



GIANLUCA SICCHIERO

Professore ordinario di diritto privato – Università Ca' Foscari di Venezia

LA DILIGENZA PARTICOLARE DEL PROFESSIONISTA: DALL'OBBLIGO INFORMATIVO AL DOVERE DI CONSIGLIO (ART. 1176 C.C.)

SOMMARIO: 1. *L'obbligo di diligenza come clausola generale.* – 2. *La diligenza in concreto.* – 3. *La ragionevolezza nella valutazione della diligenza prestata: gli obblighi informativi.* – 4. *Gli obblighi di consiglio e di dissuasione.*

1. – L'obbligo di diligenza, al pari di quelli di correttezza (art. 1175 c.c.) e di buona fede (artt. 1337, 1375), rientra nel novero delle clausole generali che prescrivono alle parti un comportamento di cui non definiscono il contenuto: parlando appunto di correttezza, diligenza, buona fede, denotano una tensione verso un atteggiamento di generale lealtà, senza dire però in cosa consista.

Questo è peraltro il compito delle clausole generali, la cui funzione è di costituire un trait d'union tra la disposizione estremamente analitica e i valori principali dell'ordinamento: se da un lato la prima costituisce solo un omaggio all'illusione che tutto possa essere adeguatamente disciplinato¹, gli altri rischiano invece di essere relegati al semplice programma, tanto vago da sfuggire alla concretezza.

Ci sono voluti decenni per accettare l'idea che anche le clausole generali svolgano un ruolo autonomo: solo a rileggere qualche antica decisione per la quale, ad es., la regola sulla buona fede, da sola, non era idonea a prescrivere alcun comportamento, necessitando di altra disposizione di supporto, ben si comprende quale sia stata la difficoltà concettuale che queste disposizioni trascinano con sé².

Il giurista domestico ha sempre avuto paura dell'arbitrio del giudice nel riempire la clausola

¹“Le clausole generali servono allora a combattere quella vacua coazione a prescrivere di tutto”: DI MARZIO, *Rin-giovanire il diritto? Spunti su concetti indeterminati e clausole generali*, in *Giust. civ.*, 2014, 377; tra gli altri v. anche RODOTA', *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, 189; GALGANO, *Trattato di diritto civile*, Padova, 2010, II, 563 ss., spec. 565

²La tesi per cui “la violazione dei doveri di correttezza e buona fede ove non siano considerati in forma primaria ed autonoma da una norma –come nell'ipotesi di concorrenza sleale ex art. 2598 c.c.– costituisce solo un criterio di qualificazione e di valutazione del comportamento dei contraenti. Pertanto, un comportamento ad essi contrario non può essere reputato illegittimo e, quindi, fonte di responsabilità ove al contempo non concreti la violazione di un diritto altrui, già direttamente riconosciuto da una norma giuridica” era affermata da Cass., 20 luglio 1977, n. 3250; cfr. inoltre, anche per altri profili, *id.*, 23 marzo 1979, n. 1690; *id.*, 18 ottobre 1980, n. 5610. In letteratura v. in quel senso COTTINO, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore*, Milano, 1955, 50.

JUS CIVILE



generale, ma forse gli era sfuggito quanto fosse più arbitrario impedire alla regola di funzionare in ragione della sua formulazione³, quando invece il *redde rationem* è l'unico modo di controllare la decisione, posto che questo è, alla fine, il criteri di razionalità e di ragionevolezza⁴ di ogni decisione, quale che sia la regola da applicare.

Proprio la regola della buona fede ha tracciato il percorso; valutando la ragionevolezza delle decisioni si è potuto scrivere un primo catalogo di applicazioni che ne hanno concretizzato la funzione⁵: l'abuso del potere di maggioranza come di quello di minoranza, l'approfittare con opportunismo di un momento di difficoltà della controparte, fino all'utilizzo del processo per locupletare vantaggi che non spettano⁶.

Il metodo è positivo, consente di stabilizzare la regola nella concretezza ma anche, nel tempo, di esaltarne le potenzialità per tutti i casi della vita che ancora devono accadere.

2. – Il problema della diligenza nell'adempimento è che la regola è stata oggetto di una finzione: la si è considerata già efficiente ed operativa, come se fosse già stata completa e pronta all'uso, in forza del richiamo a concetti che sono invece evanescenti.

Le parole ancora utilizzabili della Relazione, al n. 559, sono emblematiche: si tratterebbe di “una di quelle formule elaborate dalla giurisprudenza romana e dalla tradizione romanistica, che desumono il loro contenuto dalle concezioni dominanti nella coscienza sociale, e che, per la loro adattabilità alle situazioni di fatto, rispondono in modo eccellente ai bisogni vario della vita di relazione. La figura del *bonus paterfamilias* non si risolve nel concetto di “uomo medio”, ricavabile dalla pratica della media statistica; ma è un concetto deontologico, che è frutto di una valutazione espressa dalla coscienza generale. È il modello di cittadino e di produttore, che a ciascuno è offerto dalla società in cui vive; modello per sua natura mutevole secondo i tempi, le abitudini sociali, i rapporti economici e il clima politico”.

³ Sulla necessità di cercare sempre un significato operativo della disposizione cfr. per tutti, MESSINEO, *Variazioni sul concetto di rinuncia alla prescrizione*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1957, 505; BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Torino, 1993, 227; CASELLA, *Nullità parziale del contratto ed inserzione automatica di clausole*, Milano, 1974, 109; BURROWS, *Interpretation of documents*, Londra, 1946, 62 ed ivi 92 ss. per la regola ermeneutica *res magis valeat quam pereat*; LEWISON, *The interpretation of contracts*, Londra, 1989, 127 ss., 140 ss.

⁴ PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali*, Milano, 2013, 22 ss., ove si ricorda il diverso modo di argomentare dei giudici: dalla regola al caso, temperando la soluzione mediante le clausole generali se irragionevole, per il giuristi continentale; utilizzando invece direttamente la ragionevolezza nel *common law* (ovviamente tenendo conto dell'avvicinamento dei due sistemi); la verifica di come il principio operi nei sistemi di *common law* è operata anche da TROIANO, *La “ragionevolezza” nel diritto dei contratti*, Padova, 2005, 81 ss., ove anche i dati sui sistemi tedesco, olandese, francese e canadese (Québec); v. anche RICCI, *Il criterio della ragionevolezza nel diritto privato*, Padova, 2007, 110 ss.

⁵ Sui cd. *Fallgruppen v. DI MARZIO*, cit., 371; DI MAJO, *Dell'adempimento in generale*, nel *Comm. Scialoja e Branca* a cura di Galgano, sub art. 1176, Bologna-Roma, 1988, 119, ma già RODOTA', cit., 191 ss.; VISINTINI, *La responsabilità contrattuale*, Napoli, 1979, 161.

⁶ Per la casistica v. GALGANO, cit., 565 ss.



Da un lato l'astrazione del richiamo al buon padre di famiglia⁷, parole uscite indenni dall'emenda del codice civile ai riferimenti al fascismo: il buon padre di famiglia romano, che nessuno ha mai visto, era diventato l'uomo virile fascista⁸, che per fortuna è scomparso, trasformandosi però in un altro soggetto ancora, il debitore che adempie senza dover essere pedante e pignolo ma nemmeno trascurato e superficiale.

Parole buone ad ogni necessità se non fossero state giustificate sulla base di riferimenti che si indicavano concreti senza che esistesse un solo documento da cui ricavarne lo spessore.

Quale è la diligenza media del pulitore a secco⁹? E quella dell'albergatore¹⁰?

Non che le decisioni che hanno utilizzato questi concetti, alla fine, appaiano arbitrarie: se lascio i bagagli in albergo mi attendo che siano custoditi; se consegno i vestiti al pulitore, è lui che deve avvisarmi che la sua macchina può danneggiare certi capi; il fatto è che la motivazione fondata sulla diligenza, se richiama comportamenti che nessuno potrà mai documentare, appare ben più arbitraria di quella che, confrontando l'alternativa, qualifichi come ragionevole quella prescelta; dicendo ad es. che è appunto più ragionevole che l'albergatore custodisca i bagagli anziché lasciarli in balia dei ladri.

In questo modo si sarebbe potuto – si può ancora – attribuire senso alla disposizione sulla base di un ragionamento argomentato anziché in forza di richiami alla metafisica: insomma, rifacendo per la diligenza lo stesso cammino della buona fede.

Il tentativo è particolarmente delicato se riferito alla diligenza di cui parla il capoverso dell'art. 1176 c.c.; già la disposizione in sé è stata oggetto di lunghe discussioni tra chi riteneva trattarsi della pura specificazione di quanto prevede il primo comma¹¹ e chi, al contrario, vedeva in questo secondo comma la vera disposizione operativa¹².

Ma il profilo particolarmente complesso attiene alla possibilità di individuare i comportamenti diligenti di colui che non sia tenuto a raggiungere il fine sperato dal cliente, per la sempli-

⁷ CARPONI SCHITTAR, *Il buon padre di famiglia: un parametro in via di soppressione*, in *Temi*, 1976, pp. 450 ss. rileva l'impossibilità di far riferimento a quella nozione romana.

⁸ Ne era convinto ad es. BARASSI, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 1940, 246; la formula fa il pari con quella del passato regime sovietico, ricordata da COLAGROSSO, *Teoria generale delle obbligazioni e dei contratti*, Roma, 1948, 42, e poi da GIORGIANNI, *L'inadempimento*, Milano, 1975, 337, del "lavoratore dell'industria sovietica".

⁹ Per Cass., 29 novembre 1984, n. 6257, *Giust. civ.*, 1985, I, 3150 "all'artigiano che esercita l'attività professionale di lavatura a secco resta applicabile l'art. 1176, 2° comma, c.c., con la conseguenza che la diligenza nell'eseguire il lavoro a regola d'arte e secondo le tecniche proprie di quell'attività a lui richiesta non è solo quella generica del buon padre di famiglia, bensì la diligenza più intensa e concreta che incombe al lavoratore qualificato ed esperto in una certa attività professionale e con riferimento al risultato specifico che comporta l'obbligazione da lui assunta".

¹⁰ Ad es. Cass., 21 dicembre 1990, n. 12120 parla del "comportamento che relativamente alla custodia delle cose ricevute in consegna viene comunemente praticato da parte di coloro che esercitano la medesima professione (albergatori)".

¹¹ V. ad es. DI MAJO, cit., 430 ss. oppure

¹² NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, II, Milano, 1984, 93 ss., perché ritiene che il vero criterio di riferimento sia quello del secondo comma della disposizione in esame e ciò consentirebbe "di rilevare l'assurdità del riferimento ad un criterio astratto ed unitario, che dovrebbe valere da costante metro di valutazione di un indeterminato numero di ipotesi; nello stesso senso v. poi BRECCIA, *Le obbligazioni*, nel *Tratt. Iudica e Zatti*, Milano, 1991, 237 ss., spec. 240-241

JUS CIVILE



ce ragione che non può essere oggetto di promessa, perché sfugge al dominio del debitore professionista.

Sebbene la distinzione –mezzi-risultato o, come preferiamo, ad oggetto governabile o meno¹³ sia parsa inadeguata per lungo tempo, dicendosi che il comportamento adeguatamente diligente costituisce in sé un risultato¹⁴, sicché tutte le obbligazioni sarebbero di risultato, in realtà il problema resta comunque il medesimo: consistendo in entrambi i casi, sia pure con diversa latitudine, nel poter dire quando il comportamento del professionista debitore sia stato adeguatamente diligente.

La letteratura è convinta che si possa far riferimento al comportamento medio del professionista¹⁵, ma queste indicazioni non convincono: lo scetticismo di chi vuol conoscere i fatti porta ad una conclusione inevitabile e cioè che questo comportamento medio non esiste e proprio per ciò nessuno lo ha mai accertato: nel senso che non esiste alcun documento da cui lo si possa ricavare.

Alla fine quelle parole costituiscono un rinvio all'ineffabile, al pari degli altri già visti.

Ma qui c'è di più: perché occorre anzitutto verificare se il comportamento cui il debitore professionista si sia obbligato rientri o meno nella sua disponibilità, cioè se egli sia in grado di garantirlo.

L'avvocato, ad es., può garantire l'iscrizione a ruolo della causa nei termini di legge, mentre non può garantire la vittoria della causa.

Si può allora parlare di responsabilità per inadempimento ex art. 1218 c.c., senza che rilevi la diligenza (semmai il fortuito), negli errori consistenti nel non indicare la data di comparizione avanti al tribunale nell'atto di citazione¹⁶, nel notificare tardivamente l'appello¹⁷, nel non restituire i documenti al cliente in tempo utile perché egli possa attivarsi giudizialmente¹⁸.

Anche il notaio è tenuto ad effettuare i controlli sulle trascrizioni prima di procedere alla stipula di un atto ed anche qui sussiste errore professionale ai sensi dell'art. 1218 c.c. nel non aver provveduto: giustamente il S.C. ritiene che, in questa ipotesi, non si possa invocare l'esimente dell'art. 2236 in relazione alla situazione di arretrati in cui versasse la conservatoria competente¹⁹,

¹³ Per una lettura riassuntiva v. SICCHIERO, *Dalle obbligazioni "di mezzi e di risultato" alle "obbligazioni governabili o non governabili"* in *Contr. impr.*, 2016, 1391 ss.

¹⁴ Ovvio il riferimento al fondamentale scritto di MENGONI, il cui saggio *Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi"* *Studio critico*. comparve in fascicoli successivi della *Riv. dir. comm.* del 1954.

¹⁵ DE MATTEIS, *La diligenza professionale*, in AA.VV., *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*, a cura di Cabella Pisu e Nanni, Padova, 1998, 341 parla ad es. diligenza professionale "come parametro che, commisurato al tipo speciale del singolo rapporto, consente di valutare la conformità o difformità del comportamento a quello dovuto, facendo leva non tanto sulla normalità statistica quanto sul livello di rendimento tecnico, oggettivamente esigibile sulla base delle regole tecniche messe a punto nei singoli settori". Ma nel passato si esprimeva già così CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, Milano, 1958, 53 ss.

¹⁶ Cass., 23 aprile 2002, n. 5928.

¹⁷ Trib. Salerno, 29 febbraio 1980, *Foro nap.*, 1981, I, 271.

¹⁸ Cass., 4 dicembre 1990, n. 11612.

¹⁹ Con le parole di Cass., 27 ottobre 2011, n. 22398, in *Giust. civ.*, 2012, I, 1260, "in relazione alla inosservanza dell'obbligo di espletare la visura dei registri immobiliari in occasione di una compravendita immobiliare, il notaio

JUS CIVILE



quantomeno perché non spetta al notaio decidere se procedere con la vendita senza che si sia accertata la consistenza effettiva giuridica dell'immobile.

Questo significa che il problema della diligenza si pone solo per le prestazioni che sfuggono al controllo del professionista, dato che qui sì la prestazione consiste nella diligenza da prestare per tentare di raggiungere il risultato, laddove nell'altro caso la diligenza non conta, dato che il professionista sarà adempiente solo se raggiungerà il risultato, salvo dimostrare il caso fortuito o la forza maggiore (art. 1218 c.c.).

Se, come ci pare, la diligenza rileva solo nelle prestazioni non governabili, in cosa consiste il comportamento diligente?

Se una regola prescrive esattamente il comportamento da tenere, saremo fuori da questo problema, perché si tratterà di aver seguito o meno le indicazioni della norma.

Se invece la disposizione non entra nel merito, allora pare impossibile parlare di diligenza, dato appunto che la regola tace; l'impossibilità di prevedere in anticipo le attività necessarie è infatti, a ben vedere, la ragione per cui queste non sono codificate, diversamente da quanto si è fatto negli artt. 1181 ss.

Ciò ha indotto a ritenere che la prestazione professionale sia caratterizzata dal "suo contenuto discrezionale" e dalla relativa "ampia libertà di attuazione"²⁰ ma questi termini, che poggiamo sull'autonomia della competenza del debitore professionista, non vanno tuttavia intesi come dichiarazione di irresponsabilità e nemmeno di totale discrezionalità, che ovviamente nessuno afferma. Se così si pensasse, infatti, dovremmo evidenziare "una vera e propria petizione di principio; cioè, che la professione implichi il libero esercizio di un'attività e che in esso si esaurisca"²¹, mentre invece, ad es., la decisione sul rischio da percorrere spetta invece solo al creditore²².

Il punto di equilibrio non può dunque mai consistere nel ritenere non giudicabile la diligenza

non può invocare la limitazione di responsabilità prevista per il professionista dall'art. 2236 c.c. con riferimento al caso di prestazione implicante la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà (nella specie per l'arretrato in cui versavano le conservatorie all'epoca della stipula e per la necessità di esaminare le annotazioni provvisorie di cui ai c.d. mod. 60), in quanto tale inosservanza non è riconducibile ad un'ipotesi di imperizia, cui si applica quella limitazione, ma a negligenza o imprudenza, cioè alla violazione del dovere della normale diligenza professionale media esigibile ai sensi del 2° comma dell'art. 1176 c.c., rispetto alla quale rileva anche la colpa lieve"; *id.*, 15 giugno 1999, n. 5946; *id.*, 20 gennaio 1994, n. 475. Invece il notaio non risponde se i registri siano incompleti e ciò renda "di fatto impossibile l'individuazione dell'iscrizione ipotecaria": Cass., 28 settembre 2012, n. 16549.

²⁰ GIACOBBE, voce *Professioni intellettuali*, *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, 1987, 1073; ma già RIVA SANSEVERINO, *Del lavoro autonomo in generale*, nel *Comm. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1963, 192, 214; SANTORO PASSARELLI, voce *Professioni intellettuali*, *Nvss. dig. it.*, XIV, Torino, 1967, 23; TACCHI, voce *Professioni, Professioni, arti e mestieri*, *dir. amm.*, in *Enc. giur.*, Roma, 1991, XXIV, *ad vocem*, 6.

²¹ ANASTASI, Voce *Professioni, Professioni intellettuali e subordinazione*, *dir. lav.*, *Enc. giur.*, XXIV, Roma, 1991, *ad vocem*, 1.

²² CATTANEO, cit., 179. Esatta quindi la scelta di Trib. Milano, 25 febbraio 2005, *Resp. e risarc.*, 2005, 71, per cui "l'informazione nei confronti del paziente deve essere relativa alla natura dell'intervento medico chirurgico, alla sua portata ed estensione, ai rischi, ai risultati conseguibili, alle possibili conseguenze negative, alla possibilità di conseguire il medesimo risultato attraverso altri interventi e ai rischi di questi ultimi; quindi il paziente deve essere messo concretamente in condizione di valutare ogni rischio e ogni alternativa".

JUS CIVILE



delle attività non governabili: perché in questo modo si ripeterebbe l'antico errore compiuto per la buona fede, sterilizzando la regola anziché facendola funzionare bene.

3. – La soluzione del problema relativo alla valutazione della diligenza, per quanto detto sopra, è allora la stessa utilizzata per la buona fede: di fronte al comportamento che il giudice debba valutare, il criterio sarà sempre quello della ragionevolezza, di cui la sentenza deve *reddere rationem*. In tal senso, ad es., nel decidere se sia stato diligente l'avvocato che abbia mandato in decisione la causa senza chiedere al cliente quali fossero i mezzi di prova da indicare, affermare la negligenza di questo comportamento²³ è più ragionevole che dire il contrario, cioè che bene abbia fatto il difensore ad infischiarci delle prove da far assumere. Questo perché non è ragionevole eseguire la prestazione senza assumere comportamenti che sono funzionalmente diretti al fine dovuto, anche se tale valutazione seguirà la scelta operata dal debitore, nel momento in cui verrà contestata: ma ciò è intrinsecamente corretto, data la libertà di scelta dei mezzi di cui gode il debitore, appunto purché ragionevole.

L'esame delle molte decisioni che hanno valutato il comportamento di professionisti ha dimostrato che, nell'ambito delle prestazioni non governabili, ciò che è venuto a mancare è stato la doverosa reciproca informazione, sia nel senso che il professionista non ha informato il cliente dei rischi che l'attività comporta²⁴, sia nel senso che il professionista non si è fatto dare dal cliente le informazioni necessarie per i propri compiti²⁵, quest'ultimo costituendo il c.d. obbligo di sollecitazione.

Il nostro ordinamento non è avulso da obblighi simili, solo a ricordare che l'art. 2381 c.c. stabilisce l'obbligo per gli amministratori "di agire in modo informato", imponendo ad eventuali organi delegati sia l'obbligo di informare tutti gli amministratori, sia il diritto di questi di assumere tali informazioni²⁶. Un ulteriore obbligo di legge relativo all'assunzione delle "informazioni necessarie" è previsto altresì dall'art. 21 del testo unico dell'intermediazione finanziaria (d. lgs. n. 58/1998), sicché la relativa omissione, anche se determinata dal rifiuto del cliente di fornirle²⁷, pur incidendo su una prestazione non governabile (perché l'investimento nei mercati

²³ Ritenuto responsabile da Cass., 12 aprile 2011, n. 8312, *Foro it.*, 2011, I, 1713, la quale ha appunto precisato che non era onere del cliente provare di aver fornito al difensore la lista dei testimoni, ma spettava all'avvocato dimostrare di aver sollecitato al cliente tale comunicazione, in tempo utile per poterla utilizzare in giudizio o, quanto meno, di aver chiesto al giudice la fissazione del termine per provvedere all'indicazione, secondo l'istanza già formulata nell'atto di citazione. Sull'obbligo di sollecitazione v. altresì Trib. Milano, 29 marzo 2005, *Corr. giur.*, 2005, 1409.

²⁴ Su quest'obbligo informativo v. ad es. LEGA, *Le libere professioni intellettuali*, Milano, 1974, 82, 646; PERULLI, *Il lavoro autonomo*, nel tratt. *Cicu-Messineo*, Milano, 1996, 472 ss.; FRANZONI, *Il professionista e criteri per l'accertamento della responsabilità*, *Contr. impr.*, 2015, 601 ss.; MUSOLINO, *Contratto d'opera professionale*, in *Commentario al c.c. Schlesinger-Busnelli*, Milano, 2014, 521 ss.

²⁵ Così già LEGA, cit., 646.

²⁶ In argomento si vedano le osservazioni di ZANARDO, *Delega di funzioni e diligenza degli amministratori nelle società per azioni*, Padova, 2010, 115 ss.

²⁷ Cass., 19 ottobre 2012, n. 18039, *Foro it.*, 2013, I, 2928; Trib. Mondovì, 24 marzo 2010, *Giur. it.*, 2011, 1091; Trib. Novara, 2 novembre 2009, *Giur. it.*, 2010, 601.

JUS CIVILE



finanziari è per propria natura aleatorio), costituisce inadempimento senza ulteriori valutazioni, altro essendo ovviamente il problema della determinazione del danno che ne consegue.

Orbene, procedendo come si è fatto per la buona fede, si può appunto dire che diligente è il professionista che assume le informazioni necessarie per cercare di raggiungere il risultato che il cliente vorrebbe e che comunica al cliente i rischi che la sua attività comporta²⁸.

Infatti il cliente si rivolge al professionista proprio perché non possiede le capacità tecniche per espletare l'attività che gli chiede, sicché è il professionista che deve premunirsi di costituire l'adeguato flusso informativo.

Governabile, nel primo senso, è ad es. l'informazione al cliente sul fatto che un provvedimento sia impugnabile, sicché qui non si potrà invocare l'esimente della colpa lieve ex art. 2236²⁹; si tratta di verificare, in altre parole, se l'informazione attenga a conoscenze che il professionista deve possedere in quanto esercita la propria attività, sicché sussisterà la sua responsabilità "in applicazione del parametro della diligenza professionale (art. 1176, 2° comma, c.c.) ... rinvenendo fondamento detta responsabilità anche nella colpa lieve, qualora la mancata prospettiva di tali questioni sia stata frutto dell'ignoranza di istituti giuridici elementari e fondamentali, ovvero di incuria ed imperizia insuscettibili di giustificazione"³⁰.

Nello stesso senso, poi, la giurisprudenza nega che costituisca colpa lieve ex art. 2236 c.c. la circostanza che il medico si fidi delle dichiarazioni del paziente e non proceda autonomamente alla "ricerca della situazione effettivamente esistente in capo al paziente, almeno per quanto attiene alle evidenze del suo stato psico-fisico"³¹.

Correttamente si ritiene inoltre negligente il notaio che non avvisi l'acquirente che il venditore, che a propria volta abbia acquistato un bene da un mutuatario (con ipoteca a proprio carico), possa vedersi espropriato il bene se il mutuatario non adempia i propri obblighi, perché il diritto di seguito delle garanzia reale è nozione elementare di diritto che il notaio deve possedere³² al fine di comunicare alle parti le circostanze rilevanti.

Quindi va sicuramente affermata la responsabilità del professionista che "omette di correggere gli effetti della negligenza del cliente", dovendosi intendere con queste parole l'omessa sollecitazione di tutti i dati che possano servire all'esecuzione della prestazione³³.

Può anche darsi però che la informazioni non possano scendere in profondità: l'avvocato, ma

²⁸ Per una disamina che non può essere contenuta in una nota di commento v. SICCHIERO, *Dell'adempimento*, nel *Comm. Schlesinger-Busnelli*, Milano, 2016, sub art. 1176 c.c., 206 ss.

²⁹ Cass., 26 febbraio 2013, n. 4781, *Foro it.*, 2013, I, 1135: "qualora all'avvocato sia addebitabile l'omessa informazione al cliente circa la possibilità di appellare la sentenza dichiarativa dell'estinzione del giudizio, con conseguente preclusione della tutela giurisdizionale e perdita del diritto, si configura un inadempimento totale del professionista anche rispetto alle prestazioni eseguite prima della predetta sentenza, in quanto espletate inutiliter"; *id.*, 18 giugno 1996, n. 5617, *Giur. it.*, 1997, I, 1, 638.

³⁰ Cass., 14 novembre 2002, n. 16023.

³¹ Cass., 12 settembre 2013, n. 20904.

³² Cass., 27 novembre 2012, n. 20991, *Vita not.*, 2013, 356.

³³ Parla di onere, sia per il cliente che per il professionista, CAFAGGI, voce *Responsabilità del professionista*, *Dig. civ.*, XVII, Torino, 1998, 204-205.

JUS CIVILE



anche il notaio, devono ben sapere che un mutamento della giurisprudenza può rovesciare le aspettative rispetto al passato e di ciò devono informare il cliente, senza poter prevedere altro che l'astratta possibilità: questo è però il limite intrinseco delle attività non governabili, senza la sfera di cristallo nessuno può dire di più, dovendo però avvisare della possibilità.

C'è però di dire, per completezza, che l'informazione non può più ricondursi alla sola diligenza da adottarsi nel silenzio di specifiche norme prescrittive; infatti qui la regola c'è seppure incompleta ed è costituita dall'art. 9, comma 4, della l. n. 27/2012, in forza del quale *“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”*.

Dunque almeno per questo tipo di informazioni l'obbligo è testualmente di legge e non dipende dal significato che si intenda attribuire alla nozione di diligenza, che vale tuttavia per le informazioni diverse, cioè per quelle che il professionista debba chiedere al cliente per orientarsi nella prestazione.

Appare quindi condivisibile la decisione per cui *“nel caso d'incarico professionale avente ad oggetto un'attività stragiudiziale intesa alla formulazione di un parere, i doveri di informazione, sollecitazione e dissuasione, gravanti sul professionista, non costituiscono obbligazioni di mezzi”*³⁴, trattandosi appunto del dovere di trasmettere le informazioni, salvo solo riconoscere che talune informazioni, come si dirà subito, possono solo configurare l'esistenza di un rischio, senza poter scendere oltre.

L'obbligo informativo è stato ricondotto alla responsabilità precontrattuale³⁵, ma occorre precisare: è vero che la sua funzione iniziale è proprio quella di *“porre il destinatario nella condizione di valutare se intraprendere o meno la scelta”*³⁶, ma solo se l'informazione sia inesatta e il destinatario decida di non intraprendere la scelta, laddove invece assume consistenza di inadempimento contrattuale se il rapporto sorga.

4. – Il flusso informativo di cui abbiamo detto è per lo più di tipo conoscitivo, sebbene (ecco il limite preannunciato) non possa prescindere sempre da giudizi: come si fa a dire quanto sia complesso un incarico?

La cautela è d'obbligo: un'operazione di appendicite è statisticamente semplice, però statisticamente ovvero sempreché non vi siano complicanze che devono verificarsi al momento; chi scrive ha iniziato alcuni anni addietro 40 cause perfettamente identiche avanti al tribunale di

³⁴ Cass., 14 novembre 2002, n. 16023, *Danno e resp.*, 2003, 256; nella specie, è stata riconosciuta la responsabilità dell'avvocato che non aveva provveduto ad informare il cliente, formulando parere stragiudiziale, della possibilità che venisse eccepita la prescrizione.

³⁵ CAFAGGI, cit., 159; *contra* CATTANEO, cit., 176.

³⁶ CAFAGGI, *ibidem*.

JUS CIVILE



Venezia, delle quali 35 hanno avuto un esito e 5 un altro, a seconda dei magistrati che le hanno seguite, pur essendo gli atti esattamente gli stessi ed i fatti perfettamente uguali, diversi essendo solo, di volta in volta, i convenuti.

Tuttavia esistono due ulteriori profili del comportamento del professionista, che non è meramente informativo ma tende a dirigere il cliente verso una determinata scelta: si tratta dell'obbligo di consiglio del quale il secondo, il compito di dissuasione, costituisce una specie.

Sono doveri su cui la giurisprudenza si è già pronunciata ad es. proprio per il notaio, sul quale pure grava l'obbligo di informare il cliente circa gli aspetti rilevanti dell'atto che stia per concludere, di modo che sia lui ad accettare il rischio connesso all'operazione economica che sta realizzando³⁷.

Una pura informazione sui costi a carico del creditore cliente da parte del debitore avvocato può essere: l'imposta di registro, in caso di vittoria della lite, ammonta al 3% (o più a seconda dei casi), che è a carico in solido delle parti, salvo rivalsa (se non vi sia compensazione delle spese), a favore del vincitore: quindi il cliente deve sapere che è comunque tenuto ad anticiparla allo Stato ove non provveda l'altra parte.

Il compito di consiglio può avere tutt'altra consistenza: chiedendo al cliente se ritenga che la controparte sia in grado di pagare le somme dovute in caso di vittoria. Altrimenti potrebbe anche vincere la causa, ma dovrà pagare le competenze al proprio legale ed anticipare allo Stato l'imposta di registro (oltre al contributo unificato e le spese di consulenza tecnica), il che, alla fine, può risultare economicamente controproducente, perché darà luogo a spese senza ristoro.

Il dovere di consiglio attiene quindi alla prudenza del comportamento da adottare, talora senza potersi verificare prima quel che davvero accadrà: si pensi ai c.d. *overruling*, che possono trasformare una causa che si ipotizzi dalle ottime prospettive, trasformandosi in una sconfitta clamorosa³⁸.

Il dovere di consiglio si trasforma poi in dovere di dissuasione di fronte a comportamenti che al professionista appaiano rischiosi: non trascrivere una domanda giudiziale, ad es., può comportare una vittoria di Pirro e quindi, anche se occorre affrontare un (modesto) costo, il professionista legale deve tentare di dissuadere il cliente da una scelta che può risultare fatale.

Il notaio, del pari, deve tentare di dissuadere l'acquirente dal comprare un bene immobile

³⁷ Cass., 21 giugno 2012, n. 10296, *Vita not.*, 2012, 1489: "il notaio incaricato della stipula di un atto di compravendita immobiliare risponde dei danni patiti dall'acquirente a causa dell'assenza nell'immobile dei requisiti per il rilascio del certificato di abitabilità, a nulla rilevando che la mancanza di quei requisiti potesse essere agevolmente accertata dall'acquirente stesso, quando non sia dimostrato che il professionista abbia informato il cliente di tale situazione e delle sue possibili conseguenze".

³⁸ Per Cass., 11 marzo 2013, n. 5962: "affinché un orientamento del giudice della nomofilachia non sia retroattivo come, invece, dovrebbe essere in forza della natura formalmente dichiarativa degli enunciati giurisprudenziali, ovvero affinché si possa parlare di «*prospective overruling*», devono ricorrere cumulativamente i seguenti presupposti: che si verta in materia di mutamento della giurisprudenza su di una regola del processo; che tale mutamento sia stato imprevedibile in ragione del carattere lungamente consolidato nel tempo del pregresso indirizzo, tale, cioè, da indurre la parte a un ragionevole affidamento su di esso; che il suddetto «*overruling*» comporti un effetto preclusivo del diritto di azione o di difesa della parte".



senza prima effettuare i doverosi accertamenti sulle trascrizioni ed iscrizioni esistenti, che possono vanificare l'operazione posta in essere.

Alle volte la conoscenza delle conseguenze è nella scienza del professionista, perché la conoscenza della disciplina della trascrizione deve essere nel suo bagaglio culturale e non c'è scusa in proposito.

Aver escluso la responsabilità del difensore che, autorizzato dal cliente, non trascriva la domanda giudiziale³⁹, è in tal senso un errore proprio perché opera in senso opposto l'obbligo dissuasivo da un rischio così elevato, che può compromettere definitivamente la pretesa azionata: senza un'adeguata informazione, infatti, l'autorizzazione del cliente si basa su presupposti erronei circa la superfluità della trascrizione, non costituendo, in altre parole, un valido consenso.

Ugualmente errata è una diversa decisione per la quale, quando il notaio sia stato esonerato per ragioni di urgenza dalle visure ipotecarie, egli non risponde dei danni derivanti dall'esistenza di iscrizioni o trascrizioni pregiudizievoli nemmeno sia abbia omesso di dissuadere le parti, qui specificamente definito come dovere di consiglio⁴⁰, perché quel che viene a mancare, in un caso simile, è proprio l'assunzione cosciente del rischio da parte del creditore.

In un tale frangente ha ragione infatti chi afferma che seguire le istruzioni del cliente non esime da responsabilità⁴¹, mentre l'idea che il consenso del beneficiario assuma rilevanza per escludere profili di imperizia o negligenza⁴² in tanto vale, in quanto si tratti di consenso pienamente informato del rischio e valga quindi come sua assunzione cosciente.

Trattandosi di un giudizio prognostico, la scelta finale spetterà sempre al creditore, salva la necessità che il professionista rifiuti l'incarico ove ritenga di non essere in grado di svolgere l'attività adeguatamente⁴³, sia pure di fronte all'accettazione del rischio da parte del debitore, perché non si ritenga capace della diligenza che la peculiarità del caso comunque richieda⁴⁴.

³⁹ Cass., 3 febbraio 2012, n. 1605, precisando che il cliente deve aver volontariamente assunto il relativo onere, esonerandone il professionista.

⁴⁰ Cass., 1 dicembre 2009, n. 25270.

⁴¹ LEGA, cit., 836.

⁴² CAFAGGI, cit., 194-195.

⁴³ FRANZONI, cit., 602. Secondo Trib. Cagliari, 25 maggio 2011, *Riv. giur. sarda*, 2012, I, 75, "la responsabilità professionale dell'avvocato presuppone la violazione del dovere di diligenza media esigibile ai sensi dell'art. 1176, 2° comma, c.c.; tale violazione, ove consta nell'adozione di mezzi difensivi pregiudizievoli al cliente, non è né esclusa né ridotta per la circostanza che l'adozione di tali mezzi sia stata sollecitata dal cliente stesso, essendo compito esclusivo del legale la scelta della linea tecnica da seguire nella prestazione dell'attività professionale".

⁴⁴ Secondo Cass., 23 aprile 2002, n. 5928, "la disposizione dell'art. 2236 c.c., secondo cui quando la prestazione professionale implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il professionista non risponde dei danni se non in caso di dolo o di colpa grave, deve intendersi nel senso che l'impegno intellettuale richiesto in tali casi sia superiore a quello professionale medio, con conseguente presupposizione di preparazione e dispendio di attività anch'esse superiori alla media". Secondo altra decisione, poi, "risponde anche per colpa lieve il professionista che, nell'esecuzione di un intervento o di una terapia medica provochi un danno per omissione di diligenza ed inadeguata preparazione": Cass., 10 maggio 2000, n. 5945; più pertinente Trib. Verona, 15-11-1989, *Giur. mer.*, 1991, 751: "sussiste responsabilità per colpa professionale per imperizia e imprudenza ex art. 2236 a carico del dentista qualora abbia intrapreso un lavoro impegnativo e rischioso pur sapendo, o dovendo sapere, di non disporre di adeguata preparazione scientifica e capacità tecnica".

JUS CIVILE



Non è infatti accettabile l'idea che il debitore proceda nell'attività anche laddove ritenga di non essere all'altezza del compito che questa imponga, altra essendo invece la risposta allorché egli pensi di essere capace di far tutto ciò che sia necessario sebbene tanto possa in concreto non essere sufficiente; a patto che il creditore, ben informato di questo, ugualmente decida di tentare la sorte ma sempre fermo il diritto del debitore di rifiutare l'incarico⁴⁵.

Vi sono infine i comportamenti temerari del cliente, il quale vuole a tutti i costi tentare la sorte: qui diligente è il professionista che avvisa il cliente dell'estremo grado di improbabilità che ravvisa in quel tentativo e sarà suo diritto rifiutare l'incarico proprio perché lo ritenga temerario.

Se però il cliente adeguatamente informato intenda proseguire, allora il professionista non potrà essere accusato di aver violato il dovere di consiglio e di dissuasione: il diritto di lottare⁴⁶ spetta a tutti noi e nessuno può sopprimerlo; qui l'art. 2236 c.c. è la regola che sottrae il professionista da qualsiasi responsabilità che non debordi nella colpa grave.

⁴⁵ Secondo LEGA, cit., 836 ss., se le istruzioni del cliente sono vincolanti, il rapporto si trasforma in lavoro subordinato; in realtà si tratta dell'oggetto dell'incarico, rispetto al quale il professionista, per quanto esentato da responsabilità, può decidere anche di recedere dal rapporto già instaurato, ove questo sia caratterizzato da elementi fiduciari posti in crisi da istruzioni vincolanti su cui il professionista dissenta, come indica anche CAFAGGI, cit., 169, 172.

⁴⁶ Su quello del paziente v. Cass., 20 agosto 2015, n. 16993; più in generale PUCCELLA, *La causalità "incerta"*, Torino, 2007, 104, 148-149.