

TRACCE E SVOLGIMENTI PARERE CIVILE ESAME AVVOCATO 2010

PRIMA TRACCIA

La Società Beta conferisce a Tizio, dottore commercialista, incarico professionale di difenderla 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'avv. 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 ed il corrisposone del compenso oltretutto il risarcimento del danno subito. Il candidato, assunto le vesti di legale della soc. Beta redige parere motivato in ordine alla fondatezza della pretesa del professionista Tizio.

SVOLGIMENTO

Il caso proposto riguarda l'ambito del lavoro autonomo e in particolare del contratto di prestazione d'opera intellettuale di cui all'art. 2230 c.c. reso da un professionista rientrante nella categoria delle professioni intellettuali di cui all'art. 2229 c.c. Ciò che in sostanza si richiede al candidato è di dire al cliente se il comportamento di chi decida di affiancare altro professionista a quello originariamente incaricato di difenderlo in causa, configuri per quest'ultimo una giusta causa di recesso dal contratto e dia luogo al diritto dello stesso professionista a vedersi corrisposto il compenso per l'opera sino a lì svolta oltre che il rimborso delle spese e il risarcimento del danno subito. Per giungere alla soluzione del caso occorre prendere le mosse da una breve definizione del contratto di opera intellettuale che nel codice l'art. 2230 c.c. delinea attraverso il richiamo alle norme successive ed a quelle del contratto d'opera di cui all'art. 2222 c.c. in quanto compatibili. In particolare, rileva l'art. 2237 c.c., il quale nel primo comma prevede il diritto del cliente di recedere dal contratto rimborsando al prestatore d'opera le spese sostenute e pagandogli il compenso per l'opera svolta mentre nel secondo stabilisce che, diversamente dal cliente, il professionista possa recedere dal contratto solo per giusta causa, avendo in tal caso il diritto a vedersi rimborsare le spese affrontate e al compenso per l'opera svolta nel limite del risultato utile che ne sia derivato al cliente. Se, viceversa, non sussiste giusta causa il prestatore d'opera può recedere dal rapporto, ma non ha alcun diritto al rimborso delle spese e al pagamento del compenso. È opportuno quindi chiarire che con la nozione di "giusta causa" si suole intendere quell'avvenimento esteriore che influendo sullo svolgimento del rapporto determina la prevalenza dell'interesse di una parte all'estinzione sull'interesse dell'altra alla conservazione del rapporto od anche una situazione sopravvenuta che attiene allo svolgimento del rapporto, impedendone la realizzazione della funzione economico-giuridica e, quindi, alla causa del negozio, fonte del rapporto, nel suo aspetto funzionale. Il principio è consolidato ed espresso più volte dalla giurisprudenza, anche con riferimento al contratto d'opera intellettuale (si veda, ad esempio, Cassazione 1/10/08 n. 24367). In particolare, il caso proposto dalla traccia sembra essere stato tratto da una recente sentenza della Corte d'Appello di Milano (24/9/08 in Giur. merito, 2009, 9, con nota di Amendolagine). In quel caso, il collegio ha ritenuto di dare rilievo al fatto che nessuna norma giuridica od etica impedisce al cliente di procedere al conferimento di incarichi di consulenza o difesa a più di un professionista, non potendosi quindi assumere che la nomina di due o più professionisti sia sempre e comunque un modo per esprimere sfiducia in ciascuno di essi preso singolarmente e ciò anche quando la nomina di un professionista aggiunto avvenga successivamente alla nomina del primo. Specie quando con la nomina del secondo ci si prefiguri la possibilità di aumentare le possibilità di vittoria. Inoltre nella fattispecie di semplice affiancamento non accompagnato da altre condotte rilevanti non si potrebbe scorgere alcun inadempimento degli obblighi contrattuali che comunque deve intendersi quale presupposto necessario per poter parlare di "giusta causa" di recesso poiché è proprio l'inadempimento a far venire meno, prima di ogni altro fatto, il

presupposto fiduciario del rapporto. Sul piano funzionale poi un affiancamento non è paragonabile al caso in cui il committente muti il contesto nel quale l'obbligazione deve essere eseguita in modo tale da snaturarne oggetto e contenuto, pretendendo, quindi l'adempimento di una obbligazione diversa da quella assunta, per un verso più ridotta e per l'altro più onerosa (con obblighi di collaborazione, se non di sott'ordinazione, originariamente non contemplati): pretesa e modificazione delle condizioni originariamente pattuite (da ritenersi essenziali in ragione della natura dell'incarico che era stato accettato) che costituirebbero certo un inadempimento grave alle obbligazioni assunte con il contratto e che legittimerebbero il recesso per giusta causa. Ed anche se si volesse dare peso alla fiduciarità che contraddistingue il contratto di prestazione d'opera intellettuale sicuramente caratterizzato dal ruolo fondamentale dell'elemento dell'intuitus personae, il risultato non cambierebbe. Infatti si dovrebbe assumere in tal caso l'affiancamento come prova del venir meno della fiducia del cliente nel professionista incaricato, senza considerare tuttavia che nel regime di libera recedibilità stabilito dal comma 1 dell'art. 2237 c.c. egli avrebbe avuto facilmente la possibilità di revocargli l'incarico, strumento senz'altro più efficace per liberarsi di una collaborazione nella quale non si crede più. Pertanto nella fattispecie narrata dalla traccia si può fondatamente sostenere che il recesso del commercialista Tizio sia carente della giusta causa non essendo rinvenibile da parte della soc. Beta alcuna condotta inadempiente degli obblighi previsti dal contratto e tale da costituire un vulnus per il rapporto fiduciario che contraddistingue il contratto di prestazione d'opera intellettuale. Ai sensi dell'art. 2237 c.c. quindi Tizio non ha alcun diritto di richiedere il pagamento del compenso per la prestazione sino ad allora svolta e nemmeno per il rimborso delle spese, salvo per quelle direttamente affrontate per conto e nell'interesse del cliente. Tanto meno egli potrà chiedere il risarcimento del danno, mancando i profili di una condotta inadempiente della società Beta e, tanto più, che l'art. 2237 c.c. non ritiene di per sé fonte di pregiudizio per il professionista nemmeno la revoca senza giusta causa dell'incarico da parte del cliente.

SECONDA TRACCIA

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 12.000euro a titolo di compenso per le prestazioni commissionate rese in favore del comune. Dinanzi 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 prescrizione 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

SVOLGIMENTO

La fattispecie concreta presenta la lamentela di un cliente nei confronti dell'avvocato per la lacunosità ed insufficienza di un parere ante causam volto alla decisione se intraprendere o meno un giudizio, a fronte dell'esito del giudizio in seguito intrapreso e conclusosi con una sentenza di accoglimento di un'eccezione, non contemplata dal suddetto parere, di prescrizione dei diritti azionati. L'esame della vicenda deve necessariamente partire dalla natura delle obbligazioni inerenti L'esercizio di un'attività professionale le quali di norma vengono classificate quali obbligazioni dimezzi, in quanto il professionista si impegna a prestare la propria opera per raggiungere il risultato desiderato e non per conseguirlo. Esistono però, anche ipotesi in cui l'incarico affidato al professionista (ad esempio, i pareri stragiudiziali) sia volto ad ottenere risposte precise e complete in forza delle quali la parte può addivenire a determinazioni fondamentali circa l'inizio (o meno) di azioni giudiziali. In questo caso è ovvio che l'obbligo del professionista è quello di adempiere in modo completo all'incarico offrendo tutte gli elementi necessari ed i suggerimenti utili al fine di porre il cliente nella condizione di maggiore informazione possibile nel prendere la propria decisione. In tale situazione la norma cardine diviene, quindi, l'art. 1176 c.c. nella sua previsione specifica del secondo comma riguardante i professionisti e la particolare e idonea diligenza che gli stessi devono applicare nell'espletamento degli incarichi, con eventuale supporto, per i casi di particolare difficoltà, dell'art. 2236 c.c. Non vi è dubbio che secondo il parametro della diligenza professionale, l'avvocato che venga incaricato dal cliente di prospettare tutte le questioni di diritto e di fatto relativamente all'opportunità o meno di intraprendere una causa, deve ritenersi responsabile (quantomeno) per colpa lieve quando ometta di espletare tale incarico anche in conseguenza di semplice ignoranza tecnica o negligenza. La conseguente scelta del cliente di agire in giudizio, che si riveli poi infruttuosa a causa delle omissioni e lacunosità del parere professionale, porta, come detto, ad una responsabilità del professionista stesso per violazione dell'obbligo di diligenza, con conseguente impossibilità del medesimo di pretendere il pagamento per l'attività svolta. Tale pacifica ed indiscussa interpretazione trova riscontro costante nella giurisprudenza di legittimità, ma si veda per tutte la decisione da cui evidentemente è stato tratto il caso (Cass. sez. II14/11/02 n. 16023) secondo la quale: "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 in situ nella proposizione dell'azione. Pertanto, in applicazione del parametro della diligenza professionale (art. 1176, comma 2, c.c.), sussiste la responsabilità dell'avvocato che, nell'adempire siffatta obbligazione, abbia omissso 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. (Nella specie, la S.C. ha cassato la sentenza impugnata, decidendo nel merito ed affermando la responsabilità dell'avvocato il quale, nella formulazione di un parere stragiudiziale, aveva omissso di indicare al cliente che il diritto che questi intendeva far valere in giudizio era prescritto, omettendo altresì di approfondire l'eventuale sussistenza di elementi e circostanze in grado di contrastare l'eventuale eccezione di prescrizione)". In virtù di quanto sopra esposto, non paiono fondate le giustificazioni addotte dall'avv. Sempronio rispetto alla sua evidente violazione del dovere di diligenza di cui all'art. 1176 secondo comma c.c., violazione posta in essere attraverso il mancato rilievo nel parere ante causam di una problematica preliminare di merito (che quindi solitamente costituisce la prima ovvia e doverosa verifica, appunto preliminare, da parte dell'avvocato in ogni parere reso) quale la prescrizione delle ragioni del comune Gamma. Quest'ultimo se fosse stato portato a conoscenza di tale problematica avrebbe con ogni

probabilità evitato il giudizio e, quindi, le prestazioni effettuate dall'avv. Sempronio all'interno di un'azione infruttuosa intrapresa in conseguenza di un suo precedente inadempimento.