

AGI Lombardia Ordine degli Avvocati di Milano

Milano, 15 novembre 2021

L'Avvocato ed il rapporto con i clienti

Giorgio Treglia

Un principio generale

Il soggetto che sta in giudizio e che compie gli atti del processo è la parte o un suo rappresentante.

Per far ciò deve avvalersi della collaborazione di un *difensore* (salvo che possa stare in giudizio personalmente)

E ciò perché:

- 1) Il tecnicismo degli atti del processo richiede l'ausilio del tecnico del diritto;
- 2) È opportuno che l'animosità e la passionalità dei diretti protagonisti della lite sia messa da parte e lasci spazio ad un esame delle circostanze con serenità e distacco.
- 3) L'art. 24 Cost prevede che la difesa sia diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento
- 4) L'art. 82 c.p.c. parla genericamente di patrocinio ma poi specifica: ministero ed assistenza del difensore, soprattutto se il tipo di giudizio è complesso e impegnativo.

I doveri dei difensori delle parti

Poche scarse norme, ma, mette conto evidenziare l'art. 88 c.p.c. che, al suo primo comma, prevede che le parti ed i loro difensori debbano comportarsi in giudizio con *lealtà* e *probità*.

Il comportamento leale e probo può rilevare giudizialmente, ad es. ai sensi dell'art. 116 , comma 2° c.p.c. che consente appunto al giudice di desumerne argomenti di prova dal contegno delle parti.

Anche l'art. 115 c.p.c. parla di fatti non contestati.

E ciò ridonda anche nei confronti dei doveri del difensore

La professione di avvocato e la sua disciplina

La legge 31 dicembre 2012, n. 247 regola la professione di avvocato.

L'avvocato è definito, all'art. 2, comma 4, come un libero professionista, soggetto alla legge ed alle regole deontologiche, che svolge attività di assistenza, rappresentanza e difesa nei giudizi davanti a tutti gli organi giurisdizionali e nelle procedure arbitrali rituali.

Al VI co. è poi previsto che l'attività di consulenza legale e di assistenza legale stragiudiziale, ove connessa all'attività giurisdizionale, se svolta in modo continuativo, sistematico e organizzato, sia competenza degli avvocati.

Il rapporto con il cliente

L'art. 13 della L. 247/2012 regola il conferimento dell'incarico e la pattuizione del compenso.

Non esiste regola specifica sui modi di conferimento dell'incarico, ma di certo è privilegiata la forma scritta (ad es. la procura alle liti).

Si ritiene che il rapporto che lega professionista e cliente trovi la sua fonte normativa, oltre che nella legge 247 ed in alcune disposizioni del codice di rito, nel contratto di mandato (art. 1703 c.c.).

Esiste tuttavia una distinzione fra conferimento della procura alle liti e affidamento del mandato professionale.

La prima è un negozio unilaterale che attribuisce il potere di rappresentare la parte in giudizio.

Il secondo è un **contratto di patrocinio** con cui il legale è incaricato di svolgere la sua opera professionale in favore della parte. Trattasi di rapporto interno extraprocessuale disciplinato alla stregua, appunto, di un ordinario mandato di diritto sostanziale.

I contenuti del conferimento dell'incarico

L'avvocato può esercitare l'incarico professionale anche a proprio favore. L'incarico può essere svolto a titolo gratuito.

Il compenso spettante al professionista è pattuito di regola per iscritto all'atto del conferimento dell'incarico professionale.

La pattuizione dei compensi è libera: è ammessa la pattuizione a tempo, in misura forfetaria, per convenzione avente ad oggetto uno o più affari, in base all'assolvimento e ai tempi di erogazione della prestazione, per singole fasi o prestazioni o per l'intera attività, a percentuale sul valore dell'affare o su quanto si prevede possa giovarsene, non soltanto a livello strettamente patrimoniale, il destinatario della prestazione.

Sono vietati i patti con i quali l'avvocato percepisca come compenso in tutto o in parte una quota del bene oggetto della prestazione o della ragione litigiosa.

... segue

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.

I parametri indicati nel decreto emanato dal Ministro della giustizia, su proposta del CNF, ogni due anni, ai sensi dell'articolo 1, comma 3, si applicano quando all'atto dell'incarico o successivamente il compenso non sia stato determinato in forma scritta, in ogni caso di mancata determinazione consensuale, in caso di liquidazione giudiziale dei compensi e nei casi in cui la prestazione professionale sia resa nell'interesse di terzi o per prestazioni officiose previste dalla legge.

Quindi la norma:

- Sancisce un obbligo di mera informativa circa il prevedibile costo della prestazione dell'avvocato;
- NON dispone alcuna vincolatività delle dichiarazioni rese dall'Avvocato (che sono un'informativa, sul prevedibile);
- Ha ad oggetto il PREVEDIBILE COSTO DELLA PRESTAZIONE

Da ricordare

In mancanza di accordo tra avvocato e cliente, ciascuno di essi può rivolgersi al consiglio dell'Ordine affinché esperisca un tentativo di conciliazione. In mancanza di accordo il consiglio, su richiesta dell'iscritto, può rilasciare un parere sulla congruità della pretesa dell'avvocato in relazione all'opera prestata.

Oltre al compenso per la prestazione professionale, all'avvocato è dovuta, sia dal cliente in caso di determinazione contrattuale, sia in sede di liquidazione giudiziale, oltre al rimborso delle spese effettivamente sostenute e di tutti gli oneri e contributi eventualmente anticipati nell'interesse del cliente, una somma per il rimborso delle spese forfetarie, la cui misura massima è determinata dal decreto di cui al comma 6, unitamente ai criteri di determinazione e documentazione delle spese vive.

Il Codice deontologico Forense: l'art. 27

L'avvocato deve informare chiaramente la parte assistita, all'atto dell'assunzione dell'incarico, **delle caratteristiche e dell'importanza** di quest'ultimo e delle attività da espletare, precisando le iniziative e le ipotesi di soluzione.

L'avvocato deve informare il cliente e la parte assistita sulla prevedibile durata del processo e sugli oneri ipotizzabili; deve inoltre, se richiesto, comunicare in forma scritta, a colui che conferisce l'incarico professionale, il prevedibile costo della prestazione.

L'avvocato, all'atto del conferimento dell'incarico, deve informare la parte assistita chiaramente della possibilità di avvalersi del procedimento di mediazione ove previsto dalla legge; deve altresì informarla dei percorsi alternativi al contenzioso giudiziario, pure previsti dalla legge.

... segue

L'avvocato, ove ne ricorrano le condizioni, all'atto del conferimento dell'incarico, deve informare la parte assistita della possibilità di avvalersi del patrocinio a spese dello Stato.

L'avvocato deve rendere noti al cliente ed alla parte assistita gli estremi della propria polizza assicurativa.

L'avvocato, ogni qualvolta ne venga richiesto, deve informare il cliente e la parte assistita sullo svolgimento del mandato a lui affidato e deve fornire loro copia di tutti gli atti e documenti, anche provenienti da terzi, concernenti l'oggetto del mandato e l'esecuzione dello stesso sia in sede stragiudiziale che giudiziale, fermo restando il disposto di cui all'art. 48, terzo comma, del Codice (divieto di consegna al cliente della corrispondenza riservata fra colleghi).

L'avvocato deve comunicare alla parte assistita **la necessità del compimento di atti necessari ad evitare prescrizioni, decadenze o altri effetti pregiudizievoli relativamente agli incarichi in corso.**

L'avvocato deve riferire alla parte assistita, se nell'interesse di questa, il contenuto di quanto appreso legittimamente nell'esercizio del mandato.

La violazione dei doveri di cui ai commi da 1 a 5 comporta l'applicazione della sanzione disciplinare dell'avvertimento. La violazione dei doveri di cui ai commi 6, 7 e 8 comporta l'applicazione della sanzione disciplinare della censura.

La natura dell'opera dell'avvocato

L'avvocato svolge un'attività che è pure regolamentata dall'art. 2229 c.c. Avente ad oggetto una prestazione di mezzi per il raggiungimento di un risultato sperato dal cliente.

La necessaria distinzione fra obbligazione di mezzo e di risultato.

Resta confermato che l'attività dell'avvocato è connotata da una obbligazione di mezzo, anche se, talora si può rinvenire anche una obbligazione di risultato (es. la redazione di un parere).

In ogni caso l'avvocato, soprattutto in caso di controversia, non può mai garantire il risultato positivo del contenzioso, ma deve mettere a disposizione del cliente tutte le cognizioni tecniche e le proprie capacità per il conseguimento del miglior risultato.

La responsabilità professionale dell'avvocato

L'inadempimento del professionista non può essere desunto, come si è visto, dal mancato raggiungimento del risultato ritenuto utile, ma va valutato in relazione ai doveri che informano lo svolgimento dell'attività professionale.

Il dovere di diligenza fissato dall'art. 1176 c.c., secondo comma.

Ovvero diligenza da valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata. La colpa lieve ed il dolo.

Se ci si trova di fronte a problemi tecnici di particolare difficoltà, la responsabilità è attenuata *ex art. 2236 c.c.*

Il danno da omissione e da negligente svolgimento dell'attività professionale

In generale, può essere ravvisabile un danno derivante da omissione sulla base di criteri probabilistici.

Infatti la responsabilità per negligente svolgimento dell'attività professionale implica una valutazione prognostica positiva circa il probabile esito favorevole del risultato.

Occorre verificare se, laddove l'avvocato avesse tenuto la condotta dovuta, l'assistito avrebbe conseguito il riconoscimento delle proprie ragioni (Cass. 28 giugno 2019, n. 17414).

... segue

Ove risulti accertato che l'avvocato sia inadempiente alla propria obbligazione, per negligente svolgimento delle proprie prestazioni, il danno derivante da eventuali sue omissioni sussiste solo laddove si accerti che il risultato sarebbe stato conseguito, sulla scorta di criteri probabilistici (Trib. Milano, 10 giugno 2019, n. 5548).

La prova del danno

E' il **cliente** a dover dare la prova:

- 1) Della difettosa o inadeguata prestazione professionale
- 2) Dell'esistenza del danno
- 3) Del nesso causale fra prestazione professionale e danno.

(App. Napoli 6 maggio 2019, n. 2407 e Cass. 24 ottobre 2017, n. 25112)

La mancata proposizione dell'appello

La S.C. ha chiarito che, la responsabilità del professionista derivante dalla mancata proposizione di una impugnazione, comporta

- a) la verifica di una ascrivibilità della condotta al legale,
- b) se il danno sia effettivamente sussistente,
- c) e se il cliente avrebbe davvero conseguito il riconoscimento delle proprie ragioni.

In caso contrario difetta la prova del nesso eziologico tra condotta del legale e il risultato derivatone (Cass. 5 febbraio 2013, n. 2638)

Un cenno relativo al tecnicismo degli atti

Il ricorso in materia di lavoro o il ricorso per cassazione fino a che punto possono essere forieri di responsabilità? E negli altri casi?

Quid iuris per la declaratoria di inammissibilità delle domande o dei motivi?

Non si deve prescindere da quanto detto fino ad ora.

Un caso: la rilevanza della prescrizione e riproponibilità della domanda. Un caso di routine?

Ancora un cenno sull'imperizia

L'imperizia è configurabile allorché l'avvocato ignori o violi precise disposizioni di legge, ovvero risolva in modo errato questioni giuridiche prive di margine di opinabilità, mentre a scelta di una certa strategia processuale può essere foriera di responsabilità, solo se sia valutata dal giudice di merito «ex ante» e non «ex post» sulla base dell'esito del giudizio. Quindi si dà un rilievo al risultato (Cass. 1° ottobre 2018, n. 23740)

La responsabilità *ex art. 96 I co. c.p.c.*

Se il difensore si accorga dell'infondatezza della pretesa o delle ragioni vantate dal cliente, deve dargliene comunicazione, divenendo egli diretto responsabile, in caso contrario.

La responsabilità, in tal caso, ha natura contrattuale perché l'accertamento preliminare circa il c.d. *fumus boni iuris* della causa da promuovere è oggetto di una obbligazione nascente dal contratto d'opera intellettuale.

La norma vuole che la pretesa sia coscientemente infondata.

Segue: la responsabilità risarcitoria

L'art. 96 c.p.c. prevede una responsabilità risarcitoria che discende non dal mero riscontro della normale prudenza o diligenza nel valutare il fondamento della domanda o dell'eccezione, ma, richiede, in alternativa al dolo, la colpa grave, cioè una imprudenza o trascuratezza elevata, per il mancato impiego di un minimo di diligenza sufficiente a far avvertire l'ingiustizia della pretesa avanzata in causa.

Il dovere di *cognizione tecnica*

L'avvocato, soprattutto in tempi di esasperata specializzazione deve conoscere a fondo gli istituti giuridici per i quali si assume la responsabilità della difesa e della consulenza.

La specializzazione e le sue *conseguenze*.

Le scelte di *tattica processuale*.

Il coraggio di rifiutare un incarico e quello di condividere la difesa.

Il ruolo delle compagnie di assicurazione

Attenzione ai contenuti delle polizze!

Una sensibilizzazione verso le compagnie assicuratrici.

Impensabile che la polizza copra ben poco e che l'avvocato non sia mai sicuro di essere adeguatamente sostenuto.

**Grazie per la pazienza con cui avete
ritenuto di ascoltarci**