvenzionale di condanna del medesimo al risarcimento dei danni che lamentavano aver subito in conseguenza di tale suo inadempimento contrattuale.

Al riguardo, come affermato con molto recente decisione dalla giurisprudenza di legittimità, la distinzione tra domanda ed eccezione riconvenzionale non dipende dal titolo posto a base della difesa del convenuto, e cioè dal fatto o dal rapporto giuridico invocato a suo fondamento, e nemmeno dal relativo oggetto sostanziale (il bene della vita), ma dal *petitum* processuale, vale a dire dal risultato che lo stesso intende con essa ottenere in giudizio, limitato, nel secondo caso, al rigetto della domanda proposta dall'attore ⁽³⁹⁾.

⁽³⁷⁾ Che riguardava esclusivamente una domanda di pagamento del compenso professionale di avvocato.

⁽³⁸⁾ Ed è questo il motivo per cui il Tribunale di Bologna ha inteso esaminare primo la questione dedotta attraverso la formulazione dell'eccezione di inadempimento, in quanto se fondata sarebbe stata idonea a definire il merito della controversia, determinando il rigetto della domanda attorea di pagamento.

⁽³⁹⁾ Cass., sez. III, 7 novembre 2023, n. 31010, in *Giust. civ.*, Mass., 2024.

Su tale presupposto, la Suprema Corte, quale logica conseguenza, perviene ad affermare che non sussistono limiti alle possibilità di ampliamento del tema della controversia da parte del convenuto a mezzo di eccezioni, con l'unica limitazione che viene individuata nella indispensabilità dell'allegazione, a fondamento di tali eccezioni, di fatti o rapporti giuridici prospettati dei quali sia dedotta l'idoneità a produrre l'estinzione o la modificazione dei diritti fatti valere dall'attore, fatti sulla scorta dei quali non viene richiesta una pronuncia di accoglimento di domande ulteriori che il convenuto propone nei confronti dell'attore, ma esclusivamente il rigetto delle domande proposte da quest'ultimo ⁽⁴⁰⁾; per concludere sul punto, occorre tenere presente che nei rapporti tra domanda riconvenzionale ed eccezione riconvenzionale la identità dei fatti su cui tali difese si fondano comporta, come riconosciuto dalla Suprema Corte, che l'eventuale tardività di una domanda riconvenzionale non esonera il giudice di merito dal prendere in considerazione la stessa in termini di eccezione riconvenzionale, ai fini del rigetto della domanda attorea ⁽⁴¹⁾, per cui ben può affermarsi che il punto in cui si incentra, in sostanza, la fondamentale distinzione tra eccezione riconvenzionale e domanda riconvenzionale vada individuato nel differente *petitum* immediato che si richiede al giudice ⁽⁴²⁾.

⁽⁴⁰⁾ Cass., sez. III, 7 novembre 2023, n. 31010, *cit.*

⁽⁴¹⁾ Cass., sez. III, 25 ottobre 2016, n. 21472, in *Giust. civ.*, Mass., 2017, ha infatti affermato «Nell'ipotesi in cui il convenuto chieda, in via riconvenzionale, accertarsi l'esistenza di un rapporto contrattuale diverso da quello prospettato dall'attore, sull'assunto che da ciò *ne deriverebbe la nullità o l'inefficacia*, totale o parziale, o comunque un effetto estintivo, impeditivo o modificativo dei diritti fatti valere dall'attore medesimo, domandando anche l'eventuale condanna di quest'ultimo al pagamento di quanto dovuto in base a tale differente prospettazione, qualora una siffatta domanda riconvenzionale risulti inammissibile per motivi processuali, la stessa può e deve comunque essere presa in considerazione come eccezione, con il solo e più limitato possibile esito del rigetto delle richieste di parte attrice».

⁽⁴²⁾ La giurisprudenza di legittimità, in particolare, distingue tra *petitum*, inteso sotto il profilo formale (o immediato), come provvedimento giurisdizionale richiesto, e, sotto l'aspetto sostanziale (o mediato), come bene della vita di cui si chiede il riconoscimento o la negazione: cfr. Cass., sez. III, 28 agosto 2009, n. 18783, in *Giust. civ.*, Mass. 2009, 7-8, 1204.

4. Presupposti della responsabilità professionale dell'avvocato ed onere della prova.

In proposito, va subito evidenziato che a monte della declaratoria di una simile responsabilità si pone come appare evidente, la formulazione di un giudizio controfattuale, dove nella sostanza il giudice di merito è chiamato sia ad individuare la condotta asseritamente omessa, sia a valutare, secondo il criterio del «più probabile che non» se la medesima, ove posta concretamente in essere, sarebbe stata in grado di procurare al cliente l'utilità attesa, ovvero di evitare un danno.

A tale proposito, in dottrina si è recentemente affermato «In sostanza, per la prestazione svolta dall'avvocato, va applicata la regola della preponderanza dell'evidenza o «del più probabile che non», *in virtù della quale il giudice è chiamato a svolgere una valutazione prognostica positiva, il cui esito negativo porta a escludere la responsabilità del professionista, poiché la sua responsabilità non può affermarsi per il solo mancato corretto adempimento dell'attività professionale»* ⁽⁴³⁾, ben chiarendo, quindi, che il giudizio in questione si rivela articolato in due momenti, con l'affermare che «al contrario, occorre accertare che, se il professionista avesse tenuto la condotta dovuta, il cliente avrebbe conseguito il risultato sperato, difettando altrimenti la prova del necessario nesso eziologico fra la condotta professionale e l'esito derivatone» ⁽⁴⁴⁾; in tale prospettiva, allora, si comprende perché la ricostruzione del modello che potremmo definire “moderno” della responsabilità professionale dell'avvocato sia improntata sul modello della responsabilità medica, con particolare riguardo ad aspetti quali, da un lato, l'accertamento del nesso causale e l'onere della prova con la sua ripartizione, e, dall'altro, l'indiscusso ampliamento dei doveri di informazione gravanti sul professio-

⁽⁴³⁾ G. MUSOLINO, *La prescrizione della responsabilità professionale dopo la legge n. 49/2023*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2023, 5, 1694 ss.

⁽⁴⁴⁾ G. MUSOLINO, *op. loc. cit.*

nista; doveri consacrati nella legge professionale ⁽⁴⁵⁾ e nel codice deontologico forense ⁽⁴⁶⁾, con un livello di approfondimento che, se non completamente equiparabile, si rivela molto vicino al “consenso informato” del paziente previsto in ambito sanitario.

La suddetta ricostruzione risulta condivisa da parte della dottrina che, innanzitutto, con riferimento alla fonte di ispirazione per una risistemazione della responsabilità professionale, ha affermato «va peraltro evidenziato, in termini generali, che criterio di riferimento per l’elaborazione del nuovo modello di responsabilità è certamente rappresentato dal sistema della responsabilità sanitaria, atteso che, tradizionalmente, l’attività medica ha costituito il tipo di prestazione professionale destinatario dell’interesse della dottrina e rispetto a cui si è formato un indirizzo giurisprudenziale significativo, vuoi per la rilevanza numerica delle fattispecie dannose, vuoi per il maggiore disvalore sociale del pregiudizio arrecato da questa attività rispetto a quella forense» ⁽⁴⁷⁾, mentre, con specifico riferimento ai doveri informativi che gravano sull’avvocato, ha evidenziato come l’avvocato sia tenuto a consentire al cliente di assumere una scelta consapevole, circa l’avvio e/o la prosecuzione di un’azione giudiziaria, permettendogli di valutare in modo corretto gli elementi a favore e quelli contrari ⁽⁴⁸⁾; per farlo, a monte, l’avvocato deve premurarsi di ottenere dal cliente tutte le informazioni che servono al fine

⁽⁴⁵⁾ Infatti, il secondo comma dell’art. 13 della l. 247/2012, come modificato dalla l. 124/2017, espressamente stabilisce «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».

⁽⁴⁶⁾ L’art. 27 del Codice Deontologico Forense, infatti, risulta significativamente rubricato «Doveri di informazione», e prevede una numerosa serie di obblighi informativi a carico dell’avvocato nei confronti del cliente, su aspetti diversi dell’incarico professionale e dello svolgimento del rapporto che per effetto di tale conferimento viene ad instaurarsi con il cliente.

⁽⁴⁷⁾ A. TORRISI, *La responsabilità professionale dell’avvocato*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2022, 6, 2072.

⁽⁴⁸⁾ A. TORRISI, *op. loc. cit.*

di potergli prospettare un quadro della situazione il più possibile completo e realistico, onde permettergli una simile scelta, non omettendo di sconsigliare al cliente sia di agire, sia, eventualmente, di proseguire ⁽⁴⁹⁾.

In questi termini, l'accertamento del nesso causale, con medesimi criteri probabilistici, oltre che alla individuazione della condotta omessa e della sua incidenza causale, risulta esteso anche alle conseguenze dannose risarcibili sul piano della causalità giuridica (i.e. della relazione eziologica evento/conseguenze), ossia al mancato vantaggio che, ove l'attività professionale fosse stata svolta con la dovuta diligenza, il cliente avrebbe conseguito, come osservato dalla Suprema Corte, secondo cui «In tema di responsabilità per colpa professionale consistita nell'omesso svolgimento di un'attività da cui sarebbe potuto derivare un vantaggio personale 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 omessa» ⁽⁵⁰⁾, ribadendo ancora più di recente che tale necessità sussiste in ragione del fatto che il predetto legame tra l'evento e le conseguenze dannose di esso, di cui si pretende il ristoro, costituisce elemento costitutivo della fattispecie ⁽⁵¹⁾; orientamento, quello appena descritto, che risulta condiviso dai giudici di merito ⁽⁵²⁾, che in proposito hanno anche affermato che «è necessario verificare se l'evento produttivo del pregiudizio di cui si duole il cliente sia riconducibile alla condotta del difensore, se sia stato effettivamente cagionato un danno ed,

⁽⁴⁹⁾ A. TORRISI, *op. loc. cit*

⁽⁵⁰⁾ Cass., sez. III, 24 ottobre 2017, n. 25112, in *Giust. civ.*, Mass., 2017.

⁽⁵¹⁾ Cass., sez. VI (3), 13 gennaio 2021, n. 410, in *Giust. civ.*, Mass., 2021.

⁽⁵²⁾ Trib. Palermo, sez. III, 24 febbraio 2022, n. 840, in banca dati *De Jure*.

infine, se l'assistito avrebbe conseguito il riconoscimento delle proprie ragioni qualora il legale avesse tenuto il comportamento dovuto — alla stregua di criteri probabilistici — diversamente, difettando la prova del necessario nesso di causalità tra la condotta del difensore, commissiva od omissiva ed il risultato derivatone»⁽⁵³⁾.

In tale prospettiva, sulla doverosa premessa per la quale le obbligazioni inerenti all'esercizio dell'attività professionale costituiscono, di regola, obbligazioni di mezzi e non di risultato, in quanto il professionista, assumendo l'incarico, si impegna a prestare la propria opera per raggiungere il risultato desiderato, ma non a conseguirlo, con le relative conseguenze — di guisa che, ai fini di un eventuale giudizio di responsabilità nei confronti del professionista, rilevano le modalità dello svolgimento della sua attività in relazione al parametro della diligenza fissato dall'art. 1176, comma 2, che è quello della diligenza del professionista di media attenzione e preparazione, da commisurare alla natura dell'attività concretamente esercitata, non potendo il suddetto professionista garantire l'esito favorevole auspicato dal cliente⁽⁵⁴⁾ — risulta fondamentale tenere presente l'insegnamento della Suprema Corte, per il quale la sussistenza di una eventuale responsabilità dell'avvocato deve essere esaminata, da parte del giudice di merito, con valutazione “*ex ante*” e non “*ex post*”, sulla base dell'esito del giudizio⁽⁵⁵⁾, tenendo presente la natura dell'obbligazione in questione, con i correlati riflessi.

A tale proposito, condivisibilmente la dottrina ha affermato come, allorché la prestazione richiesta all'avvocato sia difficile, dal predetto professionista è possibile esigere esclusivamente quegli atti — tra quelli astrattamente possibili relativamente all'incarico da espletare — che rientrano nelle capacità del buon professionista della sua categoria⁽⁵⁶⁾, anche perché, come osser-

⁽⁵³⁾ App. Firenze, sez. IV, 11 maggio 2022, n. 873, in banca dati *De Jure*

⁽⁵⁴⁾ Cass., sez. III, 20 maggio 2015, n. 10829, in *Giust. civ.*, Mass., 2015.

⁽⁵⁵⁾ Cass., sez. II, 1 ottobre 2018, n. 23740, in *Giust. civ.*, Mass., 2018.

⁽⁵⁶⁾ G. CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, Milano, 1958, 78 e ss.

vato da altro autore, l'unica obbligazione che, a carico dell'avvocato, discende dalla conclusione del contratto di opera professionale concluso con il cliente, è quella di svolgere l'attività richiestagli, non potendosi certo ritenere obbligato a vincere la causa ⁽⁵⁷⁾; il che rileva a maggiore ragione ove si consideri che, sull'esito del giudizio, incide in misura assolutamente non controllabile, da parte dell'avvocato, il libero convincimento del giudice ⁽⁵⁸⁾.

Ritornando al giudizio in questione, i relativi caratteri sono stati efficacemente ricostruiti e delineati dalla giurisprudenza di merito, in una valutazione prognostica da operarsi sulla base e nei limiti dei motivi di illiceità e dei correlati elementi probatori che avrebbero dovuto essere (ri)proposti nel giudizio di merito relativo al chiesto accertamento, facendo ricorso a quel principio statistico (di maggior probabilità piuttosto che non) che viene reiteratamente applicato dalla giurisprudenza anche di legittimità per la decisione nei giudizi di responsabilità professionale ⁽⁵⁹⁾.

Si rende necessario, come rileva la Suprema Corte, effettuare una valutazione di quello che avrebbe potuto essere l'esito del giudizio oggetto dell'incarico professionale stesso, in una sorta di "processo nel processo" che obbliga il giudice della causa di responsabilità professionale "a giudizi ipotetici di tipo controfattuale" (quale sarebbe stato l'esito della causa se non ci fosse stata negligenza ovvero omissione difensiva) ed a rifare fittiziamente il processo mancato ⁽⁶⁰⁾, ovviamente in base alla situazione esistente *ex ante*.

In concreto, possiamo osservare come, con tutto sommato recente decisione, la Suprema Corte ha definito i presupposti della responsabilità civile dell'avvocato per inadempimento ai doveri nascenti a suo carico dal mandato ricevuto, nel contempo deli-

⁽⁵⁷⁾ R. FAVALE, *La responsabilità civile del professionista forense*, Padova, 2002, 73.

⁽⁵⁸⁾ R. FAVALE, *op. loc. cit.*

⁽⁵⁹⁾ Trib. Torino, n. 5580, IV sez. civ., 28 dicembre 2021, n. 5580, in *Il Sole 24Ore, Modulo24_Responsabilità e risarcimento*.

⁽⁶⁰⁾ Cass., sez. III, 14 ottobre 2019, n. 25778, in *Giust. civ.*, Mass., 2019.

neando anche il perimetro e contenuto dell'onere probatorio che grava sul cliente che si professa danneggiato ⁽⁶¹⁾.

Tale orientamento, che può dirsi assolutamente consolidato, si articola nei seguenti passaggi: 1) l'asserito mancato esatto assolvimento dei doveri del mandato non è sufficiente a provare la responsabilità dell'avvocato per i danni che il cliente assume aver subito in dipendenza di esso ⁽⁶²⁾; 2) tali danni, che parimenti il cliente (*ex*, a questo punto) deve allegare e provare, richiedono necessariamente, per essere ammessi a risarcimento, la dimostrazione del loro nesso causale con la condotta colposa (commissiva e/o omissiva) dell'avvocato ⁽⁶³⁾; 3) la prova di tale nesso causale (che grava rigorosamente sul cliente/attore) è una prova positiva, ed attiene alla dimostrazione, secondo il criterio del "*più probabile che non*", che l'attività che si assume omessa ovvero inesatta oppure inadeguata, se posta in essere correttamente, il cliente avrebbe ottenuto il vantaggio auspicato ovvero avrebbe evitato il pregiudizio lamentato ⁽⁶⁴⁾.

Una prova che, inoltre, si incentra — non è superfluo evidenziarlo — sugli esiti di una valutazione della condotta del professionista integrante, necessariamente, un giudizio di carattere prognostico sul possibile esito che tale attività professionale avrebbe potuto produrre, occorrendo, come rilevato da altre decisioni, verificare se, qualora l'avvocato avesse tenuto la condotta dovuta, il cliente avrebbe avuto il riconoscimento delle proprie ragioni, difettando, in mancanza, la prova del nesso causale ⁽⁶⁵⁾.

A tanto va poi aggiunto che, con ancora più recente decisione, i giudici di legittimità hanno ulteriormente precisato come la valutazione dell'inadempimento che il cliente/danneggiato imputa al suo (*ex*) avvocato risulti, inevitabilmente, influenzata dai carat-

⁽⁶¹⁾ Cass., sez. VI, 28 agosto 2020, n. 17974, in *Giust. civ.*, Mass., 2020.

⁽⁶²⁾ Cass., sez. VI, 28 agosto 2020, n. 17974, *cit.*

⁽⁶³⁾ Cass., sez. VI, 28 agosto 2020, n. 17974, *cit.*

⁽⁶⁴⁾ Cass., sez. VI, 28 agosto 2020, n. 17974, *cit.*

⁽⁶⁵⁾ Cass., sez. III, 20 marzo 2018, n. 6862, in *Giust. civ.*, Mass., 2018.; Cass., sez. III, 16 maggio 2017, n. 12038, in *Giust. civ.*, Mass., 2017, in *Giust. civ.*, Mass., 2020.

teri tipici della relativa obbligazione professionale ⁽⁶⁶⁾.

I punti in cui il ragionamento della Suprema Corte si è sviluppato sono i seguenti: i) un inadempimento, pur se provato, non è sufficiente a dimostrare la responsabilità dell'avvocato per i danni lamentati dal cliente in dipendenza di esso; ii) infatti, poiché quella dell'avvocato è una obbligazione "di mezzi" e non "di risultato", la valutazione della relativa condotta deve avvenire sulla scorta dei doveri inerenti lo svolgimento dell'attività professionale e, in particolare, del dovere di diligenza, per il quale trova applicazione, il parametro della diligenza professionale fissato dall'art. 1176, comma 2 c.c., che va commisurato alla natura dell'attività esercitata, dato che il professionista non può garantire, a prescindere, il risultato favorevole che il cliente si attende ⁽⁶⁷⁾.

Al riguardo, autorevole dottrina ha osservato come la diligenza richiesta all'avvocato nell'espletamento della sua prestazione professionale si connota per rivestire caratteri indiscutibilmente peculiari ⁽⁶⁸⁾: in particolare, si afferma come i tratti distintivi della stessa vadano individuati, da un lato, in una perizia superiore alla media e, dall'altro, nell'utilizzo di ogni adeguato mezzo tecnico per lo svolgimento di tale attività, tutti elementi che attestano come dal professionista (incluso quello legale) sia lecito attendersi un impegno ben diverso, oltre che superiore, rispetto al debitore "comune" ⁽⁶⁹⁾.

Per la Suprema Corte, infatti, sulla premessa che, al fine di valutare correttamente la condotta professionale è imprescindibile considerare in modo adeguato e non superficiale ogni aspetto della specifica vicenda nell'ambito della quale l'avvocato ha prestato la sua opera ⁽⁷⁰⁾, potrà parlarsi di imperizia dell'avvocato nell'espletamento della sua opera professionale in caso di ignoranza di specifiche norme di legge, oppure di violazione

⁽⁶⁶⁾ Cass., sez. III, 28 maggio 2021, n. 15032, in *Giust. civ.*, Mass., 2021.

⁽⁶⁷⁾ Cass., sez. III, 28 maggio 2021, n. 15032, in *Giust. civ.*, Mass., 2021.

⁽⁶⁸⁾ C.M. BIANCA, *Diritto Civile*, 5, *La responsabilità*, 3^a ed., Milano, 2021, 29.

⁽⁶⁹⁾ C.M. BIANCA, *op. loc. cit.*

⁽⁷⁰⁾ Cass., sez. II, 9 novembre 1982, n. 5855, in *Giust. civ.*, Mass., 1982, 10-11.

delle stesse, o ancora, in presenza di questioni giuridiche su cui vi è un consolidato orientamento giurisprudenziale, fornisca alle stesse soluzioni errate in contrasto con tali orientamenti, per cui se l'avvocato sceglie una strategia difensiva che già in partenza risulti errata, versa in colpa professionale ⁽⁷¹⁾, poiché con simile condotta, dimostra incuria e/o ignoranza di leggi, oppure ancora nel caso in cui la sua negligenza e/o imperizia abbia impedito al cliente di conseguire un risultato positivo, compromettendo l'esito del procedimento avviato, risponde nei confronti del cliente per inadempimento al contratto di opera professionale ⁽⁷²⁾.

5. Considerazioni conclusive.

Alla fine di queste righe è possibile formulare alcune considerazioni sul tema oggetto di questa riflessione.

Il legale attore nella vicenda definita dalla pronuncia qui esaminata è stato, sostanzialmente, ritenuto responsabile per una scelta difensiva errata, ad avviso dei clienti, ovvero quella, in particolare, di non sollevare una eccezione di difetto di legittimazione passiva.

Orbene, premesso che, ad avviso di chi scrive, nel caso di specie — come si è provato ad evidenziare in precedenza — dal punto di vista strettamente processuale, la censura in questione atteneva al difetto di titolarità del lato passivo del rapporto obbligatorio (che, intuitivamente, è cosa ben diversa), il che — come si è visto — colloca sull'attore l'onere di provare la relativa circostanza, rientrando la stessa tra i fatti costitutivi della domanda ⁽⁷³⁾, nel caso di specie si trattava di una questione di interpretazione delle risultanze istruttorie e, conseguentemente, di scelta della linea difensiva ritenuta più confacente nel caso di specie, per cui appare evidente come la scelta difensiva dell'avvocato in questione non fosse censurabile, essendo, in realtà, una simile eccezione, niente

⁽⁷¹⁾ Cass., sez. II, 1 ottobre 2018, n. 23740, in *Giust. civ.*, Mass., 2018.

⁽⁷²⁾ Cass., sez. III, 10 giugno 2016, n. 11906, in *Guida al Diritto*, 2016, 38, 65.

⁽⁷³⁾ *Supra*, par. 3.

altro che defatigatoria, come del resto il Tribunale di Bologna, nella sua ricostruzione controfattuale, non ha mancato di osservare.

Invero, nello specifico la condotta professionale del legale in questione appare essersi conformata a quell'orientamento giurisprudenziale secondo cui «L'avvocato è tenuto a studiare accuratamente la causa e ad operare con diligenza e perizia adeguate alla fattispecie sottoposta al suo esame, in modo da assicurare la soluzione che meglio tuteli il cliente»⁽⁷⁴⁾, ed evidentemente la soluzione difensiva asseritamente omessa da parte del legale non è stata ritenuta idonea a tutelare al meglio la posizione dei clienti, in ossequio a quella ricostruzione giurisprudenziale secondo cui «la responsabilità dell'avvocato resta comunque esclusa in caso di questioni rispetto alle quali le soluzioni dottrinali e/o giurisprudenziali presentino margini di opinabilità — in astratto o con riferimento al caso concreto — tali da rendere giuridicamente plausibili le scelte difensive compiute dal legale ancorché il giudizio si sia concluso con la soccombenza del cliente»⁽⁷⁵⁾, a maggiore ragione in considerazione del fatto che, sempre nella medesima decisione di merito condivisibilmente si è rilevato come risulti errata e censurabile una imputazione di responsabilità che avvenga *secundum eventum litis*, dal momento che «In ogni caso giudicare responsabile il patrocinante sulla base dell'esito vittorioso, o meno, della lite equivarrebbe a trasformare la sua obbligazione di mezzi in un'obbligazione di risultato»⁽⁷⁶⁾; in tal modo, le corti di merito appaiono condividere quanto affermato da autorevole dottrina, ovvero che l'avvocato non può essere ritenuto responsabile per le conseguenze di sue azioni (ovvero anche omissioni) che siano da ricondurre alla attività di interpretazione di disposizioni legislative ovvero alla ricostruzione e qualificazione di quanto (atto e/o fatto è indifferente) costituisce l'oggetto del giudizio⁽⁷⁷⁾, sul rilievo che, per la loro

⁽⁷⁴⁾ Trib. Trapani, sez. I, 16 agosto 2023, n. 595, in banca dati *De Jure*.

⁽⁷⁵⁾ Trib. Milano, sez. I, 16 giugno 2022, n. 5384, in *Il Sole 24 Ore, Modulo 24_Responsabilità*.

⁽⁷⁶⁾ Trib. Milano, sez. I, 16 giugno 2022, n. 5384, *cit.*

⁽⁷⁷⁾ M. FRANZONI, *Trattato della Responsabilità Civile*, diretto da M. FRANZONI, *L'il-*

intrinseca natura, dal compimento di simili attività non potrebbe mai configurarsi una responsabilità a carico dell'avvocato, fermo il fatto che, ove si dovesse sostenere il contrario, le stesse rientrerebbero nel perimetro applicativo dell'art. 2236 c.c. ⁽⁷⁸⁾.

In conseguenza, considerando che, come pure si è affermato in giurisprudenza, «il debitore “di mezzi” prova l'esatto adempimento dimostrando di aver osservato le regole dell'arte e di essersi conformato ai protocolli dell'attività, mentre non ha l'onere di provare che il risultato è mancato per cause a lui non imputabili» ⁽⁷⁹⁾, appare evidente come ritenere l'avvocato gravato dall'onere di provare che l'esito sfavorevole della lite si è prodotto per il verificarsi di un evento estraneo alla sua condotta professionale appare errato oltre che inaccettabile, in quanto, ad avviso di chi scrive, in tal modo si verrebbe ad introdurre una inammissibilmente ingiusta inversione dell'onere probatorio, paragonabile, tanto per fare un esempio — ben noto ai cultori della *medical malpractice* — all'ipotesi in cui, pur in presenza del consolidatissimo orientamento della Suprema Corte per il quale nelle controversie in tema di responsabilità medica vige la teorica del c.d. “duplice ciclo causale” ⁽⁸⁰⁾, dovesse ritenersi che il debitore della prestazione professionale (*id est*, il medico), anche nel caso in cui il danneggiato non sia riuscito a fornire la prova del c.d. “primo ciclo causale” ⁽⁸¹⁾, sia comunque tenuto a fornire la prova del c.d.

lecito, 2^a ed., Milano, 2010, 288.

⁽⁷⁸⁾ M. FRANZONI, *op. loc. cit.*

⁽⁷⁹⁾ App. Cagliari, 17 maggio 2022, n. 244, in *Il Sole 24 Ore, Il Merito*, 2022, 10, 31.

⁽⁸⁰⁾ *Leading case* in tal senso è la notissima Cass., sez. III, 18 luglio 2017, n. 18932, in *Guida al Diritto*, 2017, 38, 61, che ha affermato «Ove sia dedotta una responsabilità contrattuale della struttura sanitaria per l'inesatto adempimento della prestazione sanitaria, è onere del danneggiato provare il nesso di causalità fra l'aggravamento della situazione patologica (o insorgenza di nuove patologia per effetto dell'intervento) e l'azione o l'omissione dei sanitari, mentre è onere della parte debitrice provare che una causa imprevedibile ed inevitabile ha reso impossibile l'esatta esecuzione della prestazione».

⁽⁸¹⁾ E cioè non sia stato in grado di provare il nesso di causalità fra l'aggravamento della situazione patologica (o insorgenza di nuove patologia per effetto dell'intervento) e l'azione o l'omissione dei sanitari.

“secondo ciclo causale”⁽⁸²⁾ per andare esente da responsabilità, ritenendolo responsabile ove tale prova non riesca a fornire.

In definitiva, nella decisione qui annotata i giudici felsinei hanno inteso mettere in evidenza la differenza (con esclusione, quindi, di ogni possibile sovrapposizione) tra l’eventuale l’inadempimento del professionista ai propri doveri professionali, per non aver posto in essere correttamente la propria prestazione professionale, ed il danno che discende, invece, da ipotetica omissione di condotte professionali, la cui sussistenza è possibile affermare solo nel caso in cui si ritenga provato che, più probabilmente che non, se l’attività di cui si contesta all’avvocato il mancato compimento fosse stata invece posta in essere, l’esito sarebbe stato favorevole al cliente⁽⁸³⁾; principio, questo, che ha un importante riflesso sulla individuazione del contenuto dell’onere probatorio che grava sul cliente in simili controversie, dal momento che, in sostanza, nella richiamata decisione il Tribunale di Bologna ha affermato che l’esito positivo del giudizio controfattuale in questione (come innanzi descritto), e cioè l’affermazione del nesso causale tra condotta e risultato (positivo ovvero negativo a seconda dell’esito di tale giudizio) costituisce prova, al tempo stesso, della sussistenza o meno di una condotta professionale dell’avvocato rispettosa della diligenza al medesimo richiesta dall’art. 1176, comma 2 c.c.⁽⁸⁴⁾. Sul punto, non appare superfluo evidenziare che anche l’avvocato che assiste un ex cliente di altro avvocato che intenda chiedere il risarcimento dei danni a quest’ultimo, per doveroso scrupolo professionale è, ad avviso di scrive, obbligato (in termini di prudenza e diligenza professionale *ex art. 1176, comma 2 c.c.*) ad “anticipare” quello stesso giudizio ipotetico controfattuale che farà il giudice per decidere la causa: l’oggetto di tale giudizio è stato ben delineato dalla Suprema Corte in una recentissima decisione, pronunciandosi proprio in una controversia identica a quella oggetto della deci-

⁽⁸²⁾ Prova consistente nel dimostrare che una causa imprevedibile ed inevitabile ha reso impossibile l’esatta esecuzione della prestazione.

⁽⁸³⁾ Trib. Bologna, sez. III, 12 maggio 2023, n. 1010, in questa *Rivista*.

⁽⁸⁴⁾ Trib. Bologna, sez. III, 12 maggio 2023, n. 1010, *cit.*

sione qui commentata (in cui, cioè, veniva contestato all'avvocato l'omesso compimento di un'attività difensiva nell'interesse del suo cliente), ha affermato «in tema di responsabilità professionale dell'avvocato, ai fini dell'accertamento di un danno risarcibile derivante dall'inadempimento dell'obbligo di informazione dell'esito sfavorevole del giudizio di primo grado, che ha determinato l'impossibilità di proseguire il giudizio in sede di impugnazione, deve essere effettuata una valutazione prognostica sull'esito che avrebbe potuto avere l'impugnazione preclusa dall'omessa informazione, da svolgersi sulla base della prevedibile strategia difensiva (anche alla luce delle eccezioni proposte e delle difese svolte nel primo grado di giudizio) e della possibilità di ottenere un risultato favorevole (anche alla luce degli orientamenti giurisprudenziali formati in materia)»⁽⁸⁵⁾.

Nel compiere tale valutazione prognostica, il legale è chiamato a formulare ogni più attenta valutazione, non esclusa quella relativa al potenziale rischio di dover corrispondere, in caso di esito negativo dell'azione, le spese di lite anche in favore dell'assicurazione eventualmente chiamata in garanzia dall'avvocato-convenuto, stante il noto orientamento per il quale le spese del terzo chiamato, anche se l'attore non ha dichiarato di estendere la propria domanda nei confronti di quest'ultimo, vanno poste a carico della parte attrice medesima, atteso il consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità, recentemente ribadito con l'affermare «Il rimborso delle spese processuali sostenute dal terzo chiamato in garanzia dal convenuto deve essere posto a carico dell'attore qualora la chiamata in causa si sia resa necessaria in relazione alle tesi sostenute dall'attore stesso e queste siano risultate infondate, a nulla rilevando che l'attore non abbia proposto nei confronti del terzo alcuna domanda. Il rimborso, peraltro, rimane, invece, a carico della parte che ha chiamato o fatto chiamare in causa il terzo qualora l'iniziativa del chiamante si rilevi

⁽⁸⁵⁾ Cass., sez. III, 19 gennaio 2024, n.2109, in *Giust. civ.*, Mass., 2024.

manifestamente infondata o palesemente arbitraria»⁽⁸⁶⁾.

L'obbligazione dell'avvocato resta una obbligazione di mezzi, e tanto non appare seriamente revocabile in dubbio, seppure non può trascurarsi di evidenziare che, come del resto ha avuto modo di affermare la giurisprudenza di legittimità, quella che nasce come obbligazione di mezzi può trasformarsi in obbligazione di risultato ove le parti si accordino in tal senso.

Infatti, l'avvocato ed il suo cliente sono assolutamente liberi di stabilire che il legale assuma l'obbligo di far conseguire, tramite l'espletamento della propria attività professionale, un determinato risultato al proprio cliente, per cui un accordo di tal fatta, è suscettibile di determinare, a carico delle parti del contratto di opera professionale, determinate conseguenze giuridiche, che in questo caso legittimamente possono dirsi prodotte *secundum eventum litis*⁽⁸⁷⁾.

In questa prospettiva, è doveroso evidenziare che ogni legale che decida di assumersi con il cliente l'impegno di fargli raggiungere quel risultato che quest'ultimo tanto agogna, deve ben tenere presente che, salvo il caso (che ovviamente anch'egli si augura) in cui il risultato pattuito venga effettivamente conseguito (eventualità in cui potrà dirsi per il medesimo sorto il diritto al conseguimento del compenso pattuito con il cliente), ben diversa risulterà la situazione (con i conseguenti potenziali riflessi economici negativi per il predetto avvocato, sia in termini di danno emergente, sia di lucro cessante) nel caso in cui il risultato non venga conseguito, non potendo neanche invocare, a propria discolta, l'eventuale caso fortuito e/o fatto di un terzo estraneo che abbia impedito il conseguimento del risultato contrattualmente pattuito. Infatti, di sicuro in caso di mancato raggiungimento del risultato "promesso", qualunque sia la causa, l'avvocato perde il diritto al compenso⁽⁸⁸⁾; ed a tale già spiacevole eventualità per l'avvocato

⁽⁸⁶⁾ Cass., sez. I, 18 aprile 2023, n. 10364, in *Guida al Diritto*, 2023, 36.

⁽⁸⁷⁾ Cass., sez. II, 11 gennaio 2010, n. 230, in *Vita not.*, 2011, I, 139.

⁽⁸⁸⁾ Rappresentando il pagamento del compenso la controprestazione del cliente sinallagmaticamente collegata al positivo assolvimento della prestazione che l'avvocato

(che avrà lavorato sostanzialmente gratis) può associarsi quella, ancora più deprecabile, di una contestazione di responsabilità professionale da parte del suo (*ex*) cliente, che gli imputa di avergli provocato un danno rappresentato dal mancato conseguimento di quel risultato che l'avvocato si era obbligato a fargli ottenere, conseguentemente chiedendogli il risarcimento, allorquando il mancato conseguimento di tale risultato venga eziologicamente ricollegato alla prestazione professionale dell'avvocato.

Allora, in un simile contesto, all'avvocato, per provare a tutelarsi al meglio possibile — ad avviso di chi scrive, ovviamente — non resta che evitare di assumersi, nel rapporto con il cliente, simili impegni, suscettibili appunto di stravolgere la natura originaria della sua obbligazione, trasformandola da obbligazione di mezzi ad obbligazione di risultato, anche perché prudenza e diligenza — indubbiamente quelle richieste dal secondo comma dell'art. 1176 c.c. — impongono al legale di tenere presente che vi sono o possono intervenire elementi e/o fattori che si pongono al di fuori della sua sfera di controllo; in ogni caso, se proprio ritiene di non poter evitare di assumere un simile impegno con il cliente, prima di farlo dovrà curare di essere munito di adeguata copertura assicurativa⁽⁸⁹⁾, esaminando con attenzione tutte le clausole della polizza, soprattutto nel caso in cui — come da prassi da tempo consolidata per le coperture della r.c. professionale — la garanzia venga prestata secondo l'ormai imperante schema *claims made*, che è noto condizionare l'operatività della copertura a tutta una serie di eventi, anche indipendenti dalla volontà dell'assicurato, e che potrebbe pertanto lasciarlo privo di copertura nonostante abbia stipulato una polizza, essendo altrettanto noto che tale schema di copertura potrebbe, nella ricorrenza di determinate condizioni nell'ambito di una fattispecie concreta, esporre il professionista a

si è contrattualmente impegnato ad eseguire, ovvero far conseguire al cliente quella specifica utilità che quest'ultimo aveva di mira.

⁽⁸⁹⁾ Come è noto obbligatoria per effetto dell'art. 12, l. 31 dicembre 2012, n. 247, i cui contenuti sono stati concretamente individuato dal d.m. 22 settembre 2016 del Ministero della Giustizia.

qualche vuoto di copertura, come del resto recentemente riconosciuto dalla Suprema Corte ⁽⁹⁰⁾, con le immaginabili conseguenze economiche negative per il malaugurato legale, esposto al rischio di un duplice pregiudizio economico ⁽⁹¹⁾.

Rischio e potenziale danno che, peraltro, in simili eventualità non potranno ritenersi illegittimi, avendo affermato infatti la Suprema Corte che la clausola *claims made* e la disciplina recata dalla norma dell'art. 2965 c.c. si pongono, tra loro, su piani diversi e non comunicanti, dato che l'anzidetta clausola si configura come delimitativa dell'oggetto del contratto, «correlandosi l'insorgenza dell'indennizzo, e, specularmente dell'obbligo di manleva, alla combinata ricorrenza della condotta del danneggiante (la vicenda storica determinativa delle conseguenze patrimoniali di cui l'assicurato intende traslare il rischio, cioè, del "danno") e della richiesta del danneggiato» ⁽⁹²⁾; il tutto non trascurando di evidenziare in ogni caso l'importanza di doversi munire di adeguata copertura assicurativa rimane ferma — come appare evidente — anche nell'ipotesi in cui l'avvocato non si sia assunto l'impegno di far conseguire un determinato risultato al cliente, visto che comunque deve cautelarsi da eventuali richieste risarcitorie del cliente in caso di esito negativo della lite che il cliente ritenga dovuto a sua responsabilità.

GIANLUCA CASCELLA

⁽⁹⁰⁾ Infatti, la recentissima Cass., sez. III, 2 febbraio 2024, n. 3123, in *www.cassazione.net*, ha chiarito che «In tema di assicurazione della responsabilità civile, la clausola "*claims made*" non integra una decadenza convenzionale, nulla ex articolo 2965 c.c. nella misura in cui fa dipendere la perdita del diritto dalla scelta di un terzo, dal momento che la richiesta del danneggiato è fattore concorrente alla identificazione del rischio assicurato, consentendo pertanto di ricondurre tale tipologia di contratto al modello di assicurazione della responsabilità civile, nel contesto del più ampio "*genus*" dell'assicurazione contro i danni ex articolo 1904 c.c., della cui causa indennitaria la clausola "*claims made*" è pienamente partecipe».

⁽⁹¹⁾ Che si troverebbe ad avere pagato una polizza che non lo copre, nonché esposto al rischio di dover risarcire i danni al cliente che il medesimo lamenta aver subito in conseguenza del suo inadempimento professionale.

⁽⁹²⁾ Cass. civ., sez. III, 22 aprile 2022, n. 12908, in *Giust. civ.*, Mass., 2022.

ABSTRACT: Il Tribunale di Bologna, nella decisione qui commentata, ha esaminato una richiesta di pagamento del compenso professionale formulata da un avvocato nei confronti di suoi ex clienti per le prestazioni professionali svolte in favore di questi in una controversia societaria attraverso due gradi di giudizio statuendo che, per pervenire ad affermare la responsabilità dell'avvocato per condotta colposa omissiva occorre formulare un giudizio prognostico circa l'esito che l'attività che si assume omissa avrebbe ottenuto se invece compiuta. Tale giudizio, seppur non richiede si addivenga al riconoscimento di una sostanziale certezza della sussistenza del nesso eziologico tra compimento dell'attività ed esito favorevole della lite, richiede quantomeno una prova che assurga al livello dimostrativo della preponderanza dell'evidenza (il criterio del "più probabile che non") perché solo in tal caso potrà dirsi dimostrata la colpa professionale dell'avvocato, per violazione dei suoi doveri di diligenza, e la conseguente esistenza di un danno risarcibile: in mancanza di simile prova, non vi è alcun margine per parlare di responsabilità professionale, né tantomeno di danni risarcibili.

ABSTRACT: *The Court of Bologna, in the decision commented on here, examined a request for payment of professional compensation formulated by a lawyer towards his former clients for the professional services carried out in favor of them in a corporate dispute through two levels of judgment, ruling that, in order to assert the lawyer's liability for negligent omission, it is necessary to formulate a prognostic judgment regarding the outcome that the activity which is assumed to have been omitted would have obtained if it had instead been carried out. This judgment, although it does not require the recognition of a substantial certainty of the existence of the etiological connection between the completion of the activity and the favorable outcome of the dispute, requires at least proof that rises to the level of demonstration of the preponderance of the evidence (the criterion of "most probable that not") because only in this case can the professional negligence of the lawyer be said to be demonstrated, due to violation of his duties of diligence, and the consequent existence of compensable damage: in the absence of similar proof, there is no margin to discuss of professional liability, nor of compensable damages.*