

ESAME DI AVVOCATO, TRACCE E SOLUZIONI POSSIBILI.

PARERE CIVILE

ANNO 2012

QUESITO N 1

Caio, cliente da anni della banca X, riferisce di aver versato alla stessa dopo la chiusura di alcuni rapporti di conto corrente con essa intrattenuti dal 1994 e il 2008, un importo comprensivo di interessi computati ad un tasso extra-legale, e capitalizzati trimestralmente per parte della durata dei suddetti rapporti e successivamente capitalizzati annualmente.

Il candidato, assunte le vesti di difensore di Caio, rediga motivato parere sugli istituti e su problematiche sottese alla fattispecie in particolare sulle prescrizioni dell'eventuale ripetizione di indebito, sull'anatocismo e sulla pattuizione inerente il tasso di interesse passivo.

SOLUZIONE

Il quesito sotteso alla traccia riguarda il tema dell'anatocismo bancario, pretendendo espressamente l'analisi di almeno tre punti nodali:

- prescrizione dell'eventuale azione di ripetizione dell'indebito;
- anatocismo;
- pattuizione inerente il tasso d'interesse passivo.

La prescrizione dell'azione di ripetizione dell'indebito segue l'ordinarietà di cui all'**art. 2946 c.c.**, non essendo disposto in modo diverso; con tale azione non si chiede l'accertamento della nullità (per cui opererebbe l'imprescrittibilità ex **art. 1422 c.c.**), ma di "riavere" ciò che si è pagato indebitamente ex **art. 2033 c.c.**

Da quando decorre tale prescrizione? Qual è il dies a quo? La prescrizione decorre dal momento della chiusura del conto perché si tratta di un rapporto unitario, con la conseguenza pratica – nel caso in esame – che di certo l'azione di Caio non sarà prescritta (**Cass. SS.UU. 2 dicembre 2010, n. 24418**; vedi anche **Cass. 9 aprile 1984, n. 2262**; **Cass. 14 maggio 2005, n. 10127**).

Il rapporto va visto in modo unitario (ed i "saldi" si fanno alla chiusura del conto) deponendo in questo senso i rilievi di cui:

- all'**art. 1842 c.c.** laddove afferma che la banca "si obbliga a tenere a disposizione";
- all'**art. 1852 c.c.** laddove è utilizzato l'inciso "il correntista può disporre in qualsiasi momento";
- all'**art. 1823 c.c.** dove si dice che "le parti si obbligano ad annotare in un conto i crediti derivanti da reciproche rimesse, considerandoli inesigibili e indisponibili fino alla chiusura del conto".

Altresì, nei casi di “indebitito”, è dal pagamento di questo che decorre la prescrizione e non dopo: nel caso in esame il pagamento dell’indebitito è stato effettuato dopo la chiusura del conto con la banca X.

Pertanto, considerando che il dies a quo va cristallizzato al momento della chiusura del conto (pagamenti con funzione ripristinatoria), allora l’azione di indebitito a tutela di Caio non è prescritta.

L’anatocismo è la produzione di interessi su interessi, ex **art. 1283 c.c.**; sono ammissibili:

- solo dal giorno della domanda giudiziale;
- solo per effetto di accordo successivo alla scadenza.

Si deve trattare sempre di interessi dovuti almeno per sei mesi.

Nel caso in esame, Caio ha pagato interessi per “parte della durata” dei rapporti in conto corrente, così facendo emergere produzione di interessi su interessi al di là della perimetrazione legittimante dell’**art. 1283 c.c.**: tali interessi non erano dovuti, così giustificando un’azione di indebitito ex **art. 2033 c.c.**

La pattuizione è comunque invalida (nullità ex **art. 1418 c.c.**) perchè:

- seppur l’**art. 1283 c.c.** salva gli usi contrari, trattandosi di usi che derogano alla legge, devono essere di tipo normativo ed una mera pattuizione cliente-banca è, al più, uso contrattuale;
- ha riguardato interessi extralegali (salvo la non precisata approvazione per iscritto ex **art. 1284 c.c.**);
- ha previsto una capitalizzazione trimestrale, in contrasto con la lettera dell’**art. 1283 c.c.** (che ammette la pattuizione in deroga all’anatocismo sempre che si “tratti di interessi dovuti almeno per sei mesi”) (**Cass. 12 giugno 2006, n. 13548; Cass. 16 maggio 2006, n. 11409; Cass. 8 marzo 2006, n. 4921**).

Ne segue un’ulteriore conferma della legittimità dell’azione di indebitito a tutela di Caio.

Pertanto, Caio ben potrà adire l’Autorità Giudiziaria pretendendo la ripetizione dell’indebitito ex **art. 2033 c.c.** perché:

- l’azione non è prescritta;
- sono stati applicati interessi anatocistici contra legem;
- la pattuizione (derogatoria) intercorsa tra Caio ed X è invalida.

Né in senso contrario depone l’**art. 2, co. 61, D.L. n. 225/2010**, visto la pronuncia della **Corte Costituzionale n. 78/2012**.

QUESITO 2

Alla morte di Mevia in Roma si apre la successione fra i coeredi Tizio, Caio e Sempronio, figli della stessa. Tizio e Caio ritengono che l’eredità della madre debba dividersi secondo legge stante l’assenza di volontà testamentaria. Sempronio per contro, rivela l’esistenza di un testamento olografo in suo possesso redatto dalla madre, con il quale la stessa destina alcuni beni indivisamente ai tre figli, assegnandone altri ai singoli coeredi prevedendo altresì un prelegato a favore di

sempronio avente ad oggetto l'acquisto di un appartamento nella zona di Roma che "Sempronio preferisce" e l'acquisto di un servizio di posate in argento.

Gli altri figli di Mevia avanzano dubbi sulla autenticità del testamento. Assunte le vesti del difensore di Tizio e Caio il candidato formuli motivato parere illustrando gli istituti e le problematiche sottese alla fattispecie soffermandosi in particolare sulla validità del prelegato per come previsto dalla testatrice e sulle relazione fra l'istituto del prelegato l'eventuale azione di riduzione per lesione.

SOLUZIONE

Il quesito sotteso alla traccia impone di affrontare almeno due problemi:

- validità del prelegato, per come previsto dalla testatrice;
- relazione tra prelegato ed eventuale azione di riduzione per lesione.

L'**art. 661 c.c.** si occupa espressamente del prelegato (si chiama così per la diversa collocazione "temporale") ammettendo – implicitamente – che possa essere:

- sia un legato a favore di un coerede senza l'indicazione degli eredi onerati;
- sia un legato a favore di un coerede che venga espressamente posto a carico di tutti gli eredi.

E' comunque a carico dell'intera eredità, considerandosi come legato per l'intero ammontare.

La caratteristica fondamentale è la c.d. confusione: il medesimo soggetto è al contempo legatario ed erede (onerato).

Nel caso de quo sono validi i prelegati relativamente all'acquisto di un appartamento nella zona di Roma che "Sempronio Preferisce" e l'acquisto di un servizio di posate in argento?

Tali prelegati sono sufficientemente determinati così da rendere operativo il combinato disposto dell'**art. 653 c.c.** e dell'**art. 664 c.c.**, oppure sono oggettivamente indeterminati così da rientrare nella disposizione sulla nullità ex **art. 632 c.c.**?

L'**art. 632 c.c.** predica la nullità della disposizione che lascia al mero arbitrio dell'onerato o di un terzo di determinare l'oggetto o la quantità del legato (nullità per indeterminatezza oggettiva); ebbene, emerge tale nullità nel caso di riferimento generico all'immobile, senza precisazione di grandezza o costo e neanche zona, attribuendo la scelta al mero arbitrio di Sempronio ("preferisce"); è arbitrio proprio perché Sempronio può "preferire" senza limiti sostanziali, fatta eccezione per quello della città di Roma.

Del pari si ritiene possa predicarsi la nullità ex **art. 632 c.c.** per il prelegato avente per oggetto l'acquisto di un servizio di posate in argento; anche qui vi è una sostanziale arbitrarietà non emergendo l'indicazione del "tipo" di argenteria, e neanche la quantità (sussiste un generico riferimento al "servizio di posate in argento").

Pertanto, sussistendo la nullità dei suddetti prelegati, non vi sarà spazio per l'azione di riduzione non essendo stata pregiudicata la "quota" di Tizio e Caio.

P.S. Poteva anche sostenersi la validità del prelegato avente per oggetto un servizio di posate di argento, evidenziando la sufficiente determinatezza di genere, tale da legittimare l'acquisto di un

bene di media qualità ex **art. 664 c.c.**; seguendo tale opzione interpretativa, diveniva possibile esercitare l'azione di riduzione per lesione.

ANNO 2011

QUESITO

L'agenzia immobiliare Beta, aveva ricevuto da Mevia, un mandato per la vendita di un immobile di sua proprietà. L'incarico era stato conferito in forma scritta con validità di un anno.

Alla scadenza, non avendo l'agenzia immobiliare reperito un acquirente per detto immobile, Mevia aveva revocato per iscritto il mandato.

Mevia concludeva successivamente la vendita del suo bene, a mezzo dell'intervento di altra agenzia immobiliare, l'agenzia Delta, alla quale la vendita era stata segnalata dalla agenzia Beta.

Il candidato assunto la veste di difensore della agenzia Beta, rediga motivato parere esponendo le problematiche sottese alla fattispecie in parola, in particolare l'eventuale riconoscimento parziale della provvigione.

SOLUZIONE

Il quesito sotteso alla traccia sembra così enucleabile: Beta ha diritto alla provvigione ex art. 1758 c.c.?

Si potrebbe rispondere negativamente in quanto Beta ha agito al di fuori del mandato ad alienare, ovvero in una fase successiva alla revoca.

Tuttavia era preferibile rispondere positivamente, con la conseguenza che Beta potrà agire per ottenere una quota della provvigione; ciò in quanto:

- Beta ha contribuito causalmente alla conclusione dell'affare: infatti, come richiesto dall'art. 1758 c.c., è necessario un "intervento" ai fini del riconoscimento della provvigione, e ciò è avvenuto nel caso *de quo*, visto che "la vendita era stata segnalata dall'agenzia Beta";
- inoltre, con riferimento al contributo di più mediatori nella conclusione dell'affare, non è richiesto uno specifico ed espresso accordo tra i mediatori (Beta e Delta) e neanche con il mandante (Mevia); ciò che conta è dare un contributo causale (l'inciso "è concluso per l'intervento", ex art. 1758 c.c., non richiede un previo accordo);
- l'inciso "intervento" di cui all'art. 1758 c.c. rende ammissibile un contributo causale anche in forma "sussequente" o "antecedente" e non necessariamente contestuale

Alla luce di tali rilievi, Beta avrà diritto ad una quota della provvigione ex art. 1758 c.c. (normalmente calcolata in misura del contributo causale fornito).

Massime giurisprudenziali utili:

- in tema di mediazione, quando l'affare sia concluso con l'intervento di più mediatori (congiunto o distinto, contemporaneo o successivo, concordato o autonomo, in base allo stesso incarico o a più incarichi) a norma dell'art. 1758 cod. civ., ciascuno di essi ha diritto ad una quota di provvigione (Cassazione civile, Sez. III, 24.1.2007, n. 1507, in CED Cassazione, 2007);

- in caso di pluralità di mediatori, il diritto di ciascuno di essi ad ottenere una quota della provvigione sorge a condizione che sia provato il nesso di concausalità obiettiva tra l'attività svolta da ognuno e la conclusione dell'affare (Cassazione civile, Sez. III, 8.7.2010, n. 16157, in Foro It., 2011, 4, 1, 1193).

QUESITO

A Caio, che abita in un condominio, viene richiesto dalla ditta gamma, che fornisce il combustibile utilizzato nell'impianto di riscaldamento condominiale centralizzato, del pagamento dell'intera fornitura di gasolio.

Il candidato, assunta la veste di legale di Caio, rediga parere illustrando gli istituti sottese alla fattispecie, soffermandosi sulla solidarietà fra condomini delle obbligazioni contratte dal condominio.

SOLUZIONE

Il problema sotteso è: l'obbligazione condominiale (c.d. esterna) ha natura giuridica solidale, oppure parziaria? Si applica l'art. 1294 c.c. oppure l'art. 1314 c.c.?

Se si ritiene abbia natura solidale, allora Caio dovrà certamente pagare ed, eventualmente, agire in regresso; se, diversamente, si ritiene che la natura sia parziaria, allora Caio sarà tenuto a pagare solo la sua quota.

La tesi classica della solidarietà si basa su tre rilievi, rendendo predicabile l'art. 1294 c.c.:

1) se nulla è detto, allora l'obbligazione è solidale, in base all'art. 1294 c.c.; poichè la legge nulla dice in ordine alle obbligazioni condominiali, allora queste sono avvinte dalla solidarietà;

2) il condominio è un ente di gestione e, come tale, dovrebbe essere assoggettato alla solidarietà, come gli altri enti di gestione (es. società);

3) emergono i tre requisiti classici dell'obbligazione solidale:

a) pluralità soggettiva, cioè vi sono più soggetti coinvolti quali i condomini;

b) l'*eadem causa obligandi*, cioè la stessa fonte dell'obbligazione (il fatto è unitario);

c) l'*idem debitum* (tutti i condomini sono tenuti a pagare lo stesso debito).

Diversamente, secondo altra tesi preferibile (condivisa dalla giurisprudenza a Sezioni Unite con la pronuncia 9148/2008) l'obbligazione *de qua* sarebbe parziaria; ciò in quanto:

1) l'obbligazione è divisibile perchè è possibile calcolare la "debenza" di ciascun condomino con la conseguenza logico-applicativa che trova applicazione l'art. 1314 c.c. (si dice quando l'obbligazione è divisibile è parziaria);

2) non è un ente di gestione il condominio perchè questi godono di autonomia patrimoniale, diversamente da quanto avviene nel condominio (al più c'è un mandato con rappresentanza);

3) non emergono i 3 requisiti classici dell'obbligazione solidale; manca, infatti, l'*idem debitum* perchè ciascun condomino è tenuto a debiti diversi perchè proporzionati alle tabelle millesimali

Alla luce dei suddetti rilievi, Caio sarà tenuto a pagare solo *pro quota*.

La tesi della solidarietà era sostenibile.

ANNO 2010

QUESITO

La società Beta conferisce a Tizio, dottore commercialista, incarico professionale di difendere innanzi alla competente commissione tributaria provinciale in un contenzioso tributario particolarmente complesso relativo a taluni contestati avvisi di rettifica. In forza di suddetto incarico Tizio svolge per un lungo periodo di tempo l'attività professionale difensiva. Nel corso di tale attività il professionista Tizio riceve una missiva proveniente dalla società Beta con la quale gli si comunica l'intenzione di affiancargli nel compimento dell'attività difensiva l'avvocato Caio specializzato nella materia fiscale a seguito del procedimento.

Al ricevimento della missiva Tizio comunica alla società Beta la propria volontà di recedere dal contratto. Nel contesto della medesima missiva lo stesso formula richiesta di rimborso delle spese effettuate e di corresponsione del compenso oltreché il risarcimento del danno subito.

Il candidato, assunte le vesti di legale della società Beta rediga parer motivato in ordine alla fondatezza della pretesa del professionista Tizio.

SOLUZIONE

Per risolvere la questione sottoposta al nostro esame bisogna stabilire se costituisca giusta causa di recesso per un professionista il fatto di essere affiancato, su richiesta del cliente, da altro professionista più esperto nella materia.

Il codice stabilisce al riguardo che il cliente possa recedere quando vuole dal contratto, pagando il compenso per l'opera svolta e rimborsandolo delle spese (articolo 2237 c.c.).

Il professionista, invece, può recedere solo per giusta causa, con diritto al compenso per l'opera svolta solo nei limiti in cui ne sia derivata una certa utilità per il cliente, oltre al rimborso delle spese.

Per “giusta causa” si intende quell'avvenimento esteriore che influisce sullo svolgimento del rapporto determinando la prevalenza dell'interesse di una parte a cessare il rapporto, sull'interesse dell'altra alla conservazione del contratto posto in essere col professionista; oppure si fa riferimento ad una situazione sopravvenuta che incide sul rapporto, impedendo la realizzazione della funzione economico-giuridica di esso (Cass. 24367/2008).

Deve in qualunque caso trattarsi di un motivo serio ed oggettivamente apprezzabile.

Una parte della dottrina individua proprio nella nomina di altro professionista che affianca quello precedentemente nominato, e con nomina fatta senza preavviso, ipotesi di giusta causa di recesso.

E' necessario però che la nomina sia fatta senza preavviso, all'insaputa del professionista, altrimenti, in linea di massima, non pare che il semplice fatto di affiancare una persona ad un'altra possa essere un motivo serio ed apprezzabile per recedere dal contratto (a meno che non ci siano tra i due soggetti, dissidi noti o problemi di altro tipo). Basti pensare che in altre tradizioni giuridiche il ricorso a più avvocati contemporaneamente è una prassi consolidata.

Nel caso di specie la società ha dato il preavviso, essendo stata inviata dalla società Beta un missiva con la quale si comunica al dottore commercialista Tizio l'intenzione di affiancargli l'avvocato Caio.

La vicenda sembra prendere le mosse da una sentenza della Corte di Appello di Milano (sentenza 24 settembre 2008). La Corte ha stabilito che è nella facoltà del cliente assumere un altro professionista e ciò non implica il diritto di recesso per giusta causa, salvo che tale assunzione non sia una chiara manifestazione di sfiducia verso il precedente professionista o non ci siano altre ragioni di incompatibilità.

Occorre considerare, infatti, che l'affiancamento di un altro professionista aumenta le possibilità di vittoria, rafforza quindi la difesa del cliente e la possibilità che costui risulti soddisfatto; ne consegue che un recesso senza giusta causa si palesa come illegittimo o addirittura contrario agli interessi del cliente.

Nel nostro caso, poi, l'affiancamento di un professionista ad un altro è tanto più giustificato se si considera che Tizio è commercialista, mentre Caio è un avvocato; si tratta cioè di professionisti che hanno competenze e preparazioni differenti, in ambiti solo parzialmente coincidenti; ne deriva che tale affiancamento, lungi dal doversi considerare una mancanza di fiducia verso Tizio, deve invece essere visto come una risorsa che aumenta le possibilità di vittoria della società, e che consentirà a Tizio di avvalersi della competenza e delle conoscenze relative ad un settore professionale diverso dal suo.

Pertanto nella fattispecie sottoposta al nostro esame si può concludere che il recesso del commercialista Tizio sia privo di giusta causa, non essendo la società Beta inadempiente agli obblighi previsti dal contratto, né avendo posto in essere un comportamento indicante sfiducia nel professionista.

Dunque, come ha precisato anche la giurisprudenza, Tizio non ha diritto al rimborso delle spese ed al compenso per l'opera svolta fino a quel momento ma ha diritto al solo rimborso delle spese sostenute per conto e nell'interesse del cliente salvo il risarcimento dell'eventuale pregiudizio causato al cliente stesso (App. Milano, sentenza 24 settembre 2008).

QUESITO

Il comune di Gamma interessato all'adempimento di oneri testamentari relativi all'eredità di Tizio da parte dell'ente Alfa, sottoponeva la questione all'esame dell'avvocato Sempronio richiedendo allo stesso un parere sulla possibilità di intraprendere un giudizio diretto ad ottenere la condanna dell'ente all'esecuzione di detti oneri. Sulla scorta del parere favorevole espresso dall'avvocato Sempronio circa la sussistenza dei presupposti legali della domanda, il comune di Gamma aveva quindi promosso giudizio tramite il medesimo legale.

Il giudizio aveva avuto, però esito sfavorevole in quanto l'adito tribunale aveva rigettato la domanda avendo accolto l'eccezione di prescrizione dell'azionato diritto sollevata dall'ente convenuto.

Successivamente l'avvocato Sempronio formulava richiesta di pagamento dell'importo di 12.000 euro a titolo di compenso per le prestazioni commissionate rese in favore del comune.

Dinnanzi a tale pretesa il comune contestava a mezzo di lettera raccomandata la pretesa in particolare evidenziava che la prescrizione del diritto avrebbe dovuto essere rilevata dal professionista in quanto intervenuta anteriormente all'introduzione della domanda.

L'avvocato Sempronio allora, ribadiva con una nuova missiva la propria pretesa ed evidenziava:

- a) che nel corso del giudizio lo stesso giudice aveva rilevato con propria ordinanza la probabile infondatezza dell'eccezione di prescrizione;
- b) che il discutibile diverso avviso in sede di decisione finale lo aveva indotto a consigliare la proposizione dell'appello che, tuttavia, non era stato proposto per volontà del comune, con conseguente passaggio in giudicato della sentenza;
- c) che l'omesso rilievo in sede di parere del decorso del termine prescrizionale non stava a indicare che egli avesse colposamente ignorato il problema;
- d) infine, che l'incarico professionale di promuovere un'azione a tutela del diritto del cliente non poteva implicare la lungimirante revisione di tutte le possibili avverse contestazioni specie di queste deducibili con eccezioni in senso proprio.

Il candidato, assunto le vesti di legale del comune di Gamma rediga parere motivato illustrando gli istituti e le problematiche sottese alla fattispecie.

SOLUZIONE

Ai fini della trattazione del caso in esame occorre, preliminarmente, analizzare i profili della responsabilità del prestatore d'opera professionale, con particolare riferimento alla responsabilità dell'avvocato.

In generale può affermarsi che le obbligazioni inerenti l'esercizio di un'attività professionale sono obbligazioni di mezzi e non di risultato, in quanto il professionista, una volta assunto l'incarico, si impegna a prestare la propria opera per raggiungere il risultato ma non ne garantisce l'effettivo conseguimento.

In altre parole, benché il contenuto della prestazione non sia il raggiungimento dello scopo, il professionista deve tendere ad esso applicandosi con il dovuto impegno.

Ai fini dell'individuazione della responsabilità del legale un primo criterio di riferimento è la regola della diligenza espressa dal principio "homo eiusdem condicionis ac professionis" contenuto nell'art. 1176, 2° comma, c.c.. In luogo del generale parametro della diligenza del buon padre di famiglia, previsto per l'adempimento di qualsiasi debitore, la norma richiamata richiede una diligenza qualificata. E' necessario, cioè, che l'opera del professionista venga svolta in base ai doveri attinenti l'attività professionale che egli svolge.

Da questo punto di vista, il risultato positivo di un processo, non rientra, quindi, nella prestazione dovuta dal professionista, essendo il giudizio per sua natura incerto e soggetto ad una serie di variabili che non possono essere previste in anticipo.

Tuttavia, pur essendo il professionista libero nell'articolare la trattazione della causa, e pur potendo in maniera del tutto autonoma scegliere la linea difensiva tra varie possibilità a sua disposizione, è tenuto ad una serie di adempimenti minimi che possono essere considerati un vero e proprio risultato dovuto. Il rispetto dei termini processuali previsti dal codice; il calcolo dei termini di prescrizione, l'evitare nullità, sono comportamenti dovuti, rientranti in quel minimo di diligenza richiesto anche dall'art. 1176, c. 2, c.c.. Quindi, una condotta è inadeguata ed insufficiente quando non tenga conto dei requisiti minimi indicati.

Un altro criterio utile ad identificare la responsabilità del professionista è quello della clausola generale di equivalenza delle cause, prevista dall'art. 40 c.p., in forza del quale si accerta, in via ipotetica, il nesso causale tra la condotta inadeguata e il mancato raggiungimento del risultato. Si

tratta di operare un giudizio prognostico in base al quale si verifica se, in presenza di una condotta diligente, secondo le regole dettate dall'art. 1176, 2° comma, c.c., si sarebbe evitato il mancato raggiungimento dello scopo. In caso affermativo l'evento può oggettivamente imputarsi alla condotta omissiva che così viene a configurarsi come l'antecedente necessario dell'evento, la sua condicio sine qua non” .

In tema di diligenza, alla regola ora detta, va affiancata quella prevista dall'articolo 2236; nel caso in cui la prestazione riguardi “soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà”, il professionista non risponde dei danni conseguenti la sua opera “se non in caso di dolo o colpa grave”. Ne consegue che la particolare difficoltà dell'opera può limitare la responsabilità del professionista nel caso in cui non raggiunga lo scopo.

In altre parole, quindi, se è vero che il professionista non risponde automaticamente ed in ogni caso per il mancato risultato dovuto, è vero anche che, se il risultato non è raggiunto a causa di un comportamento colposo, allora costui sarà considerato inadempiente.

Ciò premesso dobbiamo occuparci ora dell'ipotesi in cui la prestazione del professionista consista nel fornire un parere legale.

In tali ipotesi l'opera del professionista consiste nel dare informazioni complete e puntuali in virtù delle quali il cliente può decidere se intentare o meno una causa.

Il parere, infatti, deve porre il cliente nella condizione di valutare al meglio i rischi connessi all'instaurazione del giudizio. L'avvocato dovrà, quindi, prospettare tutte le possibili soluzioni, comprese le argomentazioni giuridiche che potrebbero avvantaggiare la controparte.

In considerazione di tutto quanto sinora premesso occorre valutare se all'Avv. Sempronio sia imputabile una responsabilità ex artt. 1176 c.c. e 40 c.p., per non aver rilevato il termine prescrizione puntualmente sollevato dalla controparte, oppure ai sensi dell'art. 2236 c.c. ne sia esente.

Su un caso analogo a quello della traccia si è espressa anche una sentenza della Cassazione la cui massima riportiamo per intero: “Di regola, le obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale costituiscono obbligazioni di mezzi e non di risultato, in quanto il professionista si impegna a prestare la propria opera per raggiungere il risultato desiderato, non per conseguirlo. Tuttavia, avuto riguardo all'attività professionale dell'avvocato, nel caso in cui questi accetti l'incarico di svolgere un'attività stragiudiziale consistente nella formulazione di un parere in ordine all'utile esperibilità di un'azione giudiziale, la prestazione oggetto del contratto non costituisce un'obbligazione di mezzi, in quanto egli si obbliga ad offrire tutti gli elementi di valutazione necessari ed i suggerimenti opportuni allo scopo di permettere al cliente di adottare una consapevole decisione, a seguito di un ponderato apprezzamento dei rischi e dei vantaggi insiti nella proposizione dell'azione. Pertanto, in applicazione del parametro della diligenza professionale (art. 1176, c. 2, c.c.), sussiste la responsabilità dell'avvocato che, nell'adempiere siffatta obbligazione, abbia omesso di prospettare al cliente tutte le questioni di diritto e di fatto atte ad impedire l'utile esperimento dell'azione, rinvenendo fondamento detta responsabilità anche nella colpa lieve, qualora la mancata prospettazione di tali questioni sia stata frutto dell'ignoranza di istituti giuridici elementari e fondamentali, ovvero di incuria ed imperizia insuscettibili di giustificazione” (Cass. civ. 16023/2002).

La vicenda trattata dalla Corte era relativa proprio ad un giudizio avente ad oggetto il mancato rilievo del termine prescrizione ad opera del legale. Con tale intervento, il Supremo Collegio, pur confermando che in linea generale l'obbligazione dell'avvocato si qualifica come obbligazione di mezzi, ha precisato che, quando essa consista nella redazione di pareri, resi in sede stragiudiziale, assume tutti i connotati di un'obbligazione di risultato. In tale prospettiva l'articolo 1176, comma 2, c.c. copre anche l'ipotesi di colpa lieve determinata dalla scarsa conoscenza di istituti fondamentali e dalla mancata prospettazione al cliente delle circostanze che potevano indurlo a desistere dall'intraprendere un giudizio, per non avere eseguito la prestazione con la diligenza dovuta.

Tornando al caso di specie, aderendo a tale orientamento giurisprudenziale, l'avvocato Sempronio deve considerarsi responsabile, ai sensi dell'art. 1176, comma 2, c.c.. E, infatti, il Comune, se avesse adeguatamente conosciuto tutte le problematiche inerenti la prescrizione, avrebbe molto probabilmente evitato un infruttuoso giudizio.

Né vale rilevare, da parte del professionista, che il giudice aveva inizialmente ritenuto non sussistere la prescrizione. Al riguardo, val bene evidenziare che l'ordinanza è un provvedimento che non ha natura decisoria essendo revocabile e modificabile dal giudice in corso di giudizio. Per valutare compiutamente la responsabilità dell'avvocato, infatti, normalmente è necessario far riferimento ad una sentenza definitiva che statuisca in maniera risolutiva i rapporti tra le parti all'esito del giudizio.

Privo di pregio è, altresì, il rilievo dell'Avv. Sempronio che la sentenza sarebbe stata comunque appellabile. La responsabilità contrattuale del professionista, dovuta alla sua condotta omissiva, non può essere esclusa dalla presunta inerzia del Comune che non si sarebbe poi attivato ad intraprendere un giudizio di secondo grado.

Infine non è condivisibile il rilievo di cui al punto d) che il parere non poteva prevedere tutte le possibili contestazioni, specie se deducibili con eccezione. Al riguardo giova ricordare che l'eccezione di prescrizione non inerte problematiche di fatto ma di diritto che dovrebbero far parte del patrimonio conoscitivo dall'avvocato. Ne discende che l'ignoranza dell'istituto giuridico non può essere giustificata da una generica impossibilità di prevedere che essa potesse essere sollevata dalla controparte.

Pertanto, alla luce delle considerazioni surriferite, non possono trovare accoglimento le richieste formulate dall'Avv. Sempronio ai punti a; b; c e d.

D'altro canto il comune di Gamma ben potrà legittimamente opporsi alla richiesta di pagamento, invocando l'art. 1460 c.c., per inadempimento degli obblighi contrattuali dell'Avv. Sempronio, il quale in sede di parere ha ommesso una compiuta prospettazione delle questioni di diritto sulla base delle quali il comune avrebbe potuto valutare l'opportunità di intraprendere un giudizio.

Infine, in un eventuale giudizio, il Comune potrebbe legittimamente chiedere il risarcimento del danno ulteriore per aver esperito una inutile azione

Brevi riflessioni

La traccia prospetta un caso abbastanza raro nella realtà di tutti i giorni. Infatti, nonostante le affermazioni di principio della dottrina e della giurisprudenza è di fatto molto difficile che venga condannato un avvocato, sia che esso sia stato negligente nel corso di un giudizio, sia che abbia reso un parere incompleto o addirittura errato.

I tribunali infatti generalmente si limitano ad affermare che, essendo la prestazione dell'avvocato una prestazione di mezzi, ed essendo il diritto una materia complessa, soggetta a svariate interpretazioni, il professionista non risponde degli errori, delle omissioni, delle inesattezze, ecc., se non in caso di colpa grave o dolo. Ed è appena il caso di dirlo che la colpa grave non viene ravvisata quasi mai.

Per giunta per affermare la responsabilità dell'avvocato, i giudici richiedono spesso una sorta di probatio diabolica: richiedono infatti la prova che una diversa impostazione del giudizio avrebbe dato esito vittorioso. Il che è praticamente impossibile da dimostrare.

Nella mia esperienza professionale, a titolo di esempio, ho visto negare il risarcimento del danno al cliente che aveva contestato all'avvocato non solo di non essersi mai presentato in aula per la difesa, ma anche di non aver comunicato al cliente l'esito della causa, facendo scadere i termini dell'appello; mentre in un'altra occasione il tribunale di Como (sezione I civile, sentenza 10 giugno 2006, n. 1234) ha assolto un avvocato che aveva fatto scadere un termine di prescrizione (presentando il ricorso otto mesi dopo che il cliente aveva firmato il mandato) sul presupposto che non era dimostrato che, presentando il ricorso nei termini, l'attore sarebbe risultato vittorioso.

Da questo punto di vista – e tenendo conto che la traccia non indicava se il parere legale fosse stato redatto bene o male, se la prescrizione fosse l'unica mancanza rilevabile o meno - il candidato poteva anche sostenere la tesi della non responsabilità del professionista. In tal caso avrebbe dovuto specificare che il mancato rilievo della prescrizione non costituiva colpa grave, trattandosi di una questione incerta, tanto è vero che in prima istanza il giudice aveva rilevato, con ordinanza, l'infondatezza dell'eccezione di prescrizione.

Per finire. Non era necessario indicare la possibilità di chiedere il risarcimento del danno. Era sufficiente che il candidato indicasse se il comune poteva legittimamente opporsi al pagamento o meno.