

Centro Studi

**D**iritto **A**vanzato

Edizioni

Comitato scientifico:

Simone **ALECCI** (Magistrato) - Elisabetta **BERTACCHINI** (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Mauro **BOVE** (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Giuseppe **BUFFONE** (Magistrato addetto alla direzione generale della giustizia civile presso il Ministero della Giustizia) - Tiziana **CARADONIO** (Magistrato) - Costanzo Mario **CEA** (Magistrato, già Presidente di sezione) - Paolo **CENDON** (Professore ordinario di diritto privato) - Gianmarco **CESARI** (Avvocato cassazionista dell'associazione Familiari e Vittime della strada, titolare dello Studio legale Cesari in Roma) - Caterina **CHIARAVALLI** (Presidente di Tribunale) - Bona **CIACCIA** (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Leonardo **CIRCELLI** (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Vittorio **CORASANITI** (Magistrato, ufficio studi del C.S.M.) - Mirella **DELIA** (Magistrato) - Lorenzo **DELLI PRISCOLI** (Consigliere Suprema Corte di Cassazione) - Paolo **DI MARZIO** (Consigliere Suprema Corte di Cassazione) - Francesco **ELEFANTE** (Magistrato T.A.R.) - Annamaria **FASANO** (Consigliere presso la Suprema Corte di Cassazione) - Cosimo **FERRI** (Magistrato, già Sottosegretario di Stato alla Giustizia) - Francesco **FIMMANO'** (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Eugenio **FORGILLO** (Presidente di Tribunale) - Andrea **GIORDANO** (Avvocato dello Stato) - Mariacarla **GIORGETTI** (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Giusi **IANNI** (Magistrato) - Francesco **LUPIA** (Magistrato) - Giuseppe **MARSEGLIA** (Magistrato) - Roberto **MARTINO** (Professore ordinario di diritto processuale civile, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Francesca **PROIETTI** (Magistrato) - Serafino **RUSCICA** (Consigliere parlamentare presso il Senato della Repubblica) - Piero **SANDULLI** (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Stefano **SCHIRO'** (Presidente del Tribunale Superiore delle Acque pubbliche) - Bruno **SPAGNA MUSSO** (già Consigliere di Cassazione ed assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Paolo **SPAZIANI** (Magistrato dell'Ufficio del Massimario della Corte Suprema di Cassazione) - Antonella **STILO** (Magistrato, Presidente di sezione) - Antonio **URICCHIO** (Professore ordinario di diritto tributario, Magnifico Rettore) - Antonio **VALITUTTI** (Presidente di Sezione presso la Suprema Corte di Cassazione) - Alessio **ZACCARIA** (Professore ordinario di diritto privato, già componente laico C.S.M.).

## **Avvocato, obbligo di dissuasione in caso di c.d. "causa persa" e responsabilità: tentativo di trovare una soluzione transattiva, doverosità; strategia processuale, inadeguatezza, valutazione ex ante**

*L'obbligo di dissuasione da parte del difensore nei confronti del cliente va fondato sulla ricorrenza di una domanda che risulti chiaramente inammissibile per assenza dei presupposti previsti dalla legge o completamente infondata, giacché il professionista ha l'obbligo di astenersi dalle cause perse o infondate.*

*Anche qualora il difensore accetti una causa per la quale prevedeva già dall'inizio la soccombenza, non può disinteressarsene del tutto, con il pretesto che si tratta di una "causa persa", senza almeno attivarsi per trovare una soluzione transattiva, essendo tale comportamento comunque doveroso, allo scopo di non esporre il cliente all'incremento delle spese iniziali.*

*La scelta di una determinata strategia processuale può essere foriera di responsabilità solo se la sua inadeguatezza al raggiungimento del risultato perseguito dal cliente sia valutata (e motivata) dal giudice di merito ex ante, restando comunque esclusa in caso di questioni rispetto alle quali le soluzioni dottrinali e/o giurisprudenziali presentino margini di opinabilità - in astratto o con riferimento al caso concreto - tali da rendere giuridicamente plausibili le scelte difensive compiute dal legale.*

NDR: in senso conforme alla prima massima Cass. 12/05/2016, n. 9695; in senso conforme alla seconda massima Cass. 02/07/2010, n. 15717 e Cass. 26/07/2010, n. 17506; in senso conforme alla terza massima Cass. 20/05/2015, n. 10289.

## **Cassazione civile, sezione terza, ordinanza del 3.9.2019, n. 21982**

*...omissis...*

Con il primo motivo le società ricorrenti deducono la violazione e falsa applicazione degli artt. 2969 e 1218 c.c., in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3. Ad avviso delle ricorrenti solo per un grave errore professionale commesso da *omissis*, la società *omissis* era stata chiamata in giudizio. Nei confronti di tale società, infatti, non era stata formulata alcuna domanda e l'accertamento della sua posizione quanto all'esecuzione delle opere necessarie per la messa in sicurezza degli immobili era stata rinviata in un secondo momento. La società, costituendosi in giudizio, aveva eccepito il proprio difetto di legittimazione passiva ed aveva prodotto le procure rilasciate il 24/06/2002 e il 13/03/2003 dal Raggruppamento temporaneo di imprese, costituito da *omissis* Real Estate, *omissis* S.R.L., Immobiliare *omissis*, per gestire, in nome e per conto dell'Inpdap, gli immobili di proprietà della *omissis* S.R.L., al fine di dimostrare la propria estraneità ai fatti di causa, stante l'assenza di qualsivoglia sua relazione con le procedure di dismissione della proprietà Inpdap e l'assenza di obblighi connessi all'esecuzione di opere. *omissis* non aveva disconosciuto le procure speciali da essa prodotte e non aveva formulato richieste istruttorie dirette a provarne la legittimatio ad causam. Essendo la titolarità sostanziale della situazione dedotta in giudizio un elemento costitutivo della domanda oggetto dell'onere probatorio di parte attrice, il professionista avrebbe dovuto, ad avviso della parte ricorrente, considerarsi gravemente inadempiente, per non aver dato alcuna dimostrazione delle ragioni della vocatio in ius del soggetto dichiaratosi non legittimato e per non avere neppure indicato le prove indispensabili per l'accoglimento della domanda. La Corte territoriale che, invece, aveva escluso la ricorrenza di un errore da parte dell'avvocato - dato che il difetto di legittimazione della società *omissis*, asseritamente fondato dalle società appellanti sulla qualità di procuratrice speciale rivestita dalla società *omissis* non poteva essere verificato, mancando in atti le procure generali speciale da cui desumere gli effettivi poteri della chiamata e la conoscibilità degli stessi - avrebbe erroneamente attribuito loro, piuttosto che al soggetto asseritamente inadempiente, l'onere di fornire la prova della legittimazione passiva della società chiamata, pretendendo che esibisse le procure prodotte in giudizio dal soggetto non legittimato e atte a consentire la valutazione del giudice. Le ricorrenti aggiungono che, non avendo mai avuto conoscenza dell'esistenza e del contenuto delle procure speciali conferite alla società *omissis*, non avrebbero potuto presentarle in giudizio. A sostegno esibiscono le comunicazioni scritte circa l'andamento della causa loro inviate da *omissis*, nelle quali non vi era cenno alcuno alla questione della legittimazione passiva della società *omissis*. I problemi sarebbero emersi, infatti, solo nel 2005, quando *omissis* le mise a parte del fatto che la società non aveva aderito alla definizione della controversia e che, essendo mancata

un'offerta transattiva da parte loro riguardo alle spese di lite, queste erano state liquidate dal giudice.

Con il secondo motivo le società ricorrenti imputano al giudice a quo la violazione dell'art. 112 c.p.c. e art. 132 c.p.c., n. 4 e la conseguente nullità della sentenza ex art. 360 c.p.c., comma 1, n. 4.

Asseriscono che il Collegio d'Appello avrebbe erroneamente affermato che la contestazione rivolta a *omissis* era quella di non avere adito il giudice amministrativo, trattandosi di una controversia avente ad oggetto il prezzo di stima degli immobili locati, in ragione del loro cattivo stato manutentivo, nell'ambito del procedimento di cartolarizzazione e dismissione del patrimonio pubblico. Invece, le ricorrenti si sarebbero lamentate del fatto che *omissis* avesse chiesto l'annullamento dell'atto di cessione degli immobili da Inpdap a *omissis*.

Con il terzo ed ultimo motivo le ricorrenti attribuiscono alla Corte territoriale l'avvenuta violazione dell'art. 112 c.p.c. e la nullità della sentenza per violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 4. La sentenza gravata non si sarebbe pronunciata sul terzo motivo di appello, con cui avevano lamentato che *omissis* non le avesse dissuase dall'intraprendere un costoso giudizio per poi sollecitarle, con lettera del maggio 2006, riprodotta per intero nel ricorso, a rinunciare al giudizio e ad accollarsi non solo le spese della sua parcella, ma anche le spese di lite della società Elle Tre che non aveva aderito alla loro proposta transattiva.

Il ricorso è infondato, per le ragioni appresso illustrate.

In via preliminare, le società ricorrenti non hanno dimostrato il contenuto della transazione non accettata dalla società *omissis* asseritamente consigliata da *omissis* nè le ragioni della stessa.

Dalla lettera che *omissis* aveva inviato loro nel maggio 2006 si acquisisce solo conoscenza della ricorrenza di un accordo stragiudiziale; il contenuto non è compiutamente indicato: vi è un accenno alla possibilità di acquisire i locali al prezzo originario di offerta, senza maggiorazione degli interessi legali, previa rinuncia agli atti di causa; tuttavia, da tale comunicazione, avente dichiarata finalità di aggiornamento, non è dato percepire alcuna costrizione al raggiungimento di un accordo (tale non può considerarsi l'indicazione di un termine per addivenire alla stipula notarile dell'atto traslativo). Si dava solo atto che le controversie che avevano ritardato la materiale acquisizione dei beni potevano con certezza dirsi superate dall'accordo stragiudiziale confermato dai legali delle controparti. Non vi è alcun riferimento, invece, alle ragioni che avevano spinto le parti a raggiungere una soluzione transattiva, superando le reciproche posizioni di contrasto e non vi è alcuna prova che l'interesse alla prosecuzione del giudizio sia stata determinata dall'andamento della domanda in corso di causa e non da altre ragioni: considerato l'ampio spettro delle domande formulate in giudizio da *omissis* per loro conto: a) annullare l'operazione di cessione dell'immobile dall'Inpdap alla Scip in quanto relativa ad un immobile sito in uno stabile a rischio per l'incolumità pubblica e privata; b) ordinare l'esecuzione delle opere necessarie per la messa in sicurezza dell'immobile e concedere un nuovo termine per l'esercizio del diritto di opzione, conseguente all'avvenuta esecuzione dei lavori - non può escludersi, ad esempio, che i convenuti si fossero fatti carico di eseguire tutte o parte delle opere necessarie. Il che rappresenta una questione fondamentale

nella vicenda in esame, atteso che la parte ricorrente fonda le proprie censure proprio sulla "necessità" di addivenire ad un accordo transattivo, una volta emerse le questioni di fatto e di diritto ostative al raggiungimento del risultato atteso o comunque produttive di effetti dannosi.

La giurisprudenza di legittimità fonda l'obbligo di dissuasione da parte del difensore, invocato dalle ricorrenti, sulla ricorrenza di una domanda che risulti chiaramente inammissibile per assenza dei presupposti previsti dalla legge o completamente infondata, giacchè il professionista ha l'obbligo di astenersi dalle cause perse o infondate (Cass. 12/05/2016, n. 9695).

Anche ammesso che il difensore avesse accettato una causa per la quale prevedeva già dall'inizio la soccombenza dei suoi assistiti, non avrebbe potuto, poi, disinteressarsene del tutto, con il pretesto che si trattava di una "causa persa", senza almeno attivarsi per trovare una soluzione transattiva, essendo tale comportamento comunque doveroso, allo scopo di non esporre il cliente all'incremento delle spese iniziali (Cass. 02/07/2010, n. 15717; Cass. 26/07/2010, n. 17506).

Tuttavia, nel caso di specie, tanto il giudice di prime cure quanto la Corte d'Appello, nella sentenza gravata, hanno escluso che l'avvocato avesse intrapreso un'azione prima facie inammissibile e/o infondata.

Ciò stando, se pure avesse indotto le società proprie clienti ad addivenire ad un componimento bonario della lite, avrebbe tenuto un comportamento conforme all'obbligo di tutelare i loro interessi che rischiavano di essere pregiudicati dalla prosecuzione di una controversia dalla quale poteva derivare un incremento del pregiudizio iniziale.

Va rilevato, inoltre, che l'affermazione secondo la quale l'avvocato aveva ottenuto un preliminare incarico stragiudiziale consistente nella formulazione di un parere in ordine all'utile esperibilità di un'azione giudiziale non trova riscontro nei fatti di causa (vi è solo l'affermazione assertiva delle ricorrenti a supporto di tale circostanza) e comunque va considerato che anche l'eventuale prestazione di natura consulenziale non avrebbe garantito il risultato, ma avrebbe obbligato il professionista ad offrire tutti gli elementi di valutazione necessari ed i suggerimenti opportuni allo scopo di permettere alle clienti di adottare una consapevole decisione, a seguito di un ponderato apprezzamento dei rischi e dei vantaggi insiti nella proposizione dell'azione.

Per invocare la responsabilità dell'avvocato sarebbe stato necessario dimostrare che, in applicazione del parametro della diligenza professionale (art. 1176 c.c., comma 2), nell'adempiere siffatta obbligazione, egli avesse omesso di prospettare loro tutte le questioni di diritto e di fatto atte ad impedire l'utile esperimento dell'azione a causa dell'ignoranza di istituti giuridici elementari e fondamentali ovvero di incuria ed imperizia, insuscettibili di giustificazione.

Una volta avviato il processo, la responsabilità del legale è ravvisabile solo in caso di sua imperizia per aver violato o ignorato precise disposizioni di legge ovvero errato nel risolvere questioni giuridiche prive di margine di opinabilità. Invece la scelta di una determinata strategia processuale può essere foriera di responsabilità solo se la sua inadeguatezza al raggiungimento del risultato perseguito dal cliente sia valutata (e motivata) dal giudice di merito ex ante, restando comunque esclusa in caso di questioni rispetto alle quali le soluzioni dottrinali e/o giurisprudenziali presentino margini di opinabilità - in astratto o

con riferimento al caso concreto - tali da rendere giuridicamente plausibili le scelte difensive compiute dal legale (Cass. 20/05/2015, n. 10289).

Dall'esame complessivo della motivazione e da quanto appena osservato si evince l'inconfigurabilità del vizio di omessa pronuncia lamentato dalle società ricorrenti (con i motivi numero due e tre), dato che esso è integrato solo dalla mancanza di una decisione da parte del giudice in ordine ad una domanda che richieda una pronuncia di accoglimento o di rigetto e va escluso ove ricorrano gli estremi di una reiezione implicita o di un suo assorbimento in altre statuizioni o qualora il giudice del merito sia comunque pervenuto ad un'esatta soluzione del problema giuridico sottoposto al suo esame (Cass. 13/08/2018, n. 20718).

Deve essere rilevato che in entrambi i giudizi di merito era stato negato che *omissis* avesse erroneamente evocato in giudizio la società *omissis*. La censura di parte ricorrente è che il giudice del merito abbia, incorrendo in errore, sovrapposto la questione della vocatio in ius con quella della titolarità sostanziale del rapporto controverso, invertendo l'onere della prova gravante sulla parte attrice, quindi sul difensore in giudizio, di fornire, a fronte della difesa della convenuta, la prova della ricorrenza in capo ad essa della legittimazione passiva.

Va richiamata a tal proposito la pronuncia a sezioni unite, n. 2951 del 16/11/2016, con cui questa Corte ha ribadito la distinzione tra legittimazione attiva e passiva al processo (che implica, sulla scorta della prospettazione della domanda, la legittimazione ad agire in giudizio a tutela del proprio diritto e specularmente quella a contraddire in capo a colui che si individui quale titolare della situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio) e titolarità della posizione soggettiva oggetto dell'azione e affermato che il problema della titolarità della posizione soggettiva, attiva ma anche passiva, attiene al merito della decisione, cioè alla fondatezza della domanda, con la conseguenza che la relativa prova grava, ex art. 2697 c.c., sull'attore. La titolarità del diritto e, per converso, la titolarità della situazione giuridica soggettiva passiva appartengono alla categoria dei fatti-diritto che della domanda costituiscono fondamento. Chi agisce in giudizio non può limitarsi ad allegare il proprio diritto, ma è tenuto a dimostrare di esserne titolare. Il convenuto, qualora non condivide l'assunto dell'attore in ordine alla titolarità del diritto, può limitarsi a negarla. Tale negazione costituisce una difesa. Nell'ambito delle difese, genericamente intese come tutte quelle prese di posizione con cui il convenuto si contrappone alla domanda, vanno individuate e tenute distinte le eccezioni, con cui il convenuto non si limita a negare i fatti costitutivi del diritto dell'attore, ma oppone un fatto diverso, fatti modificativi, estintivi ed impeditivi (eccezioni), il cui onere probatorio è a suo carico. E' anche possibile, ai fini che qui interessano, che il convenuto non contesti il fatto costitutivo vantato dall'attore oppure che fornisca una difesa incompatibile con la negazione della sussistenza della titolarità del diritto in capo all'attore.

Nel caso di specie, costituendosi in giudizio, la società *omissis* aveva contestato di essere titolare della situazione giuridica soggettiva passiva. La sua doveva considerarsi, dunque, una mera difesa, la quale implicava che l'attore fornisse la prova della sua legittimazione passiva.

Va, nondimeno, precisato che fino alla citata pronuncia della Corte di Cassazione a sezioni unite (n. 2951/2016), la giurisprudenza maggioritaria

riteneva che la contestazione della legittimazione passiva integrasse un'eccezione in senso stretto con onere della prova a carico dell'eccepente.

Ne consegue che nessun errore poteva imputarsi a *omissis* per non essersi fatto carico di contestare, all'epoca dei fatti, le procure speciali prodotte in giudizio dalla società *omissis* e per non avere formulato le istanze istruttorie necessarie a provare la sua concreta legittimazione passiva.

Non corrisponde al vero che la Corte territoriale si sia pronunciata su una domanda - la pretesa stima degli immobili - da esse ricorrenti non proposta.

L'intento delle attuali ricorrenti era innegabilmente quello di ottenere la riduzione del prezzo di opzione per l'acquisto degli immobili locati in considerazione delle loro cattive condizioni.

E' vero che la Corte territoriale ha fatto riferimento alla stima degli immobili locati, questione non specificamente dedotta in questi termini dalle società appellanti, ma considerando che il giudice non è necessariamente vincolato alle espressioni letterali utilizzate dalle parti in giudizio, che deve indagare e considerare il contenuto sostanziale della domanda, che la rideterminazione del prezzo di opzione implicitamente richiedeva l'accertamento del valore degli immobili locati, è da escludere che il giudice a quo sia incorso nel vizio imputatogli.

Superata tale obiezione, non risulta che le società ricorrenti abbiano confutato, con la propria attività deduttiva, che il buon esito del giudizio non sia stato ipotizzato da negligenza o imperizia di *omissis*, stante che la domanda proposta richiedeva la risoluzione di questioni opinabili.

Non coglie nel senso neppure l'ulteriore specifico errore imputato a *omissis*, quello di aver adito il giudice ordinario anziché quello amministrativo, perché le ricorrenti non hanno fornito la prova che, contrariamente a quanto ritenuto dalla Corte territoriale, non fosse opinabile, nel caso di specie, quale fosse la giurisdizione. Né può essere del tutto sprovvista di rilievo la circostanza, rilevata dalla Corte territoriale, che il giudice di prime cure sulla base di una delibazione sommaria non avesse ritenuto decisiva la eccezione di giurisdizione.

Ne consegue il rigetto del ricorso.

Non v'è da regolare la liquidazione delle spese del presente giudizio, perché i resistenti non hanno svolto attività difensiva.

Ricorrono i presupposti per porre a carico della parte ricorrente l'obbligo di pagamento del doppio del contributo unificato.

PQM

La Corte rigetta il ricorso. Non provvede alla liquidazione delle spese per mancanza di attività difensiva da parte dei resistenti. Ai sensi del D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1 quater, dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte delle società ricorrenti, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso, a norma del comma 1 bis dello stesso art. 13.