Quaderni di «Etica e giustizia» | 1

L'avvocato e la giustizia

Atti del seminario di studi (Messina, 3-4 ottobre 2024)

a cura di Marco Gradi

EDITORIALE SCIENTIFICA

Quaderni di «Etica e giustizia»
n. 1 (dicembre 2025)

Collana diretta da Marco Gradi (Università di Messina)

Comitato scientifico
Francesco Arcaria (Università di Catania); Luigi Balestra (Università di Bologna); Ermanno Calzolaio (Università di Macerata); Remo Caponi (Università di Firenze); Antonio Cappuccio (Università di Messina); Riccardo Cardilli (Università di Roma Tor Vergata); Giovanni Chiodi (Università di Milano Bicocca); Silvana Dalla Bontà (Università di Trento); Tommaso dalla Massara (Università di Roma Tre); Angelo Dondi (Università di Genova); Pasquale Femia (Università di Salerno); Andrea Giussani (Università di Urbino); Tommaso Greco (Università di Pisa); Alessio Lo Giudice (Università di Messina); Mauro Grondona (Università di Genova); Paola Lucarelli (Università di Firenze); Francesco P. Luiso (Università di Pisa); Luca Lupària Donati (Università di Milano); Vittorio Manes (Università di Bologna); Stefania Pellegrini (Università di Bologna); Francesco Rimoli (Università di Roma Tre); Lucia Risicato (Università di Messina); Giuseppe Ruffini (Università di Roma Tre); Stefano Ruggeri (Università di Messina); Antonio Saitta (Università di Messina); Alessandro Somma (Università di Roma Sapienza); Sara Tonolo (Università di Padova); Nicolò Trocker (Università di Firenze); Giuseppe Tropea (Università di Reggio Calabria); Isabel Trujillo (Università di Palermo).

Consiglio internazionale
Teresa Arruda Alvim (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo); Óscar Cruz Barney (Universidad Nacional Autónoma de México); Antonio Cabral (Universidade do Estado do Rio de Janeiro); Paula Costa e Silva (Universidade de Lisboa); Anna Donovan (University College London); Catherine L. Fisk (University of California, Berkeley); Fernando Gascón Inchausti (Universidad Complutense de Madrid); Leandro J. Giannini (Universidad Nacional de La Plata); Juan F. Herrero Perezagua (Universidad de Zaragoza); Cristoph A. Kern (Universität Heidelberg); David J. Luban (Georgetown University); Séverine Menétrey (Université libre de Bruxelles); Andrea Ortolani (University of Tsukuba); Christoph G. Paulus (Humboldt-Universität zu Berlin); Joan Picó i Junoy (Universitat Pompeu Fabra de Barcelona); John Sorabji (University College London); Carlos Tormo Camallonga (Universitat de València); Emőd Veress (University of Miskolc).

Comitato di valutazione
Biagio Andò (Università di Catanzaro); Vincenzo Ansanelli (Università di Genova); Andrea Bertolini (Scuola superiore Sant'Anna, Pisa); Raffaella Bianchi Riva (Università di Milano); Claudia Cascione (Università di Bari); Antonio Cassatella (Università di Trento); Elena D'Alessandro (Università di Torino); Clarice Delle Donne (Università di Reggio Calabria); Flora Di Donato (Università di Napoli Federico II); Romolo Donzelli (Università di Macerata); Alessandro Fabbi (Università di Catania); Beatrice Ficcarelli (Università di Firenze); Elisabetta Fusar Poli (Università di Brescia); Tommaso Gazzolo (Università di Sassari); Paola Licci (Università di Roma Tor Vergata); Francesca Locatelli (Università di Bergamo); Fabio Macioce (LUMSA Roma); Alberto Marchese (Università di Messina); Concetta Marino (Università di Catania); Elena Mattevi (Università di Trento); Serena Quattrocolo (Università di Torino); Fabrizio Siracusano (Università di Catania); Vincenzo Tigano (Università di Catanzaro); Alessandra Valastro (Università di Perugia); Enzo Vullo (Università di Sassari); Elena Zucconi Galli Fonseca (Università di Bologna); Beatrice Zuffi (Università di Padova).

Comitato editoriale
Giulia Di Fazzio (Università di Messina), con funzioni di capo-redattrice; Valentina Bertoldi (Università di Roma Sapienza); Luigi De Propris (Università di Catanzaro); Elena Gabellini (Università di Bologna); Piergiuseppe Lai (Università di Sassari); Antonio Las Casas (Università di Catania); Giuseppe Toscano (Università di Messina).

Comitato di redazione
Massimiliano Bina (Università dell'Insubria); Chiara Briguglio (Università di Roma Sapienza); Francesco Ciccolo (Università di Messina); Riccardo Coletta (Università di Macerata); Davide Corraro (Università di Padova); Vincenzo De Carolis (Università di Roma Tre); Guidomaria De Cesare (Università di Urbino); Antonella Falcone (Università di Messina); Angela Maria Felicetti (Università di Bologna); Cristina Lovise (Università di Roma Tre); Florin Costinel Malatesta (Università di Roma Sapienza); Damiano Micali (Università di Messina); Ruggero Siciliano (Università di Palermo); Francesco Maria Simoncini (Università di Roma Sapienza); Mauro G. Smiroldo (Università di Genova).

Sede e contatti della redazione
Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Messina
Piazza Salvatore Pugliatti n. 1, 98122 Messina
eticaegiustizia@unime.it

I «*Quaderni*» costituiscono la Collana di studi associata a «*Etica e giustizia: rivista di cultura giuridica*», nella quale sono pubblicati studi monografici o atti di convegno dedicati all'etica giuridica. I volumi dei «*Quaderni*» sono publicati in formato cartaceo, ma sono altresì disponibili in accesso aperto («*open access*»).

La pubblicazione di questo volume è finanziata dall'Unione europea (Next Generation EU, Missione 4, Componente 1) e dal Ministero dell'Università e della Ricerca nell'ambito del progetto PRIN 2022 «Edu4Just» (2022XRYZR5), del quale è responsabile scientifico per l'Università di Messina il prof. Marco Gradi (CUP J53D23006030006).

Immagine di copertina: *Der Wanderer über dem Nebelmeer* (Viandante sul mare di nebbia) di Caspar David Friedrich (1818), dipinto conservato presso la *Hamburger Kunsthalle*, Amburgo (Germania).

L'avvocato e la giustizia

Atti del seminario di studi (Messina, 3-4 ottobre 2024)

a cura di Marco Gradi

EDITORIALE SCIENTIFICA

Proprietà letteraria riservata

© Copyright 2025 Editoriale Scientifica s.r.l.
Via San Biagio dei Librai, 39 - 80138 Napoli
www.editorialescientifica.com - info@editorialescientifica.com

ISBN 979-12-235-0574-8

Indice

Introduzione

Giuseppe Ruffini
L'etica dell'avvocato 9

Sezione I – La fedeltà dell'avvocato

Guidomaria De Cesare
Il difensore tecnico «servo di due padroni»: spunti su doveri di collaborazione ed efficientamento della giustizia 25

Riccardo Coletta
Note in tema di obbligo di verità e completezza (e ruolo dell'avvocato) nel processo familiare e minorile 51

Umberto De Luca
La «doppia fedeltà» dell'avvocato in Italia tra Unità e prima età repubblicana 111

Alessandro Triolo
Il dovere di credibilità dell'avvocato 127

Filippo Nicolai
L'ingiustizia della decisione civile causata dall'infedeltà del difensore 157

Francesco Maria Simoncini
Sulle interferenze fra procedimento disciplinare e giudizio civile 177

Sezione II – La diligenza dell'avvocato

VALENTINA CAPASSO
Sul «dovere professionale» dell'avvocato di conoscere la giurisprudenza: quale giurisprudenza? 239

FLORIN COSTINEL MALATESTA
La diligenza e la responsabilità dell'avvocato nei rapporti con il proprio assistito 263

ROSSELLA BROSIO
«CyberEthics»: un venturo dovere professionale nell'era della società digitale 315

PAOLA FRANCONE
Uso della tecnologia e questioni deontologiche 337

GIACOMO PIROTTA
Nuove azioni risarcitorie collettive e deontologia forense: dalle criticità passate alle nuove sfide 353

MAURO G. SMIROLDO
Avvocati per il clima e uso strategico del processo civile 395

Conclusioni

MARCO GRADI
Il futuro dell'etica forense 427

I Introduzione

Giuseppe Ruffini
Professore ordinario nell'Università di Roma Tre

L'ETICA DELL'AVVOCATO

Sommario: 1. La giustizia nel codice deontologico forense. – 2. L'impegno solenne cui è subordinato l'esercizio della professione forense e la giustizia come canone interpretativo. – 3. La condotta professionale e la dimensione etica della giustizia. – 4. Il dovere di verità e la funzione di giustizia. – 5. Etica e linguaggio: la figura dell'«avvocata» e la dimensione simbolica della professione. – 6. Il dovere di equità e la responsabilità etica del difensore. – 7. La funzione sociale dell'avvocatura e la giustizia come legittimazione del processo. – 8. L'avvocato come mediatore della giustizia e della pace. – 9. Giustizia, verità e pace: la bilancia del diritto.

1. *La giustizia nel codice deontologico forense*. — Quando si evoca l'etica di un professionista, il pensiero si orienta immediatamente verso la dimensione deontologica, intesa come l'insieme delle regole che devono essere osservate per il corretto esercizio di una determinata attività professionale, anche a tutela dell'immagine della professione esercitata. In tale prospettiva, parlare di etica dell'avvocato potrebbe equivalere, in senso stretto, a discutere della deontologia forense. Non a caso, il primo impulso, dinanzi all'invito a riflettere sull'etica dell'avvocato, è quello di consultare il codice deontologico forense, quale fonte primaria dei doveri e delle responsabilità che definiscono l'agire professionale.

Tuttavia, da tale analisi emerge immediatamente un dato problematico. Ci si aspetterebbe, infatti, di rinvenire nel codice deontologico almeno un riferimento espresso al rapporto tra l'avvoca-

Quaderni di «Etica e giustizia», n. 1
L'avvocato e la giustizia, a cura di M. Gradi, Napoli, 2025

to e la giustizia, intesa come fine immanente dell'attività forense. Tale riferimento, sorprendentemente, non vi è.

Il codice deontologico forense, infatti, raccoglie le norme che l'avvocato è tenuto a osservare nell'esercizio della professione. Esse mirano a tutelare sia le persone assistite, sia – forse in misura maggiore – l'immagine e il prestigio della professione forense. Ciò che emerge con evidenza è l'attenzione alla reputazione dell'avvocatura come corpo collettivo. L'orizzonte di riferimento non sembra essere tanto la giustizia sostanziale, quanto piuttosto la salvaguardia dell'onorabilità della categoria e la correttezza formale delle relazioni professionali.

Il codice disciplina con accuratezza i rapporti dell'avvocato con il cliente, la parte assistita, la controparte, i colleghi, i magistrati, gli arbitri, i mediatori, i consulenti, i testimoni e le istituzioni forensi. Si tratta di un complesso normativo volto a garantire correttezza, dignità e rispetto nei rapporti professionali, valori essenziali per l'esercizio della funzione difensiva. Tuttavia, anche a una lettura attenta, non si rinviene mai un richiamo diretto alla realizzazione della giustizia come scopo ultimo dell'attività dell'avvocato.

Ne risulta l'impressione che, secondo la prospettiva del codice deontologico forense, l'obiettivo primario dell'avvocato consista nell'assicurare l'effettività del diritto di difesa, la regolarità del processo e il rispetto del principio del contraddittorio, a presidio della legalità formale. Manca invece un riferimento esplicito alla giustizia come valore sostanziale. Ciò conduce a un interrogativo fondamentale: l'avvocato è realmente un operatore della giustizia, oppure un garante della sola legalità procedurale? È su questa tensione concettuale che si rende necessaria una riflessione critica.

2. *L'impegno solenne cui è subordinato l'esercizio della professione forense e la giustizia come canone interpretativo*. — La lettura del codice deontologico forense può risultare, sotto alcuni profili, disorientante, soprattutto per chi si appresta a intraprendere la professione. Limitarsi a tale lettura, in assenza di una visione più ampia, potrebbe far apparire la professione forense come un insieme di vincoli formali volti a garantire la posizione del cliente

nel contesto giudiziario, piuttosto che come una funzione sociale orientata alla giustizia.

Occorre peraltro tenere presente che la disciplina dell'ordinamento forense contenuta nella legge n. 247 del 2012, oltre a prevedere che la professione forense deve essere esercitata con indipendenza, lealtà, probità, dignità, decoro e nel rispetto dei principi contenuti nel codice deontologico forense emanato dal Consiglio nazionale forense (art. 3), ne condiziona espressamente l'esercizio all'assunzione di un impegno solenne, attraverso il quale l'avvocato si obbliga a esercitare la professione «con lealtà, onore e diligenza (...) per i fini della giustizia ed a tutela dell'assistito» (art. 8). Tale formula non è un mero ornamento retorico: essa esprime la *ratio* profonda dell'attività forense e fornisce la chiave interpretativa delle norme deontologiche.

Da questa prospettiva, le disposizioni del codice deontologico devono essere interpretate alla luce di un criterio ermeneutico fondamentale: il valore della giustizia. Questo principio non rappresenta un semplice riferimento assiologico, ma un parametro operativo che deve orientare la condotta dell'avvocato e l'applicazione delle regole deontologiche. Si tratta, dunque, di un principio interpretativo che conferisce coerenza etica al sistema disciplinare della professione.

Molte norme del codice, infatti, possono assumere significati diversi a seconda che vengano interpretate in funzione della giustizia o secondo un criterio meramente formale. Da ciò discende che anche comportamenti apparentemente marginali possono rilevare disciplinarmente in quanto contrari a tale valore. Si pensi, ad esempio, all'avvocato che non adempia ai propri obblighi fiscali, previdenziali o assicurativi: tale omissione, pur estranea all'attività forense in senso stretto, mina la sua credibilità e si traduce in una violazione del dovere di giustizia, poiché compromette l'affidabilità del professionista nel sistema giuridico.

L'analisi assume una valenza più ampia quando si considera il ruolo dello Stato e della pubblica amministrazione. Vi è una profonda contraddizione nel fatto che lo Stato, da un lato, pretenda dall'avvocato un comportamento eticamente irreprensibile, ma dall'altro lato non sempre rispetti i diritti dei cittadini o faccia

fronte alle proprie obbligazioni. L'inerzia e l'inadempimento della pubblica amministrazione generano gran parte del contenzioso, rendendo paradossale l'adozione di riforme processuali volte unicamente alla celerità dei giudizi. La più autentica riforma deflattiva non consiste nell'accorciare i tempi del processo, bensì nel garantire che ciascuno ottenga quanto gli spetta senza bisogno di ricorrere alla giurisdizione, riducendo così fisiologicamente la conflittualità.

Anche strumenti come le azioni di classe o i rimedi collettivi rappresentano spesso risposte *ex post* a situazioni di ingiustizia sistemica. Essi non costituiscono, in senso proprio, strumenti di giustizia, ma piuttosto rimedi a disfunzioni strutturali di un sistema che non realizza pienamente i propri fini. In questo quadro, l'etica dell'avvocato si configura come un presidio di legalità sostanziale, capace di compensare, almeno in parte, le incoerenze dell'ordinamento.

3. *La condotta professionale e la dimensione etica della giustizia*. — La medesima logica si riflette direttamente sul piano deontologico. L'avvocato che non adempie ai propri doveri fiscali, previdenziali o familiari mina non soltanto la reputazione della categoria, ma anche la stessa idea di giustizia che la professione è chiamata a rappresentare. L'inosservanza di tali obblighi fondamentali costituisce la prima e più immediata forma di ingiustizia, poiché tradisce la coerenza etica richiesta a chi difende i diritti altrui.

Tale considerazione si estende a comportamenti meno discussi ma altrettanto significativi. Non contribuisce alla realizzazione della giustizia l'avvocato che ostacoli la crescita professionale dei propri collaboratori o praticanti, o che ne sfrutti il lavoro senza garantire una formazione adeguata o un giusto compenso. La relazione formativa, infatti, è parte integrante della funzione sociale dell'avvocatura: il titolare di uno studio legale ha il dovere di promuovere la crescita professionale dei giovani giuristi, mentre questi ultimi sono tenuti a interpretare la pratica forense non come mero strumento retributivo, ma come percorso di apprendimento e responsabilità.

Ugualmente grave è la condotta di chi accetti incarichi per i quali non possiede la necessaria competenza, o trascuri l'aggiornamento professionale. Accettare la difesa in un processo senza adeguata preparazione espone la parte assistita a rischi potenzialmente irreversibili e rappresenta una violazione dei principi di lealtà e diligenza. Parimenti censurabile è l'atteggiamento di chi, pur competente, esegua l'incarico con superficialità o negligenza.

Questi comportamenti ledono non soltanto la reputazione individuale o collettiva dell'avvocatura, ma la stessa fiducia dei cittadini nella giustizia. La crisi di fiducia verso l'avvocato si traduce, inevitabilmente, in una crisi di fiducia verso l'ordinamento nel suo complesso. Come per il magistrato, l'inadeguatezza etica dell'avvocato non compromette solo l'efficacia di un singolo processo, ma incide sul riconoscimento stesso della giuridicità dell'ordinamento. La responsabilità etica dell'avvocato, pertanto, non è un elemento accessorio della professione, bensì un presupposto della tenuta dell'intero sistema giuridico.

4. *Il dovere di verità e la funzione di giustizia*. — Nel quadro della deontologia forense, assume un rilievo centrale la questione del dovere di verità. L'avvocato che consigli al proprio cliente o minacci alla controparte azioni palesemente infondate si pone in contrasto con la funzione di giustizia che la professione è chiamata a perseguire. Tali condotte non minano soltanto l'immagine della categoria, ma indeboliscono la fiducia dei cittadini nella funzione dell'avvocatura, riducendola a mero strumento di utilità privata.

Il codice deontologico forense, non a caso, sanziona espressamente l'avvocato che accetti incarichi implicanti l'affermazione del falso, la negazione del vero o l'utilizzazione di prove false. La stessa sanzione colpisce chi, pur non costretto dall'incarico, scelga consapevolmente di introdurre nel processo elementi mendaci. È utile ricordare che tali divieti, oggi ritenuti ovvi, non sono sempre stati pacifici nella tradizione forense.

In passato, infatti, la funzione dell'avvocato era spesso interpretata come pienamente asservita all'interesse del cliente, sino al punto da ritenere che il difensore dovesse «far vincere la causa» indipendentemente dalla fondatezza sostanziale delle pretese.

Tale visione è stata messa in discussione, tra gli altri, da Marco Gradi, il quale, con il suo studio sull'obbligo di verità, ha contribuito a orientare la riflessione dottrinale verso un approccio più coerente con la dimensione etica della professione. Egli ha dimostrato che la verità non rappresenta un vincolo estrinseco, ma una condizione di legittimazione della funzione difensiva. Oggi, infatti, è ampiamente condiviso che il compito primario dell'avvocato non sia assicurare la vittoria, bensì contribuire alla realizzazione della giustizia.

Questa evoluzione concettuale trova fondamento positivo nella già ricordata formula dell'impegno solenne previsto dall'art. 8 della legge n. 247 del 2012, che richiama esplicitamente l'esercizio della professione «ai fini della giustizia». L'avvocato è, pertanto, chiamato a cooperare con la funzione giurisdizionale non solo all'interno del processo, ma anche in ambito stragiudiziale, attraverso una costante tensione verso la correttezza, la verità e l'equità.

Il ruolo dell'avvocato, infatti, non si esaurisce nella dimensione contenziosa: esso si estende alle attività di consulenza, negoziazione e prevenzione dei conflitti. È proprio in tali contesti che si misura la reale portata della funzione etica dell'avvocatura, poiché la maggior parte dei rapporti giuridici non giunge mai all'esame del giudice. Per questa ragione, il codice deontologico considera illecito disciplinare il consiglio volto a indurre il cliente a stipulare un contratto nullo o a inserire clausole contrarie a norme imperative.

L'avvocato che orienti la propria condotta esclusivamente a vantaggi economici o a risultati utilitaristici si pone in antitesi con la funzione sociale della professione. Egli, anziché cooperare ad un corretto e ordinato svolgimento dei rapporti tra gli uomini, tale da garantire agli stessi una convivenza pacifica, lo insidia dall'interno, trasformando la difesa in un mezzo di sopraffazione o di abuso del diritto. La funzione forense, al contrario, deve essere interpretata come partecipazione attiva alla realizzazione della giustizia, non come mero esercizio tecnico di legalità formale.

5. *Etica e linguaggio: la figura dell'«avvocata» e la dimensione simbolica della professione*. — Chiariti i presupposti della funzione giuridica dell'avvocato, è possibile soffermarsi sul piano propriamente etico, distinto ma complementare rispetto a quello deontologico. Parlare di etica significa interrogarsi sul significato profondo della funzione sociale dell'avvocato, sulla sua giustificazione morale all'interno dell'ordinamento. L'avvocato, per sua natura, è *advocatus*: colui che viene chiamato a difendere chi ha bisogno di tutela. Tale chiamata, lungi dall'essere un fatto meramente professionale, esprime una vocazione di prossimità e di solidarietà, che fonda la dimensione etica dell'avvocatura e ne giustifica il rilievo sociale.

In questa prospettiva, è interessante osservare come la cultura religiosa e linguistica italiana conservi un'eco di questa funzione sacrale. Nella tradizione cattolica, infatti, la Madonna è invocata come «avvocata nostra» nel *Salve Regina*, in quanto interceditrice e madre di misericordia. Tale accezione simbolica, che lega la figura dell'avvocato alla compassione e alla difesa dei deboli, restituisce una dimensione spirituale della professione, intesa non come mestiere, ma come servizio.

Su questo piano, anche la riflessione linguistica assume rilievo. L'uso corretto del termine «avvocata», coerente con la radice latina e con la tradizione ecclesiastica, rivela non solo una questione di grammatica, ma una consapevolezza culturale: riconoscere il femminile di «avvocato» significa riconoscere che la funzione difensiva è universale e non legata a un genere. L'avvocatura, in quanto servizio alla giustizia, è aperta a tutti coloro che ne condividono i valori fondanti, e non è appannaggio di un solo genere o di una specifica tradizione.

In tale contesto, la figura dell'«avvocata» non rappresenta un semplice adeguamento linguistico, ma una riaffermazione della dimensione etica e simbolica della professione. Essa richiama la necessità, per chi esercita la difesa, di coniugare il senso del diritto con la misericordia e la comprensione umana, ai fini della giustizia. L'avvocato, dunque, quale operatore di giustizia, non è chiamato a difendere la «ragione» della parte assistita, ma ad adoperarsi affinché alla stessa sia attribuito ciò che gli spetta in base

alla sua posizione giuridica nella società e alle sue concrete azioni; e ciò comporta la capacità di discernere tra ciò che sul piano formale appare legalmente fondato e ciò che è equamente dovuto, in termini di vantaggio o svantaggio.

La funzione dell'avvocato si manifesta, in particolare, nei casi in cui il cliente appare in una posizione di debolezza o di colpa apparente. Difendere chi, secondo l'opinione comune, sembra avere torto, significa garantire che anche costui non sia privato di giustizia, né sottoposto a conseguenze sproporzionate rispetto a determinate azioni od omissioni. In ciò risiede la nobiltà della professione forense: mentre chiunque può sostenere la parte vincente, solo l'avvocato autentico è in grado di porsi a fianco di chi è socialmente o moralmente svantaggiato, promuovendo un equilibrio giusto tra le parti.

Nel diritto privato, questa funzione si traduce spesso nella ricerca di soluzioni eque, volte a mitigare penalità eccessive o clausole inique. Anche in sede di negoziazione o di mediazione, l'avvocato contribuisce alla giustizia non soltanto attraverso la competenza tecnica, ma anche mediante la promozione di un giusto equilibrio tra diritto ed equità, tra norma e umanità.

6. *Il dovere di equità e la responsabilità etica del difensore.* — La riflessione sull'etica dell'avvocato non può prescindere dal richiamo all'adagio *summum ius, summa iniuria*. Tale principio, lungi dal significare che il diritto in sé possa produrre ingiustizia, esprime l'esigenza di evitare che l'applicazione meccanicistica delle norme conduca a risultati contrari alla giustizia sostanziale. Il fine del diritto è la giustizia; pertanto, l'avvocato ha il dovere di segnalare e correggere, nei limiti del possibile, le distorsioni che derivano da norme o da prassi ingiuste.

Da ciò discende un duplice obbligo: per la parte, di non abusare del processo o delle forme di tutela; per l'avvocato, di non prestarsi a strategie giuridiche che, pur formalmente legittime, risultino sostanzialmente inique. L'etica professionale richiede, dunque, un esercizio costante di discernimento, che distingua tra la legalità apparente e la giustizia effettiva.

Tale esigenza risulta particolarmente avvertita dai giovani

giuristi, spesso disorientati da rappresentazioni caricaturali della professione, in cui l'avvocato è descritto come individuo astuto e privo di scrupoli, disposto a manipolare i fatti pur di ottenere la vittoria processuale. Queste immagini, che affondano le radici nella letteratura – si pensi alla figura manzoniana del dottor Azzeccagarbugli – tradiscono un fraintendimento profondo della funzione forense. L'avvocato non è un mercenario della lite, ma un operatore della giustizia: il suo compito è evitare che il processo divenga un terreno di sopraffazione e garantire che la verità e l'equità emergano dal contraddittorio.

La responsabilità etica dell'avvocato si manifesta, dunque, nel rifiuto di strategie scorrette, nel rispetto della verità dei fatti e nella promozione di una cultura della giustizia che travalica i confini del processo. Essa si traduce nella capacità di orientare il cliente verso soluzioni giuste e proporzionate, anche quando ciò comporti rinunce materiali o l'abbandono di pretese. In tal modo, la funzione dell'avvocato diviene strumento di civiltà giuridica, di mediazione e di pacificazione sociale, piuttosto che di conflitto.

7. *La funzione sociale dell'avvocatura e la giustizia come legittimazione del processo.* — Alla luce di quanto precede, la tradizionale contrapposizione tra funzione pubblicistica e funzione privatistica del processo appare, oggi, sostanzialmente superata. La dicotomia tra interesse individuale e interesse pubblico si dissolve, infatti, se si assume come parametro unificante il valore della giustizia. In tale prospettiva, ciò che realmente rileva non è la qualificazione formale della funzione difensiva, ma il suo contributo effettivo alla realizzazione della giustizia, tanto nell'ambito processuale quanto in quello stragiudiziale.

Questa visione trova fondamento nel dettato costituzionale, secondo cui il processo deve essere giusto, in quanto strumento di attuazione di un ordinato ed armonico svolgimento dei rapporti umani. Ne consegue che l'esercizio della difesa tecnica, imposto o consentito dalla legge, non può avere altro fine se non quello di garantire una decisione giusta. Ridurre il processo a una mera competizione tra parti, il cui esito sia indifferente ai valori di veri-

tà e di equità, significherebbe degradarlo a un procedimento formale, privo della sua legittimazione sostanziale.

L'avvocato, dunque, ha il dovere di battersi per il proprio cliente, ma tale dovere non si esaurisce nel perseguimento del successo processuale. Esso si radica, piuttosto, nella responsabilità di contribuire alla giustizia della decisione. L'interesse del cliente, in questa prospettiva, coincide con l'esigenza di giustizia e non con la pretesa di vittoria a qualunque costo. Per questo, l'avvocato eticamente consapevole rifiuta incarichi che implichino comportamenti contrari alla giustizia o pretese evidentemente infondate.

Diverso è il caso dell'avvocato che assiste una parte convenuta o comunque sottoposta a un procedimento giudiziario. In tali ipotesi, il suo compito consiste nel garantire che il cliente non subisca conseguenze sproporzionate o non conformi al diritto, ma anche nel favorire, ove possibile, una composizione equa della lite. In entrambe le situazioni, la funzione sociale dell'avvocato si manifesta come argine alla litigiosità temeraria e come presidio di equilibrio nel sistema della giustizia civile.

In tal senso, appare ancora attuale il pensiero di Piero Calamandrei, secondo cui l'avvocato costituisce un filtro necessario tra i litiganti di mala fede e l'ordinamento giurisdizionale. Egli non è solo lo strumento tecnico della difesa, ma un mediatore etico tra la pretesa individuale e il bene pubblico della giustizia. Tale consapevolezza rafforza la concezione dell'avvocato come operatore essenziale della giurisdizione, il cui compito non si esaurisce nel patrocinio delle parti, ma si estende alla salvaguardia dell'intero sistema dei valori giuridici.

8. *L'avvocato come mediatore della giustizia e della pace*. — Le controversie giudiziarie non nascono unicamente dalla negligenza dei singoli, ma anche da ingiustizie sistemiche che rendono necessario l'intervento della giurisdizione. Tuttavia, anche in presenza di conflitti apparentemente insanabili, l'avvocato può e deve svolgere una funzione di riequilibrio. Il primo passo in questa direzione è spesso rappresentato dal dialogo diretto con il collega della controparte, finalizzato a valutare la possibilità di un accordo proporzionato e ragionevole prima di adire il giudice.

Questa attitudine costituisce una forma di giustizia preventiva e, insieme, un segno di civiltà giuridica. Oggi, tale funzione trova attuazione anche attraverso gli strumenti di giustizia consensuale – quali la negoziazione assistita e la mediazione – che affidano all'avvocato un ruolo decisivo nella composizione equilibrata delle controversie e nella riduzione del contenzioso.

In tali procedure, l'avvocato non agisce per «vincere» la lite, ma per realizzare un accordo equo, rispettoso dei diritti di entrambe le parti. Il suo compito consiste nel trasformare il conflitto in dialogo, restituendo alla relazione tra i soggetti il valore originario della cooperazione giuridica. Come osservava Francesco Carnelutti, il cliente che si rivolge all'avvocato non cerca solo sostegno nella lite, ma pace nella giustizia. L'avvocato, attraverso il confronto leale con il collega della controparte, diviene mediatore di tale pace, favorendo una soluzione che ricomponga l'ordine giuridico e sociale.

La funzione dell'avvocato, pertanto, non si riduce alla rappresentanza tecnica o all'esercizio dialettico della difesa: essa assume una portata più ampia, quale garanzia di equità e di stabilità dei rapporti sociali. In tal modo, l'avvocato contribuisce direttamente alla tenuta dell'ordinamento, traducendo la giustizia in prassi concreta di riconciliazione e di equilibrio.

9. *Giustizia, verità e pace: la bilancia del diritto*. — La giustizia, nella sua accezione più alta, è strumento di pacificazione. Essa consente di ristabilire l'armonia tra gli individui e di ricomporre i conflitti attraverso il riconoscimento del diritto di ciascuno. L'avvocato partecipa a tale funzione nella duplice veste di difensore e di mediatore: da un lato tutela il proprio cliente nel rispetto delle regole del contraddittorio; dall'altro, coopera alla ricerca di una soluzione equa della lite.

Il principio classico del *suum cuique tribuere* – attribuire a ciascuno ciò che gli spetta – costituisce, in questo senso, il fondamento etico della professione. L'avvocato, operando all'interno di un leale contraddittorio, offre una rappresentazione dei fatti necessariamente parziale, ma veritiera, orientata alla tutela giusta del proprio assistito. Tale rappresentazione, integrata con quel-

la dell'avvocato avversario, consente al giudice di ricostruire un quadro complessivo dei fatti e di giungere a una soluzione equa e motivata.

Quando la composizione consensuale non è possibile, il giudice interviene per risolvere la controversia mediante una decisione fondata su una ponderazione equilibrata delle ragioni di entrambe le parti. In tale contesto, il valore della sentenza e la sua funzione di accertamento della verità dipendono dalla correttezza del contraddittorio.

La giustizia emerge dal confronto leale tra due prospettive contrapposte, finalizzato innanzitutto ad una ricostruzione dei fatti conforme a verità, tanto che, una volta demandata al giudice tale ricostruzione ed esaurite le impugnazioni ammesse dall'ordinamento processuale, la pacificazione si raggiunge attraverso una formidabile finzione che ci consente di considerare verità ciò che è accertato con sentenza passata in giudicato.

La validità della sentenza, pertanto, si fonda sulla certezza che le parti abbiano avuto la possibilità effettiva di far valere le proprie ragioni e di fornire le proprie prove. Solo in casi eccezionali – come il riconoscimento o la dichiarazione di falsità delle prove, il dolo della controparte o del giudice, o l'oggettiva impossibilità di far valere nel processo prove documentali che, sebbene preesistenti, siano state recuperate solo successivamente – il contenuto della decisione può essere rimesso in discussione. La forza della decisione giudiziale deriva dunque non da un'autorità formale, ma dalla garanzia procedurale del contraddittorio, cui l'avvocato partecipa come protagonista indispensabile.

In questa dialettica, la giustizia si realizza attraverso la complementarità tra lealtà e parzialità dell'avvocato, da un lato, e imparzialità e prudenza del giudice, dall'altro. La parzialità dell'avvocato non coincide con la distorsione dei fatti, ma con l'impegno a rappresentare in modo veritiero e coerente la prospettiva del cliente. L'avvocato non falsifica la bilancia della giustizia: egli ne illumina un piatto, contribuendo, insieme al suo contraddittore, a renderla equilibrata.

In conclusione, la giustizia è il risultato di un processo di confronto, di equilibrio e di verità condivisa. L'avvocato, attraverso la

lealtà e la competenza, partecipa a tale processo non come attore marginale, ma come co-artefice della decisione giusta. La sua funzione, al tempo stesso tecnica e morale, costituisce un pilastro della civiltà giuridica e un presidio essenziale della pace sociale.

| Sezione I
La fedeltà dell'avvocato

Guidomaria De Cesare
Magistrato ordinario in tirocinio presso il Tribunale di Ancona

IL DIFENSORE TECNICO «SERVO DI DUE PADRONI»

SPUNTI SU DOVERI DI COLLABORAZIONE ED EFFICIENTAMENTO DELLA GIUSTIZIA

Sommario: 1. Il difensore tecnico e gli obblighi di verità, completezza e chiarificazione. – 2. Il divieto di menzogna. – 3. Gli obblighi di completezza e chiarificazione. – 4. Il processo come gioco cooperativo: la fiducia reciproca fra magistrato ed avvocato. – 5. Il modello cooperativo: l'art. 175 cod. proc. civ. come alternativa (non escludente) all'interrogatorio formale con funzione acquisitiva. – 6. Conclusioni.

1. *Il difensore tecnico e gli obblighi di verità, completezza e chiarificazione*. — Nel Vangelo secondo Luca si legge: «nessun servo può servire a due padroni: o odierà l'uno e amerà l'altro oppure si affezionerà all'uno e disprezzerà l'altro» [1]. Il passo evange-

[1] Lc 16, 13: «Οὐδεὶς οἰκέτης δύναται δυσὶ κυρίοις δουλεύειν· ἢ γὰρ τὸν ἕνα μισήσει καὶ τὸν ἕτερον ἀγαπήσει, ἢ ἑνὸς ἀνθέξεται καὶ τοῦ ἑτέρου καταφρονήσει». Il passo citato chiude l'enigmatica parabola in cui Gesù sembra lodare un amministratore disonesto, il quale, licenziato a causa della *mala gestio* delle ricchezze dell'amministrato, utilizza il potere che ancora gli compete per comprarsi i favori dei debitori del gestito praticando loro notevoli sconti. Il momento *clou* del racconto consiste nella sconvolgente reazione del padrone: quest'ultimo, invece di punire l'amministratore disonesto, lo loda perché ha agito con scaltrezza (φρονίμως). Tuttavia, il buon avvocato non può accontentarsi della φρόνησις, la quale si presta ad essere piegata a comportamenti opportunistici, benché apparentemente giustificati dall'eticità del fine (sovente la parabola del fattore disonesto si spiega facendo

Quaderni di «Etica e giustizia», n. 1
L'avvocato e la giustizia, a cura di M. Gradi, Napoli, 2025

lico ben si attaglia al difensore tecnico, il quale – in ragione del combinato disposto dell'art. 88 cod. proc. civ. [2] e degli artt. 9

riferimento alle usanze ebraiche dell'epoca, secondo cui gli amministratori dei proprietari terrieri, perlopiù stranieri, non venivano stipendiati ma ricavavano il loro guadagno dall'amministrazione delle terre, tolto il profitto pattuito per il proprietario: l'amministratore avrebbe dunque diminuito le quote dovute dai contadini rinunciando alla propria parte di guadagno). Per questa critica dell'etica teleologica, in favore di un'etica della virtù differenziata in ragione del ruolo in concreto rivestito, v. C. SWANTON, *Virtue Ethics: a Pluralistic View*, Oxford, 2003, p. 697 ss., secondo la quale le virtù del laico e quelle del professionista stanno in rapporto di *genus ad speciem*, con l'implicazione che le seconde si differenziano dalle prime in almeno tre modi: *a)* per *overbidding*, quando le ragioni che giustificano la virtù differenziata prevalgono su quella generale, la quale comunque continua a vincolare l'azione del professionista (si pensi alla risolutezza richiesta al difensore nella discussione della causa, la quale prevale certamente sull'attenzione per il prossimo, benché quest'ultima limiti le forme espositive con cui l'avvocato può agire); *b)* perché il motivo che giustifica la virtù di ruolo è rappresentano da una norma (regola, protocollo, ecc.), la quale prevale sulle altre ragioni dell'agire, comprese le virtù laiche, indipendentemente dalla loro importanza o dal loro peso; *c)* perché vi sono contesti in cui il motivo che giustifica l'azione cessa di svolgere la sua funzione (c.d. *context-undermining*) e, così, i motivi che sottostanno alle virtù differenziate divengono le uniche ragioni per agire, come nel caso del difensore (sul tema v. anche G. CULLITY, *The Context-Undermining of Practical Reasons*, in «Ethics», 2013, vol. 124, p. 8 ss.).

[2] La formulazione «moraleggiante» della norma ha indotto la dottrina maggioritaria a svuotarla di contenuto precettivo, finanche ad escludere che il nostro ordinamento imponga alle parti un dovere di verità. In tal senso si vedano senza pretese di completezza, V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, 3ª ed., vol. I, Napoli, 1957, p. 243 ss., ove si legge che «lo svolgimento dei lavori preparatori dimostra come l'obbligo di dire la verità, sancito nel progetto preliminare Solmi sia stato sostituito dal dovere di comportarsi nel processo con lealtà e probità»; C. MANDRIOLI, *Dei doveri delle parti e dei difensori*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da E. Allorio, vol. I, Torino, 1973, p. 959 ss.; C. FURNO, *Contributo alla dottrina delle prove legali*, Padova, 1940, p. 46 ss.; E. REDENTI, *L'umanità nel nuovo processo civile*, in «Rivista di diritto processuale civile», 1941, I, p. 30 ss., secondo cui «è un'esigenza (…) indeclinabile del processo civile, che sia dato alle parti (e cioè ai loro difensori) di scegliere ed offrire al giudice anche gli elementi di convinzione che, secondo loro, possono suffragare le opposte tesi», in quanto «solo in questo modo la verità del giudice può riuscire equilibrata, adeguata e non divagante»; C. CALVOSA, *Riflessioni sulla frode alla legge nel processo*, in «Rivista di diritto

e 10 cod. deont. for. (3) – ha un dovere di «doppia fedeltà»: al cliente e all'ordinamento (4). Il difensore tecnico è l'unico soggetto che ha il potere di parlare al giudice e di essere ascoltato da quest'ultimo (5); tale potere deve sì essere esercitato a vantaggio del proprio cliente, senza tuttavia abusarne. Di qui l'ambiguità del ruolo dell'avvocato: da un lato, è assimilabile alla parte, al pari di

processuale civile», 1949, p. 95 ss.; G. De Stefano, *In tema di comportamento processuale della parte*, in «Giurisprudenza italiana», 1955, I, 2, p. 362 ss.; più di recente, in senso non dissimile, G. Scarselli, *Lealtà e probità nel compimento degli atti processuali*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», I, 1998, p. 109 ss.

(3) Per un'analisi del codice deontologico forense si rinvia a R. Danovi, *Ordinamento forense e deontologia*, Milano, 2022; v. anche G. Scarselli, *Ordinamento giudiziario e forense*, 4ª ed., Milano, 2013, p. 471 ss.

(4) Così M. Bina, *La felicità dell'avvocato: diritto forense e processo civile*, Torino, 2024, p. 22; R. Bianchi Riva, *La coscienza dell'avvocato: la deontologia forense fra diritto ed etica in età moderna*, Milano, 2015, p. 45 ss.; G. C. Hazard, A. Dondi, *Etiche della professione legale: un approccio comparato*, Bologna, 2005, p. 310 ss.; P. Calamandrei, *L'avvocatura e la riforma del processo civile*, 1920, ripubblicato in Id., *Opere giuridiche*, vol. II, Napoli, 1966, p. 31 ss.; la dottrina vede nell'art. 10 cod. deont. for. – secondo cui «[l]'avvocato deve adempiere fedelmente il mandato ricevuto, svolgendo la propria attività a tutela dell'interesse della parte assistita e nel rispetto del rilievo costituzionale e sociale della difesa» – la fonte della c.d. doppia fedeltà dell'avvocato (v. R. Danovi, *Il nuovo codice deontologico forense: commentario*, Milano, 2014, p. 113).

(5) M. Bina, *La felicità dell'avvocato*, cit., p. 24 ss.; sull'obbligatorietà della difesa tecnica, sancita dall'art. 82 cod. proc. civ. e dagli artt. 96 e 97 cod. proc. pen., v. A. Patelli, *La difesa tecnica*, in *Diritto processuale civile*, a cura di L. Dittrich, vol. I, Milano, 2019, p. 718. Un'acuta dottrina ha rinvenuto il fondamento di questo diritto nella vigenza del principio *ignorantia legis non excusat* (M. La Torre, *L'imparziale parzialità: avvocatura e concetto di diritto*, in Id., *Il giudice, l'avvocato e il concetto di diritto*, Soveria Mannelli, 2013, p. 149), la cui implicazione sul piano pratico è la necessarietà di un diaframma fra il cittadino e la legge, ovvero il difensore, affinché sia possibile la coscienza e l'attuazione del diritto, come peraltro confermato dall'art. 301 cod. proc. civ.; v. anche A. Zuckerman, *No Justice without Lawyers: the Myth of an Inquisitorial Solution*, in «Civil Justice Quarterly», 2014, vol. 33, p. 355 ss., spec. 373, secondo cui l'avvocato non solo colma il *justice deficit*, ma genera efficienza dal momento che le cause che coinvolgono parti non assistite da avvocati impongono all'amministrazione della giustizia tempi e costi sproporzionati al loro valore o alla loro complessità.

un *Doppelgänger*, perché la rappresenta e ne difende gli interessi; dall'altro, invece, è organo del processo che non può esser complice del proprio assistito [6] e che, con i suoi argomenti, prepara e instrada il giudice verso la decisione.

Il difensore tecnico si troverebbe allora tra due fuochi: sospeso tra l'obbligo di fedeltà al cliente, il quale talora suggerirebbe l'adozione di tecniche dilatorie incompatibili con la corretta amministrazione della giustizia, e quello di probità, diretta manifestazione del rilievo costituzionale e sociale della difesa, ai sensi dell'art. 24, comma 2, Cost.

Altro è chiedersi se dal rilievo costituzionale della difesa possa stillarsi un più generale dovere costituzionale di verità delle parti e dei loro difensori [7]. Non sembra che il silenzio del legislatore sul punto sia dirimente, dal momento che numerose regole processuali prendono in considerazione il comportamento dei litiganti, sanzionando all'occorrenza la malafede, il dolo e la collusione processuale delle parti [8]. A tal proposito è sufficiente richiamare

[6] Cons. naz. for., 23 settembre 2020, n. 174: «Costituisce grave illecito disciplinare il comportamento dell'avvocato che suggerisca al proprio cliente illecite operazioni volte ad intralciare le indagini dell'autorità giudiziaria ed a sottrarre beni e denaro alle attività di perquisizione, così tradendo la funzione difensiva a beneficio del ruolo di sodale dell'assistito, con violazione dei principi di probità, lealtà, correttezza, diligenza indicati dall'art. 9 cod. deont. for. in considerazione del rilievo costituzionale e sociale della difesa».

[7] In senso contrario, G. Scarselli, *Lealtà e probità nel compimento degli atti processuali*, cit., p. 109 ss.; Id., *Le spese giudiziali civili*, Milano, 1998, p. 326 ss.; C. Consolo, *Il diritto processuale civile e la sua universalità nobilmente servente*, in Id., *Passeggiate e passacaglie sul confine fra diritto civile e processuale*, Torino, 2016, p. 542 ss.

[8] Nel senso che il principio di lealtà processuale abbia rango costituzionale, v. Cass. civ., sez. un., 15 novembre 2007, n. 23726, in «Il foro italiano», I, c. 1514 ss., con nota di A. Palmieri, R. Pardolesi, *Frazionamento del credito e buona fede inflessibile*; in «Giurisprudenza italiana», 2008, p. 929 ss., con nota di A. Ronco, *(Fr)azione: rilievi sulla divisibilità della domanda in processi distinti*; in «Rivista di diritto civile», 2008, p. 335 ss., con note di M. De Cristofaro, *Infrazionabilità del credito tra buona fede processuale e limiti oggettivi del giudicato*; e di T. Della Massara, *La domanda frazionata e il suo contrasto con i principii di buona fede e correttezza: il ripensamento delle Sezioni Unite*; in «Rivista di diritto processuale», 2008, p. 1435 ss., con nota di M. Gozzi, *Il*

la responsabilità per lite temeraria (art. 96 cod. proc. civ.), le sanzioni pecuniarie e probatorie (artt. 96, commi 3 e 4, 116, 210 e 232 cod. proc. civ.), la revocabilità della sentenza (art. 395, nn. 1, 2 e 3, cod. proc. civ.) e l'opposizione di terzo revocatoria (404, comma 2, cod. proc. civ.). Trattasi di frammenti di disciplina del processo da cui è possibile trarre, in via di interpretazione sistematica, un generale obbligo di verità delle parti e dei loro difensori, i cui corollari sono: *a)* il divieto di menzogna; *b)* l'obbligo di completezza; *c)* l'obbligo di chiarificazione delle proprie allegazioni [9].

A tal proposito, si osserva che dalla lettera dell'art. 88 cod. proc. civ. si trae l'esistenza di una simmetria tra doveri della parte e quelli dell'avvocato. In particolare, è stato notato che «l'esistenza di un dovere di verità dell'avvocato nel processo dipende strettamente dall'esistenza di un dovere di verità della parte [10]». Il difensore, nel processo civile, rappresenta la parte e, in quanto tale, deve adoperarsi sia per consentire l'attuazione dei diritti del cliente sia per adempiere ai doveri di quest'ultimo [11]. Con l'implicazione che l'avvocato è tenuto a dire il vero nella misura in cui tanto possa esigersi dalla parte. Tale simmetria valorizza il ruolo pubblicistico dell'avvocato, il quale, al pari del giudice, crea le condizioni per una sentenza giusta [12].

Le più recenti analisi dottrinali confortano tale prospettiva [13]: i corollari del giusto processo di cui all'art. 111 Cost., unitamente al principio di effettività della tutela giurisdizionale che si trae dal

frazionamento del credito in plurime iniziative giudiziali, tra principio dispositivo e abuso del processo.

[9] Si veda, per tutti, il magistrale lavoro di M. Gradi, *L'obbligo di verità dele parti*, Torino, 2018, p. 750 ss., al quale si farà ripetutamente cenno nel prosieguo.

[10] M. Bina, *Il dovere di verità dell'avvocato nel processo civile*, in «Rivista di diritto processuale», 2021, p. 514 ss., spec. p. 527.

[11] Tant'è che l'art. 99 cod. proc. pen., norma di portata sistemica, afferma esplicitamente che al difensore «competono le facoltà e i diritti che la legge riconosce all'imputato».

[12] Così M. Bina, *La felicità dell'avvocato*, cit., p. 3. Trattasi peraltro di idea già viva nel pensiero di V. Denti, *La difesa come diritto e come garanzia (a proposito dell'autodifesa nel processo penale)*, in «Il foro italiano», 1977, V, c. 55 ss.

[13] M. Gradi, *L'obbligo di verità dele parti*, cit., p. 711 ss.

reticolato dell'art. 24 Cost., degli artt. 6 e 13 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e dell'art. 47 della Carta fondamentale dei diritti dell'Unione europea, veicolano il convincimento per cui un processo può dirsi «giusto» a condizione che sia congegnato in guisa tale da consentire, per quanto possibile, la corretta attuazione della legge sostanziale, minimizzando il rischio dell'errore nella ricostruzione prima e nell'accertamento poi dei fatti controversi (14). Infatti, secondo una prospettiva diffusa, l'obiettivo prioritario della giustizia civile deve consistere nel miglioramento della sua efficienza come servizio pubblico (15); l'efficientamento delle tecniche di accertamento della verità dei fatti consente di ridurre i c.d. errori aggiudicatori, i quali pregiudicano l'effettività del processo come sistema allocativo (16). Da un lato, la massimizzazione della capacità dell'amministrazione della giustizia di accertare con acribia i fatti incide sulla corretta attuazione della legge sostanziale in termini corrispondenti alle scelte del legislatore; dall'altro, ciò può innescare un effetto deflativo delle cause seriali proprio perché può rendere più frequente una composizione amichevole delle liti in termini corrispondenti a tali scelte (17).

(14) Solo la massimizzazione dell'accuratezza nell'applicazione della legge sostanziale del sistema di amministrazione della giustizia può accrescere la fiducia dei cittadini in quest'ultimo e dunque il tasso di democraticità della giustizia stessa. A tal proposito, uno sconsolato GUICCIARDINI, *Ricordi*, a cura di E. Mori, Bolzano, 2015, p. 190, § 209, scrisse: «(I)o credo siano manco male le sentenzie de' turchi, le quali si espediscono presto e quasi a caso, che el modo de' giudìci che si usano communemente tra' cristiani; perché la lunghezza di questi importa tanto e per le spese e per disturbi che si danno a' litiganti, che non nuoce forse manco che facessi la sentenzia che s'avessi contro el primo dì; sanza che, se noi presuppogniamo le sentenzie de' turchi darsi al buio, ne séguita che, ragguagliato, la metà ne sia giusta; sanza che, non forse minore parte ne sono ingiuste di quella date tra noi, o per la ignoranzia o per la malizia de' giudici».

(15) A. GIUSSANI, *Efficienza della giustizia e culture della riforma*, Milano, 2017, p. 23 ss.

(16) È questa l'impostazione risalente a R. A. POSNER, *An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration*, in «Journal of Legal Studies», 1973, p. 399 ss.

(17) A. GIUSSANI, *Efficienza della giustizia e culture della riforma*, cit., p. 242.

Resta da chiarire se un processo «giusto» debba anche attribuire al giudice specifici poteri intesi ad orientare i comportamenti delle parti verso un nuovo modello cooperativo, informato ai tre corollari del divieto di menzogna, obbligo di completezza e obbligo di chiarificazione delle proprie allegazioni di cui si dirà nel prosieguo.

2. *Il divieto di menzogna*. — Se si concepisce la giustizia civile come sistema allocativo [18], ancor prima che come servizio pubblico, non si tarderà ad ammettere che presupposto della corretta attuazione della legge sostanziale sia l'accertamento dei fatti controversi quanto più prossimo alla verità. Pertanto, è condivisibile l'idea, largamente sostenuta in dottrina, secondo cui la corretta ricostruzione dei fatti storici sia presupposto necessario, quantunque non sufficiente, della decisione giusta [19]. Tale direttiva di

[18] Secondo Ivo T. Gico Jr., *Analisi economica del processo civile*, Indaiatuba, 2021, p. 35 ss., è possibile concepire il processo civile come «un canale di comunicazione tra le parti e lo Stato-giudice per ridurre l'asimmetria informativa e, in ultima istanza, per aggiudicare il diritto». In tale prospettiva, è naturale concludere che la corretta applicazione della legge sostanziale aumenti il benessere sociale, mentre ogni decisione che si discosta dal diritto impone un costo alla società. Questi costi, derivanti dall'errore di aggiudicazione, sono i c.d. costi aggiudicatori. La minimizzazione dei suddetti costi passa attraverso l'investimento nel processo e, in particolare, nelle attività istruttorie, le quali consentono di ridurre l'asimmetria informativa tra giudice e parti affinché il primo possa risolvere correttamente la controversia secondo diritto. Tuttavia, com'è intuitivo, per garantire che il giudice acquisisca tali informazioni è necessario sostenere dei costi: trattasi dei c.d. costi di amministrazione. Di talché, le due *species* di costi messe in evidenza sono in reciproca interazione: maggiori sono gli investimenti nel processo, minori sono i costi complessivi per l'errore di aggiudicazione. Senonché, più si investe nel processo, più il sistema sarà complesso e dispendioso in termini di tempo e di risorse, con conseguente aumento dei costi di amministrazione e pericolo di congestione. In tale prospettiva, lo scopo ultimo del diritto processuale civile è quello di minimizzare il c.d. costo sociale del processo derivante dalla somma dei costi di errore e dei costi di amministrazione.

[19] M. Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, Milano, 1992, p. 43; Id., *Per una teoria della decisione giusta*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1997, p. 315 ss., spec. 320; Id., *La semplice verità: il giudice e la costru-*

fondo si traduce, nella prospettiva delle parti, in un obbligo di verità a carico di ciascuno dei litiganti, il cui fine è la salvaguardia delle garanzie processuali che la legge riconosce all'avversario a loro volta strumentali alla più accurata ricostruzione dei fatti. Talché, deve escludersi che dalla regola *nemo tenetur edere contra se* possa trarsi un generale diritto di difendersi mentendo delle parti e dei loro difensori (20), dal momento che una rappresentazione dei fatti consapevolmente falsa o reticente, costituisce un utilizzo improprio del diritto di agire e di difendersi in giudizio, tale da compromettere il pieno esercizio dei poteri processuali della controparte.

Invero, se l'ordinamento tollerasse la reticenza e la menzogna di una parte *in praeiudicium adversarii* la funzione del dialogo processuale e del contraddittorio sarebbe degradata a mero strumento dialettico (21). Per converso, la concezione eristica del processo si pone in contrasto con consolidate direttive di ordine culturale e giuridico: l'avversione della cultura occidentale verso la strumentalizzazione delle capacità retoriche è radicata dai tempi di Platone (22) e induce a dubitare dell'affidabilità e finanche

zione dei fatti, Bari, 2009, p. 113 ss.; G. GIANNOZZI, *La contumacia nel processo civile*, Milano, 1963, p. 156 ss.; G. VERDE, *Prova (teoria generale e diritto processuale civile)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXVII, Milano, 1988, p. 591 ss.; L. PASSANANTE, *La prova illecita nel processo civile*, Milano, 2017, p. 357 ss.; e già P. CALAMANDREI, *Processo e giustizia*, in «Rivista di diritto processuale», 1950, I, p. 287 ss.; ID., *La genesi logica della sentenza civile*, in «Rivista critica di scienze sociali», 1914, p. 209 ss., ripubblicato in ID., *Opere giuridiche*, vol. I, cit., p. 25, ove si legge che «la bontà della sentenza sta in diretta relazione col grado di accuratezza posto dal giudice nell'indagare esattamente il rapporto di fatto».

(20) Così M. GRADI, *L'obbligo di verità delle parti*, cit., p. 631 ss.; v. anche M. BINA, *Il dovere di verità dell'avvocato nel processo civile*, cit., p. 528.

(21) Per il collegamento fra divieto di menzogna e principio di parità delle armi, v. F. MACIOCE, *La lealtà: una filosofia del comportamento processuale*, Torino, 2005, p. 243 ss.; A. CARRATTA, *Dovere di verità e completezza nel processo civile*, II, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 2014, p. 508 ss.; M. GRADI, *L'obbligo di verità delle parti*, cit., p. 716.

(22) Cfr. PLATONE, *Teeteto*, 161, d-e: «εἰ γὰρ δὴ ἑκάστῳ ἀληθὲς ἔσται ὃ ἂν δι' αἰσθήσεως δοξάζῃ, καὶ μήτε τὸ ἄλλου πάθος ἄλλος βέλτιον διακρινεῖ, μήτε τὴν δόξαν κυριώτερος ἔσται ἐπισκέψασθαι ἕτερος τὴν ἑτέρου ὀρθὴ ἢ ψευδής,

della razionalità di un sistema aggiudicatorio, qual è il processo, nel quale la decisione è presa in base al convincimento morale del giudice circa il discorso migliore, a prescindere dalla verità delle allegazioni.

Ciò posto, il combinato disposto degli artt. 92 e 96 cod. proc. civ. permette di sanzionare la reticenza o il mendacio di una parte a danno dell'altra quando tale comportamento abbia avuto l'effetto di artefare i fatti storici decisivi per la decisione, a condizione che ciò abbia comportato un ritardo della decisione o particolari spese in ordine all'assunzione della prova contraria, le quali dunque devono essere ripartite indipendentemente dal criterio della soccombenza, per trasgressione del dovere di cui all'art. 88 cod. proc. civ.: pertanto, rimarrebbero fuori dal dovere di dire la verità soltanto ipotesi del tutto marginali quali le menzogne o le reticenze che non hanno nessuna incidenza sulla decisione e che non comportano né spese superflue né rallentamenti del processo. Questa precisazione permette di escludere un obbligo di verità assoluto delle parti, mentre non vale a negare l'esistenza di un divieto di menzogna e di un ragionevole obbligo di completezza

ἀλλ' ὃ πολλάκις εἴρηται, αὐτὸς τὰ αὑτοῦ ἕκαστος μόνος δοξάσει, ταῦτα δὲ πάντα ὀρθὰ καὶ ἀληθῆ, τί δή ποτε, ὦ ἑταῖρε, Πρωταγόρας μὲν σοφός, ὥστε καὶ ἄλλων [e] διδάσκαλος ἀξιοῦσθαι δικαίως μετὰ μεγάλων μισθῶν, ἡμεῖς δὲ ἀμαθέστεροί τε καὶ φοιτητέον ἡμῖν ἦν παρ' ἐκεῖνον, μέτρῳ ὄντι αὐτῷ ἑκάστῳ τῆς αὐτοῦ σοφίας» (Se infatti per ciascuno sarà vero quanto venga ad opinare per mezzo della sensazione e ciò che uno subisce non sarà un altro a giudicarlo meglio, né sarà un altro più qualificato ad esaminare l'altrui opinione per vedere se sia corretta o meno, ma, come si è detto, ognuno è il solo ad avere le opinioni che lo riguardano personalmente e queste sono tutte corrette e vere, in che cosa mai allora, caro amico, è sapiente Protagora, al punti di credersi in diritto di essere maestro di altri con così alti compensi?). Il passo riportato mette in evidenza, attraverso la consueta ironia socratica, l'incompatibilità tra la tesi del ἄνθρωπος μέτρον Πάντων e la fama di sapiente del sofista, dal momento che per la prospettiva socratico-platonica, una verità-privata, valida solo per chi la sostiene, non è una verità, quanto piuttosto un'opinione (δὸξa). Per maggiori approfondimenti sull'avversione platonica nei confronti della sofistica si rinvia a L. Palumbo, *Verità sofistica e verità filosofica nel Teeteto di Platone*, in *Il Teeteto di Platone: struttura e problematiche*, a cura di G. Casertano, Napoli, 2002, p. 197 ss.

delle parti e dei loro difensori, ricavabile dai menzionati artt. 92 e 96 cod. proc. civ. (23), oltre che dai novellati artt. 121 e 163 n. 4, cod. proc. civ., nella parte in cui onerano le parti ad esporre i fatti «in modo chiaro e specifico (24)».

3. *Gli obblighi di completezza e chiarificazione*. — L'enfasi posta dai Costituenti sul diritto alla difesa veicola il convincimento secondo cui anche gli obblighi di completezza e di chiarificazione delle allegazioni a carico delle parti avrebbero fondamento costituzionale. Infatti, il diritto di difendersi in giudizio implica il previo riconoscimento di un pieno diritto (anch'esso costituzional-

(23) M. Gradi, *L'obbligo di verità delle parti*, cit., p. 723 ss.

(24) Per il raccordo tra gli artt. 88, 121 e 163 n. 4 cod. proc. civ., v. G. Reali, *La fase introduttiva e della trattazione*, in *La riforma del processo civile*, Città di Castello, 2023, p. 82 ss., la quale conclude condivisibilmente nel senso che la violazione del dovere di chiarezza si traduce in un vizio di nullità, ai sensi dell'art. 164, comma 4, cod. proc. civ.; v. anche M. Gradi, *Doveri delle parti e dei terzi*, in *La riforma Cartabia del processo civile*, a cura di R. Tiscini, Pisa, 2023, p. 52 ss.; sul particolare dovere di completezza e chiarezza delle allegazioni nel nuovo procedimento unitario in materia di persone, minorenni e famiglie, v. M. A. Lupoi, *Dovere di leale collaborazione*, in *La riforma Cartabia del processo civile*, a cura di R. Tiscini, cit., p. 809 ss.; nonché R. Donzelli, *Manuale del processo familiare e minorile*, Torino, 2024, p. 109, secondo cui «[i]l coordinato disposto degli artt. 473*bis*.2, 473*bis*.12, comma 3, 473*bis*.13, comma 5, 473*bis*.17, comma 1, 473*bis*.18 c.p.c. risponde, dunque, alla più volte ricordata esigenza di accertamento della verità materiale per garantire una tutela giurisdizionale effettiva dei diritti del minore e dei componenti del nucleo familiare»; in senso critico sulla disposizione, v. A. Graziosi, *Luci e ombre del nuovo processo di famiglia*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 2023, p. 435 ss.; sul tema sia inoltre concesso un rinvio a G. De Cesare, *Il nuovo rito unitario in materia di persone, minorenni e famiglie ad un anno dall'entrata in vigore*, in «Diritto processuale civile italiano e comparato», 2024, 2, p. 488 ss., spec. p. 507. Sull'obbligo di *clare loqui* cfr., in giurisprudenza, cfr. Cass. civ., sez. VI, 2 marzo 2012, n. 3338, secondo cui «il dovere di lealtà e probità processuale, che grava sui difensori e sulle parti patrocinate (…), impone all'avvocato, cui sia stata sollecitata una presa di posizione su di una istanza chiara e processualmente ben definita, non solo di rispondere, ma anche di esprimersi in maniera altrettanto comprensibile e, soprattutto, di attenersi ad una logica di tipo binario, che non ammette formule di dubbia lettura né ipotesi terze tra l'affermazione e la negazione, la condivisione e il rifiuto».

mente garantito) alla prova [25], inteso non solo come potere delle parti di produrre prove e di farle esaminare dal giudice, ma anche come diritto di accesso ai mezzi di prova e alle informazioni che la parte non possiede [26]. La pienezza del diritto alla difesa implica allora il riconoscimento dello *ius interrogandi*, quale diritto di chiedere e di acquisire informazioni su determinate circostanze di fatto, la cui conoscenza sia necessaria ai fini dell'accoglimento delle proprie domande o eccezioni, qualora la parte istante non possa in alcun modo acquisirle per conto proprio. Talché, il diritto alla prova presuppone quello di conoscere i fatti che ne sono oggetto, affinché la perimetrazione dei temi di prova possa davvero corrispondere alle concrete esigenze delle parti. Qualora le informazioni e le prove decisive non possano essere assunte senza uno sforzo collaborativo della controparte, i corollari del giusto

[25] Sul tema del diritto alla prova, cfr. L. P. Comoglio, *La garanzia costituzionale dell'azione e il processo civile*, Padova, 1970, p. 148 ss., p. 301 ss.; M. Cappelletti, *Diritti costituzionali delle parti nel processo civile italiano*, in «Rivista di diritto processuale», 1971, p. 637 ss.; N. Trocker, *Processo civile e Costituzione: problemi di diritto tedesco e italiano*, Milano, 1974, p. 509 ss.; M. Taruffo, *Il diritto alla prova nel processo civile*, in «Rivista di diritto processuale», 1984, p. 74 ss.; Id., *Note per una riforma del diritto delle prove*, in «Rivista di diritto processuale», 1986, p. 239 ss., spec. p. 245; Id., *La prova dei fatti giuridici*, cit., pp. 7 ss. e 35 ss.; Id., *Giudizio: processo, decisione*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1998, p. 787 ss.; Id., *Elementi per un'analisi del giudizio di fatto*, «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1995, p. 785 ss.; Id., *Idee per una teoria della decisione giusta*, cit., p. 219 ss.; più di recente, Id., *Verso la decisione giusta*, Torino, 2020, 357 ss.; G. De Miccolis, *Limiti al diritto alla prova e garanzia costituzionale dell'azione*, in «Diritto e giurisprudenza», 1989, p. 43 ss.; G. Verde, *Prova (teoria generale e diritto processuale civile)*, cit., p. 590 ss.; V. Denti, *Armonizzazione e diritto alla prova*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1994, p. 673 ss.; L. Lombardo, *La prova giudiziale: contributo alla teoria del giudizio di fatto nel processo*, Milano, 1999, p. 368 ss.; S. Patti, *Le prove: parte generale*, vol. del *Trattato di diritto privato*, a cura di I. Iudica e P. Zatti, Milano, 2010, p. 83 ss.

[26] Secondo la prospettiva, assai condivisibile, che rimonta a V. Denti, *Armonizzazione e diritto alla prova*, cit., p. 679 ss., per il quale il diritto alla prova andrebbe inteso come «strumento non solo di deduzione di fatti in giudizio, ma altresì di acquisizione dei fati conoscitivi necessari per l'accertamento della verità nel processo»; nello stesso senso, M. Gradi, *L'obbligo di verità delle parti*, cit., p. 728 ss.

processo esigono che quest'ultima sia indotta a collaborare, anche *contra se*, all'accertamento della verità.

È stato detto che se si disconoscesse tale contenuto degli obblighi di completezza e di chiarificazione a carico della parte informata, «il sistema avallerebbe un insensato darwinismo processuale, che potrebbe indurre il litigante frustrato e insoddisfatto a cercare di conseguire con mezzi illeciti le informazioni e le prove di cui ha bisogno [27]». Sembra dunque che tale *ius interrogandi et probandi* possa – *rectius*: debba – essere inverato attraverso la funzionalizzazione dell'istituto dell'interrogatorio formale *ex* artt. 230 ss. cod. proc. civ., il quale, benché concepito dalla dottrina maggioritaria come esclusivamente finalizzato ad ottenere una confessione della parte [28], è l'unico strumento previsto dal diritto positivo da cui possa trarsi un più generale diritto d'interpello.

Peraltro, la *contra se declaratio* è solo uno dei possibili esiti dell'interpello, con l'implicazione che non sembra possibile escludere l'ammissibilità dell'interrogatorio formale diretto a reperire informazioni che la parte non può in alcun modo ottenere senza la collaborazione del proprio avversario [29]. Altro è chiedersi fino a che punto ci si possa spingere nella formulazione delle domande, dal momento che l'art. 230 cod. proc. civ. ne richiede la capitolazione specifica, la quale, secondo una certa impostazione, imporrebbe di formulare i quesiti in modo analitico e dettagliato, finan-

[27] Così icasticamente M. GRADI, *L'obbligo di verità delle parti*, cit., pp. 729-730.

[28] F. CARNELUTTI, *Istituzioni del processo civile italiano*, 5ª ed., Roma, 1956, vol. II, p. 56 ss.; V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, 3ª ed., vol. I, cit., p. 174 ss.; C. FURNO, *Confessione (diritto processuale civile)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. VIII, Milano, 1961, p. 883 ss.; C. MARCHETTI, *Ammissibilità dell'interrogatorio formale della parte in funzione liberamente probatoria*, in «Giurisprudenza italiana», 1962, I, p. 541 ss.; M. TARUFFO, *Interrogatorio*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, *sezione civile*, vol. X, Torino, 1993, p. 59; e, più di recente, G. REALI, *L'interrogatorio delle parti nel processo civile*, Bari, 2009, p. 222 ss.

[29] Come già acutamente osservato anzitempo da R. VACCARELLA, *Interrogatorio delle parti*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXII, Milano, 1972, p. 355 ss.; e poi, più di recente, da M. GRADI, *L'obbligo di verità delle parti*, cit., p. 732 ss.

che ad ammettere soltanto domande binarie del tipo «vero che», cui può rispondersi solo con una conferma o con un diniego (30).

Trattasi di limitazione difficilmente compatibile con i principi del «giusto processo», che peraltro non è necessariamente imposta della disciplina positiva. Pertanto, un'interpretazione evolutiva e costituzionalmente conforme dell'art. 230 cod. proc. civ. induce a ritenere che il requisito della capitolazione specifica non implichi affatto la concludenza dell'interrogatorio, per cui esso debba essere idoneo in caso di ammissione dell'interrogato a valere come confessione. Parimenti, tale genere di ragionamenti induce a dubitare dell'inidoneità dell'interrogatorio a domandare informazioni sull'esistenza di prove, per poi chiederne la successiva assunzione in giudizio. Infatti, proprio la logica della collaborazione dovrebbe condurre ad ammettere l'interrogatorio formale in funzione di ricerca della prova o di assunzione di informazioni; ed inoltre dal rifiuto ingiustificato dell'interrogato di indicare la fonte di prova ovvero l'informazione richiesta è possibile trarre argomenti di prova, ossia ricavare elementi inferenziali di conferma del fatto che l'istante avrebbe voluto provare direttamente con la richiesta istruttoria frustrata (31).

Sembra inoltre che un siffatto dovere di collaborazione possa trarsi dalle norme dedicate all'ordine di esibizione indirizzato alla parte. È evidente che la valorizzazione in chiave sistematica dell'art. 210 cod. proc. civ. implichi che anche in questo caso non debba essere preso troppo sul serio il requisito della specificità dell'indicazione del documento o della cosa oggetto dell'ostensione richiesto dall'art. 94 disp. att. cod. proc. civ.

Un'interpretazione adeguatrice della norma anzidetta induce a ritenere che l'effettività del dovere di completezza debba essere garantita attraverso una dequotazione del requisito della specificità, in favore di una «specificità attenuata» (32): l'istante è onerato

(30) Si veda G. Laserra, *Interrogatorio (diritto processuale civile)*, in *Novissimo Digesto italiano*, vol. VIII, Torino, 1962, p. 918; nello stesso senso, in giurisprudenza, Cass. civ., 28 luglio 1983, n. 5212; Cass. civ., sez. II, 9 maggio 1996, n. 4370; Cass. civ., sez. III, 23 giugno 2000, n. 8544.

(31) M. Gradi, *L'obbligo di verità delle parti*, cit., p. 734.

(32) V. ancora M. Gradi, *L'obbligo di verità delle parti*, cit., p. 736, secondo

di identificare in modo univoco il documento o la cosa richiesta e di evitarne la confusione con altri, ma senza che sia necessaria l'esposizione dettagliata di tutte le circostanze di fatto in esso rappresentate (33).

Ciò posto, l'idea per cui il dovere di completezza e quello di chiarificazione delle parti nella definizione del *thema probandum* abbia rilievo costituzionale è innervata dal corredo di sanzioni probatorie previste dagli artt. 116, comma 2, 210, comma 4, e 232 cod. proc. civ., ovvero dalla possibilità per il giudice di trarre argomenti di prova o addirittura di ritenere ammessi i fatti dedotti nell'interrogatorio in caso di comportamento non cooperativo della parte (34).

Benché la dottrina maggioritaria sia orientata in senso contrario (35), l'argomento di prova è idoneo *ex se* a fondare il

cui al fine di assolvere il presupposto della specificità dell'indicazione sarebbe sufficiente «la descrizione ipotetica del contenuto del documento o dei documenti richiesti, sulla base di indizi in possesso del richiedente, [la quale] può essere idonea a far presumere la rilevanza e la necessità dell'oggetto documentale rispetto al *thema probandum* della causa».

(33) B. Cavallone, *Esibizione delle prove nel diritto processuale civile*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, *sezione civile*, vol. XIII, Roma, 1989, p. 670 ss. Peraltro, il requisito della specificità dell'indicazione non è richiamato dall'art. 121 cod. propr. ind. e dall'art. 156-*bis* legge dir. aut., i quali disciplinano l'esibizione industrialistica e autorale, a conferma del fatto che tale requisito non sia inscindibilmente legato all'istituto dell'esibizione e che anzi possa smussarsi in via interpretativa: sul tema v. A. Giussani, *Corso di diritto processuale civile delle imprese*, Bologna, 2015, p. 49; A. Dondi, *Il diritto di esibizione: struttura e singolarità della esibizione-discovery nelle controversie in materia di proprietà industriale*, in *Il processo industriale*, a cura di A. Giussani, Torino, 2012, p. 204 ss.

(34) Nel senso che la possibilità per il giudice di «ritenere ammessi» i fatti dedotti non dia luogo ad un'efficacia di piena prova, G. Reali, *L'interrogatorio delle parti nel processo civile*, cit., p. 219 ss.; la giurisprudenza, esclusa la *ficta confessio* (v., per esempio, Cass. civ., sez. VI, 18 aprile 2018, n. 9436), interpreta la norma nel senso che il giudice ha il potere di ritenere non provati i fatti dedotti in assenza di altri riscontri istruttori, ricollegando la mancata risposta alla prova indiziaria ovvero qualificandola come premessa minore dell'inferenza (cfr. App. Napoli, 16 gennaio 2006, n. 60; Cass. civ., sez. VI-3, 19 settembre 2014, n. 19833).

(35) Si vedano in tal senso, senza pretese di completezza, C. Furno, *Contri-*

giudizio sul fatto anche in assenza di ulteriori riscontri a suffragio (36), siccome l'art. 115 cod. proc. civ. consente di porre a

buto alla dottrina delle prove legali, cit., p. 68; V. Andrioli, *Commento al codice di procedura civile*, 3ª ed., vol. I, cit., p. 388 ss.; R. Vaccarella, *Interrogatorio delle parti*, cit., p. 1972; L. Montesano, *Le «prove atipiche» nelle «presunzioni» e negli «argomenti di prova»*, in «Rivista di diritto processuale», 1980, p. 236 ss.; A. Dondi, *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, Padova, 1985, p. 272; G. F. Ricci, *Prove e argomenti di prova*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1988, p. 1042; A. Carratta, *Prove e convincimento del giudice nel processo civile*, in «Rivista di diritto processuale», 2003, p. 46 ss.; A. Graziosi, *L'esibizione istruttoria nel processo civile italiano*, Milano, 2003, p. 224 ss.; A.A. Romano, *La tutela cautelare della prova nel processo civile*, Napoli, 2004, p. 122 ss.; L.P. Comoglio, *Le prove civili*, Torino, 2010, p. 190 ss.; nonché, da ultimo, R. Poli, *Gli «argomenti di prova» ex art. 116, comma 2, c.p.c.*, in «Rivista di diritto processuale», 2022, p. 460 ss., spec. p. 475, il quale, muovendo dall'assenza di una relazione epistemica tra contegno processuale e i fatti allegati a fondamento della domanda, sostiene che «il contegno processuale delle parti non può costituire il fatto noto sul quale impostare il ragionamento presuntivo *ex* artt. 2727 e 2729 cod. civ.: tale contegno, infatti, per i suoi contorni non univoci e comunque passibili di molte diverse interpretazioni, forse solo in casi eccezionali potrebbe essere considerato preciso e, per il debole grado di conferma che può apportare rispetto all'enunciato fattuale controverso, nemmeno potrebbe essere considerato grave, come invece richiesto dalla legge per l'ammissibilità della presunzione semplice». Tuttavia, l'autore trascura di considerare che l'art. 116, comma 2, cod. proc. civ., racchiude un meccanismo di semplificazione che si accontenta di una relazione logica tra contegno processuale e fatto controverso ovvero di un nesso epistemico debole di tipo inferenziale.

(36) Per l'opinione secondo cui gli argomenti di prova sono idonei *ex se* a fondare il giudizio sul fatto v. M. Taruffo, *Considerazioni sulla prova per induzione*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 2010, p. 1165 ss., ripubblicato in *Verso la decisione giusta*, cit., p. 227 ss., spec. p. 241, ove si sottolinea l'analogia strutturale tra l'argomento di prova e la presunzione semplice. L'idoneità dell'argomento di prova a fondare il giudizio sul fatto in assenza di ulteriori riscontri è la stessa delle presunzioni semplici: quanto più l'inferenza costruita sull'argomento di prova è grave e precisa, tanto più potrà essere posta anche da sola a fondamento della decisione in fatto. Sull'affinità strutturale tra argomenti di prova e presunzione cfr. anche G. Ruffini, *«Argomenti di prova» e «fondamento della decisione» del giudice civile*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 2004, p. 1329 ss., spec. 1353, secondo cui l'art. 115, comma 2, cod. proc. civ., prospetta la possibilità che il giudice possa fondare il proprio convincimento su fonti di conoscenza diverse dalle prove in senso proprio. In

fondamento della decisione anche fonti informative diverse dalle prove. È dunque accettabile che la decisione sia fondata anche solo su argomenti di prova, ossia su quei ragionamenti presuntivi che si traggono dal contegno delle parti, sempre che sussistano i requisiti della gravità, della precisione e della concordanza, richiesti dall'art. 2729 cod. civ. (37).

La minaccia della sanzione processuale dell'ammissione automatica dei fatti in caso di violazione dell'obbligo di completezza e chiarificazione delle allegazioni in sede di interrogatorio formale finalizzato all'esercizio dello *ius interrogandi*, al pari della possibilità di trarre argomenti di prova decisivi dalla mancata cooperazione della parte destinataria dell'ordine *ex* art. 210 cod. proc. civ., dovrebbe incentivare comportamenti cooperativi, il cui effetto sull'intero sistema è quello di massimizzare l'accuratezza nella ricostruzione dei fatti e, in ultima istanza, nell'applicazione della legge sostanziale.

4. *Il processo come gioco cooperativo: la fiducia reciproca fra magistrato ed avvocato*. — Muovendo dal rilievo costituzionale degli obblighi di verità, completezza e chiarificazione, è possibile descrivere la fase della trattazione e della perimetrazione del *thema probandum* come un gioco cooperativo (38), sotto la vigilanza di un

giurisprudenza, cfr. Cass. civ., sez. VI, 8 novembre 2019, n. 28886 secondo cui «nel giudizio promosso per l'accertamento della paternità naturale, il rifiuto del preteso padre di sottoporsi ad indagini ematologiche costituisce un comportamento valutabile dal giudice, *ex* art. 116, comma 2, c.p.c., di così elevato valore indiziario da consentire, esso solo, di ritenere fondata la domanda».

(37) E dunque purché dagli atti non emergano elementi contrari che escluderebbero la concordanza ed indebolirebbero l'inferenza, come affermato da M. Gradi, *L'obbligo di verità delle parti*, cit., p. 742.

(38) La teoria dei giochi è quella scienza economica che studia le decisioni di un individuo in situazioni di conflitto o di interazione strategica con altri soggetti rivali, finalizzate alla massimizzazione dell'utilità di ciascun giocatore. Per un'introduzione alla teoria dei giochi, v. P. Battigali, *Teoria dei giochi*, Roma, 2022; per l'applicazione della teoria dei giochi in materia giuridica si rinvia a R. Cooter, U. Mattei, P.G. Monateri, R. Pardolesi, T. Ulen, *Il mercato delle regole: analisi economica del diritto civile*, vol. I, 2006, p. 58; v. anche la più approfondita analisi di D.G. Baird, R.H. Gerter, R.C. Picker, *Game*

agente esterno (il giudice), il cui contenuto è rappresentato proprio dagli obblighi di verità, completezza e chiarificazione, mentre la sanzione per l'inadempimento consiste nella finzione di verità ricavabile dal comportamento non collaborativo della parte, la quale è sufficiente ai fini della decisione alle condizioni di cui s'è detto. È evidente allora che alle parti convenga cooperare e dunque accondiscendere all'esercizio dello *ius interrogandi* quando dagli atti non emergano elementi che possano incrinare l'inferenza costruita sugli argomenti di prova, siccome il meccanismo della finzione di verità potrebbe portare all'ammissione di un fatto non veritiero.

Pertanto, il comportamento collaborativo giova alle parti, le quali rischiano di essere pregiudicate dalla propria scorrettezza quandanche dovessero avere ragione, e all'amministrazione della giustizia che in questo modo potrebbe pervenire ad un più accurato accertamento dei fatti. Infatti, la fiducia reciproca fra magistrato ed avvocato incrementa l'efficienza del processo perché si oppone alla complicazione della trattazione che costituisce un notevole fattore di rallentamento del procedimento dovuto alla necessità di osservare in modo meticoloso le formalità descritte dalla legge, benché «non sempre le complicazioni formalistiche della liturgia sono sintomo di sincerità di fede» (39).

Per converso, la diffidenza nei confronti dell'avvocato fa sorgere il timore che l'assenza di norme rigide possa condurre alla prevaricazione di una parte sull'altra, mentre la diffidenza nei confronti del giudice suggerisce di ridurre al minimo la sua discrezionalità nella direzione del procedimento per impedire che possa incidere negativamente sul diritto di difesa.

È stato detto che «la fiducia reciproca è una forza semplificatrice», la quale non può essere imbrigliata entro «cornici concet-

Theory and the Law, Cambridge, 1995. Nel senso che l'analisi economica di un ordinamento giuridico, per quanto assai preziosa, debba essere del tutto distinta dall'analisi giuridica del sistema normativo e che dunque dalla tendenziale adozione di scelte non cooperative dei litiganti non possano inferirsi argomenti contrari all'esistenza di un obbligo di verità delle parti, v. M. Gradi, *L'obbligo di verità delle parti*, cit., p. 602 ss.

(39) P. Calamandrei, *Processo e democrazia*, Padova, 1954, ripubblicato in Id., *Opere giuridiche*, vol. I, cit., p. 686.

tuali rigide e predeterminate [40]». In questa prospettiva, giudice e difensore tecnico assumono ruoli fondamentali: l'uno per individuare ed imporre, l'altro per ottemperare, più specifici obblighi di cooperazione, di cui seguitiamo a dire.

5. *Il modello cooperativo: l'art. 175 cod. proc. civ. come alternativa (non escludente) all'interrogatorio formale con funzione acquisitiva*. — Dimostrata la rilevanza costituzionale degli obblighi di verità, completezza e chiarificazione in capo alle parti e correlativamente ai loro difensori, la concezione efficientista del processo civile suggerisce un'ultima riflessione. L'adempimento di tali obblighi è rimesso alla collaborazione tra le parti, le quali tendono tuttavia a sottostimare le conseguenze del proprio inadempimento, in ordine alla possibilità per il giudice di trarre argomenti di prova [41].

Se si volge lo sguardo ad altri settori dell'ordinamento è facile constatare come il legislatore, oltre ad imporre espliciti doveri di collaborazione, tende a sanzionare in vario modo il comportamento inottemperante, allo scopo di dissuadere l'onerato dal defezionare [42]. Per esempio, la giurisprudenza amministrativa ricava dal principio di collaborazione la possibilità di recuperare in fase processuale il mancato soccorso istruttorio procedimentale da parte della stazione appaltante che si traduce in un danno per l'aggiudicatario, affinché quest'ultimo possa far salvo il bene della vita a fronte dell'impugnazione proposta da parte dell'operatore economico escluso, il quale contesti la legittimità della partecipazione alla gara da parte dell'aggiudicatario [43].

[40] M. Bina, *La felicità dell'avvocato*, cit., p. 241.

[41] V. *supra*, § 3.

[42] Il nuovo comma 2-*bis* dell'art. 1 della legge n. 241 del 1990 ha inserito tra i principi fondamentali dell'azione amministrativa quello di collaborazione e buona fede tra il cittadino e la pubblica amministrazione. Sulla centralità del principio di collaborazione nella dialettica amministrati-amministratori e sui rimedi risarcitori riconosciuti per il caso della sua violazione, cfr. F. Caringella, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2023, p. 884; v. anche M. Clarich, *La collaborazione nel procedimento amministrativo*, in <www.giustizia-amministrativa.it>, 11 settembre 2024.

[43] Trattasi di istituto pretorio, il cui fondamento si trae generalmente dal

Nel processo civile, invece, il dovere di collaborazione tende a rimanere in ombra, dal momento che la legge non attribuisce espressamente al giudice il potere di imporre alle parti obblighi di cooperazione atipici, mentre rispetto a quelli tipici è lecito dubitare dell'effettività del nostro «modello di reazione (44)» al comportamento non cooperativo.

È stato efficacemente osservato che «non può esistere una decisione giusta, conforme al diritto, senza la cooperazione delle parti (45)». Pare che la soluzione a suddetta lacuna possa trovarsi nella rilettura dell'art. 175 cod. proc. civ., il quale, benché etichettato come norma velleitaria ed enfatica (46), conferisce al giudice il potere di imprimere il giusto ritmo al processo (47) e di modularne il rito a seconda della complessità della lite, anche imponendo alle parti specifici obblighi di cooperazione, in virtù del richiamo contenuto nell'alinea al principio di lealtà processuale (48).

Se è vero, da un lato, che l'art. 175 cod. proc. civ., la cui importanza è stata recentemente rivalutata anche dalla giurisprudenza costituzionale (49), accorda al giudice ampi poteri – *rectius*: «tutti

principio di collaborazione: cfr. Cons. St., 27 novembre 2023, n. 10166; per un'ampia panoramica dell'istituto si rinvia a M. Fratini, *Manuale sistematico di diritto amministrativo*, Roma, 2022, p. 972 ss.; nel senso che il soccorso istruttorio sia pratica declinazione dei principi della fiducia e di leale collaborazione, M. Cappellano, *Il principio della fiducia e il soccorso istruttorio nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in <www.giustizia-amministrativa.it>, 20 marzo 2024, § 3.

(44) Terminologia mutuata da A. Dondi, *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice*, cit., p. 292 ss.

(45) M. Bina, *La felicità dell'avvocato*, cit., p. 267.

(46) M. Cappelletti, *Atti del IX Convegno dell'associazione italiana fra gli studiosi del processo civile*, Milano, 1974, p. 90 ss., spec. p. 92.

(47) L.P. Comoglio, *Il principio di economia processuale*, vol. II, Padova, 1982, p. 362 ss.

(48) Lo stesso M. Gradi, *L'obbligo di verità delle parti*, cit., p. 618, ammette che si tratta di un potere sostanzialmente «dimenticato» dalla pratica giudiziaria, benché l'art. 175 cod. proc. civ., possa essere il fondamento normativo dei poteri di *case management* giudiziali.

(49) Il riferimento è a Corte cost., 6 giugno 2024, n. 96, con nota critica di G. Scarselli, *La procedura civile del nostro tempo (nota a Corte Cost. 3 giugno 2024 n. 96 sull'art. 171 bis c.p.c.)*, in <www.giustiziainsieme.it>, 31 luglio 2024; v. inoltre la nota parzialmente adesiva di A.A. Romano, *L'interpretazione ade-*

i poteri» – di direzione del procedimento, dall'altro, tale potere

guatrice dell'art. 171-bis c.p.c. secondo la Corte costituzionale, in «Giurisprudenza italiana», 2024, 10, p. 2092 ss.; e la nota di M. De Cristofaro, *La Consulta ed il 171 bis c.p.c.: il contraddittorio «è» solo se è preventivo*, in «Giurisprudenza italiana», p. 2101 ss., resa su rimessione da parte di Trib. Verona, 22 settembre 2023, in «Giurisprudenza italiana», 2024, p. 1080 ss, con nota di D. Volpino, *Il nuovo art. 171-bis censurato di incostituzionalità*; su quest'ultima pronuncia v. anche il commento di F.M. Simoncini, *Le verifiche preliminari ex art. 171-bis c.p.c. al vaglio della Corte costituzionale (a proposito di Trib. Verona, ord. 23 settembre 2023, n. 150)*, in <www.judicium.it>, 22 febbraio 2024. Il Giudice delle leggi, con una sentenza dichiarativa di rigetto, ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 171-*bis* cod. proc. civ., per violazione degli artt. 3, 24 e 76 Cost., dal momento che il diverso trattamento riservato alle questioni processuali rilevabili d'ufficio che possono essere decise con decreto dal giudice prima dell'udienza *ex* art. 183 cod. proc. civ., senza previo contraddittorio tra le parti e questioni che invece non possono decidersi se non dopo le memorie *ex* art 171-*ter* cod. proc. civ., non si pone in contrasto né con il principio di uguaglianza né con quello di difesa. Infatti, «tale diversa regola processuale appare invero giustificata per le differenti conseguenze che l'assunzione dei provvedimenti volti alla corretta instaurazione del contraddittorio ovvero alla sanatoria dei vizi degli atti introduttivi e il rilievo d'ufficio di altre questione ad opera dell'autorità giudiziaria, hanno sui tempi di svolgimento del giudizio, sui quali sono suscettibili di incidere, dilatandoli, solo i primi, comportando, di regola, un differimento dell'udienza di trattazione». Tuttavia, la Corte ha offerto un'interpretazione adeguatrice della disposizione censurata, valorizzando l'art. 175 cod. proc. civ., ovvero riconoscendo al giudice il potere di fissare un'udienza anticipata per la trattazione, nel contraddittorio tra le parti, della questione preliminare rilevata d'ufficio, allorquando lo suggerisca la complessità della stessa. Rimane però che, pur nel contesto di un'interpretazione adeguatrice della disposizione censurata, l'art. 175 cod. proc. civ. non può essere piegato fino a far ritenere un vero e proprio obbligo processuale del giudice, essendo il suo potere direttivo essenzialmente discrezionale. In tal caso la realizzazione del contraddittorio è inevitabilmente differita all'udienza di cui all'art. 183 cod. proc. civ., ove il giudice, con ordinanza, potrà confermare, modificare o revocare il decreto emesso in precedenza, prendendo in esame le ragioni delle parti. L'idea è quella per cui i poteri propulsivi delle parti possano indurre il giudice a provocare il contraddittorio sulla questione rilevata d'ufficio; i poteri propulsivi delle parti sono il giusto contrappeso alla compressione del contraddittorio propugnata dalla riforma per esigenze acceleratorie, sotto il nuovo *slogan* del «pregiudizio effettivo» (sulla cui inesistenza nel diritto positivo v., da ultimo, V. Capasso, *Nullità degli atti e offensività necessaria: contributo alla difesa della legalità del processo civile*, Roma, 2023, p. 183 ss.).

è del tutto sprovvisto di adeguata sanzione, al di fuori di quanto previsto dall'art. 116, comma 2, cod. proc. civ.

La lettera aperta dell'art. 175 cod. proc. civ. si presta ad una lettura evolutiva e costituzionalmente orientata: al fine di massimizzare l'accuratezza nella ricostruzione dei fatti rilevanti per la decisione, la norma può essere interpretata nel senso per cui il giudice possa imporre alle parti e ai loro difensori obblighi di cooperazione. Detta impostazione non è poi così distante da quella già ampiamente sostenuta in dottrina a proposito dell'utilizzabilità dell'interrogatorio formale per ottenere chiarimenti sulle allegazioni ovvero per indurre l'interrogato ad adempiere all'obbligo di completezza, quando ciò sia necessario per articolare compiutamente domande, difese o eccezioni (50).

Senonché, l'art. 175 cod. proc. civ., nella prospettiva qui accolta, accorda al giudice un generale potere officioso di imporre obblighi di cooperazione, mentre l'interrogatorio formale, *ex* art. 230 cod. proc. civ., resta appannaggio esclusivo delle parti. Le due prospettive sono conciliabili nei termini che seguono: di regola la parte che dubiti della completezza e della chiarezza delle avverse allegazioni può richiedere l'interrogatorio formale della controparte non finalizzato a provocare la confessione e, a seconda dei casi, il giudice potrà trarre dall'esito dell'interpello argomenti di prova ovvero potrà ritenere ammessi i fatti dedotti nell'interrogatorio, allorquando il delato defezioni. In casi eccezionali, perlopiù riconducibili al caso di *sleeping lawyer* che ometta di provocare l'interrogatorio formale della controparte per indurla ad adempiere agli obblighi di chiarificazione e completezza (51), il giudice, attraverso l'esercizio del potere di direzione del procedimento di cui all'art. 175 cod. proc. civ., potrebbe imporre obblighi di cooperazione, *sub specie* di chiarificazione e completamento delle allegazioni, il cui inadempimento è rilevante ai sensi dell'art. 116, comma 2, cod. proc. civ. nei termini di cui si è dato conto.

(50) V. *supra*, § 3.

(51) Per un approfondimento sulla figura dello *sleeping lawyer* e sui possibili rimedi praticabili a diritto positivo invariato, v. M. Bina, *La felicità dell'avvocato*, cit., p. 268 ss.

Nella prospettiva efficientista qui condivisa, una norma apparentemente programmatica quale l'art. 175 cod. proc. civ. assurge a fondamento positivo del *judicial management*, senza che ciò comporti una deriva inquisitoria dell'intero sistema (52), trattandosi pur sempre di potere suppletivo ed eccezionale, oltretutto controllabile dalle parti ai sensi dell'art. 178, comma 4, cod. proc. civ.

(52) Nel senso che gli obblighi di completezza e chiarificazione non si pongano in contrasto con il principio dispositivo, v. M. GRADI, *L'obbligo di verità delle parti*, cit., p. 609 ss.: secondo l'autore, i litiganti, in base del principio dispositivo in senso sostanziale (*Dispositionsmaxime*), sono senz'altro legittimati a circoscrivere l'oggetto del processo, potendo formulare solo le domande e le eccezioni ritenute convenienti (*Parteiherrschaft*), tuttavia l'allegazione dei fatti – ossia l'introduzione e indicazione in giudizio degli effetti derivanti da quest'ultimi non rilevabili d'ufficio dal giudice (cfr. G. RUFFINI, *La domanda di tutela giurisdizionale e la difesa in giudizio*, in *Diritto processuale civile*, a cura di G. Ruffini, vol. I, *La giustizia civile*, Bologna, 2023, p. 116) – può riguardare anche quelli che fondano eccezioni in senso lato, così come i fatti secondari, per i quali l'acquisizione al giudizio delle circostanze di fatto non è monopolio esclusivo delle parti, dal momento che possono essere posti a fondamento della decisione del giudice anche in assenza dell'allegazione della parte, qualora emergano nel corso del processo (così D. BUONCRISTIANI, *L'allegazione dei fatti nel processo civile*: *profili sistematici*, Torino, 2002, p. 115 ss.). Pertanto, escluso che possa onerarsi l'attore a riferire spontaneamente, nel libello introduttivo, tutti i possibili fatti storici i cui effetti possano essere invocati dall'avversario, il principio dispositivo non impedisce che una parte, al pari del giudice, possa indurre l'altra, attraverso le forme dell'interpello o la fissazione di un'udienza con funzione di *disclosure*, a precisare le proprie allegazioni, purché sia dimostrato un interesse ad avvalersi del relativo effetto giuridico, correlato, ad esempio, alla sollevazione di un'eccezione o all'articolazione di una domanda di accertamento o complanare, siccome funzionale all'esercizio di quel potere di agire o resistere in giudizio tutelato dal principio dispositivo in senso sostanziale. Allo stesso modo, il principio dispositivo in senso processuale (*Verhandlungsmaxime*), in virtù del quale le parti hanno il potere esclusivo di introdurre i fatti e le prove rilevanti per la decisione della causa, non è incompatibile con gli obblighi di completezza e di chiarificazione a carico dei litiganti, dovendosi escludere che le parti possano disporre a loro piacimento, l'una contro gli interessi dell'altra, del materiale di fatto della causa, come se gli eventi della realtà e le fonti di prova fossero di loro proprietà. Il principio dispositivo in senso processuale comporta soltanto la necessità di riservare alle parti il potere di allegazione dei fatti e di introduzione delle prove in giudizio, non anche che le parti possano essere obbligate a farlo su un piano di reciprocità.

Fa da sfondo a tale ricarburazione dell'art. 175 cod. proc. civ. l'idea per cui l'attivismo del giudice possa aumentare l'efficienza complessiva del sistema (53): allegazioni mendaci, incerte o lacunose comportano un aumento dei costi transattivi legati allo spreco di risorse per la loro chiarificazione (54).

Va infine chiarito un ultimo punto. Se la dimensione costituzionale del giusto processo impone, per quanto possibile, la funzionalizzazione degli istituti processuali al raggiungimento dell'efficienza nell'amministrazione della giustizia (55), l'inadempimento degli obblighi di cooperazione potrebbe essere più efficacemen-

(53) Come previsto, peraltro, dall'art. 4 del codice etico elaborato dall'Associazione nazionale magistrati, secondo cui: «Il magistrato cura che i mezzi, le dotazioni e le risorse d'ufficio disponibili siano impiegati secondo la loro destinazione istituzionale, evitando ogni forma di spreco o di cattiva utilizzazione, adotta iniziative organizzative che perseguano obiettivi di efficienza del servizio giudiziario».

(54) M. Bina, *La felicità dell'avvocato*, cit., p. 254 ss.

(55) Nel senso che il principio di non contestazione non operi rispetto a fatti pacifici quando è una norma imperativa a dare rilevanza al fatto, v. Cass. civ., sez. II, 24 ottobre 2023, n. 29506, in «Giurisprudenza italiana», 2024, p. 1862 ss., con nota di Buoncristiani, *Teoria del «moyen nécessairement dans la cause», principio di non contestazione e poteri delle parti*, secondo cui è possibile rinviare all'appello la contestazione, strumentale alla negazione del diritto alla provvigione, all'albo dei mediatori professionisti del resistente, benché ciò non corrisponda in appello alla facoltà per il mediatore di produrre prove nuove per incrinare la credibilità dell'altrui contestazione. Tale ricostruzione conduce all'insoddisfacente conseguenza per cui il giudice è costretto a «chiudere gli occhi» e ad ignorare le risultanze istruttorie che mettono in discussione il fatto (principale) affermato da una parte e non contestato (tempestivamente) dall'altra; in tal caso la decisione della lite si accontenta della verità processuale, stralciata dalla verità materiale, che però non è rimasta fuori dall'involucro processuale, ma in esso ha fatto ingresso (risultanze istruttorie di senso contrario all'esistenza del fatto non contestato), vanamente. Un'interpretazione funzionale dell'art. 345, comma 3, cod. proc. civ., avrebbe condotto a considerare un *novum* ammissibile la produzione del certificato di iscrizione all'albo dei mediatori a fronte dell'altrui contestazione in appello: ancora una volta la soluzione sta nella corretta applicazione dei principi di lealtà processuale e parità delle armi; non è tollerabile che la tardiva e finanche strategica contestazione di un fatto impeditivo contemplato da una norma imperativa impedisca l'esercizio del diritto (costituzionale) alla prova della controparte.

te compulsato mediante le *astreintes* (56). Benché non si tratti di soluzione costituzionalmente imposta, la formulazione letterale dell'art. 614-*bis* cod. proc. civ. non esclude che le misure di coercizione indiretta possano accedere alle ordinanze di condanna all'adempimento di obblighi di cooperazione ai sensi dell'art. 175 cod. proc. civ. ovvero all'ordine di esibizione, a patto di non esagerare l'incidenza dell'argomento topografico (57). Un'analisi sistematica e trasversale conferma quanto asserito: l'art. 388 cod. pen., nella parte in cui punisce l'inadempimento degli obblighi nascenti da un provvedimento giurisdizionale, sembra sottintendere, come la dottrina non ha mancato di rilevare, l'interesse pubblico al funzionamento dell'amministrazione della giustizia e il dovere dei consociati di osservare gli ordini dell'autorità giudiziaria (58). Pertanto, dalla norma può stillarsi un più generale

(56) Così A. Dondi, *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, cit., p. 303.

(57) Come intuito anzitempo da G. Monteleone, *Misure coercitive ed esecuzione forzata: attualità del pensiero di S. Satta. Commento teorico-pratico al nuovo Titolo IV-bis ed all'art. 614-bis c.p.c.*, in «Rivista dell'esecuzione forzata», 2016, p. 543 ss., spec. p. 551, secondo cui: «È da ritenere che la locuzione "condanna" contenuta nel nuovo art. 614-*bis* debba intendersi in senso più ampio, proprio perché la norma orbita nell'ambito dell'esecuzione diretta o specifica, vale a dire di quegli obblighi che non sono, o comunque possono non essere, posizioni giuridiche corrispettive a diritti di credito nascenti da obbligazioni civili. Quindi, deve intendersi tale ogni provvedimento suscettibile di esecuzione coattiva anche mediante il sistema delle misure compulsorie, con esclusione dei casi espressamente previsti dalla legge». Nel senso per cui l'argomento topografico debba prevalere sulla lettera dell'art. 614-*bis* cod. proc. civ., B. Capponi, *Diritto dell'esecuzione civile*, 7ª ed., Torino, 2023, p. 36.

(58) G. Vassalli, *La mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice*, Torino, 1938, pp. 6 e 87; M. Boscarelli, *La tutela penale nel processo*, Milano, 1951, p. 532 ss.; U. Pioletti, *Provvedimento del giudice (mancata esecuzione dolosa di un)*, in *Novissimo digesto* italiano, vol. XIV, 1996, p. 468; A. Proto Pisani, *Appunti sulla tutela di condanna*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1978, 4, p. 1131 ss.; nonché, più di recente, M. Fratini, L. Fiandaca, *Manuale sistematico di diritto penale: parte speciale*, Roma, 2023, p. 226; in giurisprudenza, cfr. Cass. pen., sez. VI, 27 febbraio 1986, n. 8528; Cass. pen., sez. un., 27 settembre 2007, n. 36692, secondo cui «l'interesse tutelato non è l'autorità in sé delle decisioni giurisdizionali bensì l'esigenza costituzio-

dovere dei consociati di osservare le decisioni giurisdizionali, la cui effettività passa anche per la generalizzazione di misure propulsive quali le *astreintes*. Parimenti, la rilevanza costituzionale del diritto alla difesa e del diritto alla prova induce a ritenere praticabile un'interpretazione evolutiva dell'art. 614-*bis* cod. proc. civ., nei termini poc'anzi indicati.

Ciò posto rimane da affrontare l'elefante nella stanza: la penalità di mora è dovuta comunque in caso di riforma o cassazione della sentenza emessa nel grado di giudizio all'interno del quale erano state pronunciate le *astreintes*? Coerenza sistematica impone la risposta positiva: la mancata ostensione del documento oggetto dell'ordine di esibizione o l'inadempimento degli obblighi di completezza e chiarificazione atipici, imposti ai sensi dall'art. 175 cod. proc. civ., sono illeciti che frustrano l'inveramento del diritto costituzionale alla prova e dell'obbligo di cooperazione, con l'implicazione che la riforma o la cassazione della sentenza, non vale a rendere lecito un comportamento la cui illiceità si dipana su tutt'altro piano rispetto a quello dell'illegittimità o dell'invalidità della sentenza.

A tal proposito, l'art. 336, comma 2, cod. proc. civ. estende l'effetto espansivo esterno della riforma o della cassazione della sentenza impugnata ai provvedimenti da essa dipendenti, tra i quali non pare possa noverarsi l'ordinanza di cui all'art. 614-*bis* cod. proc. civ., dal momento che sottintende una logica sanzionatoria non diversa da quella dell'art. 388 cod. pen.; a più forte ragione, l'obbligo di pagare la penalità di mora sopravvive alla riforma o alla cassazione della sentenza dal momento che l'ordinamento non può tollerare che i consociati ignorino i provvedimenti giurisdizionali, i quali, com'è noto, sono assistiti da una presunzione di legittimità [59].

Tale prospettiva è confermata dal rapporto tra gli artt. 2 e 388 cod. pen.: la riforma del provvedimento inosservato non importa

nale di effettività della giurisdizione» e, in particolare, «l'esigenza di preservare la possibilità di un'effettiva efficacia pratica della decisione futura».

[59] Ragionava, *de iure condendo*, in termini diametralmente opposti L. Ferroni, *Obblighi di fare ed eseguibilità*, Napoli, 1983, p. 373 ss., pur muovendo dal presupposto per cui le *astreintes* avrebbero natura sanzionatoria.

abolitio criminis, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 2, comma 2, cod. pen., né quest'ultima potrà essere considerata dal giudice penale in guisa di uno *ius superveniens* applicabile retroattivamente *in bonam partem* secondo la regola sancita dall'art. 2, comma 4, cod. pen.: se ne deduce che la riforma del provvedimento giurisdizionale non elimina retroattivamente l'obbligo di osservarlo; allo stesso modo, la penalità di mora inadempiuta va pagata nonostante la riforma o la cassazione della sentenza emessa nel grado di giudizio all'interno del quale erano state pronunciate le *astreintes*.

In una prospettiva *de iure condendo*, qualora dovessero preferirsi letture più prudenti e ossequiose dell'argomento topografico, l'esperienza comparata suggerisce comunque l'estensione dell'applicabilità delle misure di coercizione indiretta alle ordinanze di condanna all'adempimento di obblighi di cooperazione, ai sensi dell'art. 175 cod. proc. civ., per massimizzare le *chances* che le parti tengano un contegno collaborativo [60].

6. *Conclusioni*. — Al netto di quanto sopra, il complesso reticolato dei doveri delle parti e dei difensori si coniuga con lo statuto dei poteri discrezionali del giudice utili alla corretta direzione del procedimento; talché, l'immagine del difensore tecnico «servo di due padroni», quantunque sembri suggerita dal diritto positivo, appare però una forzatura imposta dalla concezione retorica del processo civile che vuole le parti e i loro difensori contrapposte al giudice, di cui si può fare a meno se si adotta la diversa concezione cooperativa che qui si è cercato di illustrare. L'avvocato è allora un soggetto che, nel rappresentare il cliente ed assisterlo in giudizio, contribuisce a far sì che il processo possa essere accettato dai cittadini come strumento effettivo di composizione delle liti secondo giustizia, accrescendone il tasso di democraticità. In questa prospettiva, se si vuol parlare di servo, il difensore tecnico, al pari del giudice, è servo della sola Giustizia.

[60] Per un'analisi dell'*astreinte* endoprocessuale nel sistema francese, v. ancora A. DONDI, *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, cit., p. 91 ss.

Riccardo Coletta
Dottorando di ricerca nell'Università di Macerata

NOTE IN TEMA DI OBBLIGO DI VERITÀ E COMPLETEZZA (E RUOLO DELL'AVVOCATO) NEL PROCESSO FAMILIARE E MINORILE

Sommario: 1. Considerazioni introduttive e programma del lavoro. – 2. L'obbligo di verità e completezza nel processo familiare e minorile: quadro normativo di riferimento. – 3. Dubbi sul fondamento degli obblighi di verità e completezza nella natura indisponibile dei diritti oggetto del processo. – 4. Considerazioni di sintesi sul rapporto fra indisponibilità e obblighi di verità e completezza. – 5. Disposizioni neutre rispetto al loro fondamento. – 6. Fondamento positivo degli obblighi di verità e completezza delle parti. – 7. Verità e completezza delle parti e verità dell'avvocato familiarista. – 8. Canoni di chiarezza e sinteticità degli atti processuali. – 9. L'avvocato nel processo su questioni economiche. – 10. L'avvocato del genitore e l'ufficio protettivo del minore. – 11. Premesse sul curatore speciale del minore. – 12. L'avvocato curatore speciale del minore. – 13. Risultati dell'indagine.

1. *Considerazioni introduttive e programma del lavoro.* — Il tema dell'obbligo di verità e completezza delle parti è fra quelli che si inseriscono trasversalmente nelle riflessioni attorno alla posizione processuale e sostanziale delle parti, ai loro rapporti con i poteri-doveri del giudice e alla funzione del processo, tornando ciclicamente attuale nei diversi ordinamenti [1].

I recenti interventi legislativi in materia di processo familiare e minorile sembrano offrire una prova empirica di tale ciclicità. In

[1] Così A. Carratta, *Dovere di verità e completezza nel processo civile*, I, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 2014, p. 47 s.

Quaderni di «Etica e giustizia», n. 1
L'avvocato e la giustizia, a cura di M. Gradi, Napoli, 2025

questo più circoscritto settore dell'ordinamento, il decreto legislativo n. 149 del 2022 ha introdotto, fra le varie norme, l'art. 473-*bis*.18 cod. proc. civ., rubricato «Dovere di leale collaborazione» (2), che impone alle parti di non rendere informazioni o effettuare produzioni documentali inesatte o incomplete «in ordine alle proprie condizioni economiche», pena la loro valutabilità ai sensi degli artt. 116, comma 2, 92, comma 1, e 96 cod. proc. civ.

La disposizione in questione (3), nel rievocare quei doveri di «lealtà» e «probità» di cui all'art. 88 cod. proc. civ. (4) e nell'inserirsi in un *corpus* di norme variamente espressive di una marcata

(2) Come noto, il decreto legislativo n. 149 del 2022 ha introdotto nel libro II del cod. proc. civ. il titolo IV-*bis* dedicato al procedimento in materia di persone, minorenni e famiglie (artt. 473-*bis* ss. cod. proc. civ.), volto a sostituire la disciplina previgente, collocata in fonti plurali ed eterogenee. L'art. 473-*bis*.18 cod. proc. civ. è stato adottato in attuazione dell'art. 1, comma 23, lett. f, della legge delega n. 206 del 2021.

(3) All'indomani della riforma, la disposizione è stata diffusamente oggetto di primi commenti. Tra i molti, si vedano: M. Gradi, *Doveri delle parti e dei terzi*, in *La riforma Cartabia del processo civile*, a cura di R. Tiscini, Pisa, 2023, p. 30, spec. nota 1, e p. 48 ss.; M.A. Lupoi, *Dovere di leale collaborazione*, in *La riforma Cartabia del processo civile*, a cura di R. Tiscini, cit., p. 809 ss.; R. Donzelli, *Dovere di leale collaborazione*, in *Procedimenti relativi alle persone, ai minorenni e alle famiglie*, a cura di R. Donzelli e G. Savi, Milano, 2023, p. 142 ss.; Id., M*anuale del processo familiare e minorile*, Torino, 2024, p. 112 ss.; C. Cecchella, *Le nuove norme sul processo e il tribunale in materia di persone, minorenni e famiglie*, in «Rivista di diritto processuale», 2023, p. 1101 ss.; R. Lombardi, *L'obbligo di* disclosure *nei procedimenti di separazione e divorzio riformati: un ridimensionamento del principio del* nemo tenetur edere contra se*?*, in <www.judicium.it>, 24 ottobre 2022; C. Cecchella, *Gli atti introduttivi, le preclusioni e le riaperture difensive: l'istruttoria*, in *La riforma del processo e del giudice per le persone, per i minorenni e per le famiglie*, a cura di C. Cecchella, Torino, 2023, p. 24 ss.; B. Ficcarelli, *I poteri del giudice*, in *La riforma del processo e del giudice per le persone, per i minorenni e per le famiglie*, a cura di C. Cecchella, cit., p. 116; in senso critico sulla disposizione, v. A. Graziosi, *Luce e ombre del nuovo processo di famiglia*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 2023, p. 435 ss.

(4) Per tutti, v. M.A. Lupoi, *Dovere di leale collaborazione*, cit., p. 809, secondo cui l'art. 473-*bis*.18 cod. proc. civ. costituisce una norma speciale rispetto a quella generale posta dall'art. 88 cod. proc. civ.; nel senso di una solo limitata riconducibilità della prima disposizione alla seconda, cfr. B. Ficcarel-

tendenza all'accertamento della c.d. «verità materiale», risveglia l'interesse circa la possibilità che, quantomeno nel processo familiare e minorile, possano dirsi esistenti quegli obblighi di verità e completezza per le parti e i difensori, la cui sussistenza nel processo civile è oggetto di ampio dibattito (5).

LI, *I poteri del giudice*, cit., p. 117, nota 16; R. DONZELLI, *Dovere di leale collaborazione*, cit., p. 142.

(5) L'impossibilità di dare conto in questa sede del panorama di opinioni espresse in tale dibattito, estremamente variegate e complesse, suggerisce un rinvio ai lavori di seguito citati, anche per gli ulteriori riferimenti bibliografici ivi contenuti. Per la tesi contraria all'esistenza dell'obbligo di verità delle parti, stante, principalmente, l'impossibilità di ricondurlo all'art. 88 cod. proc. civ., v.: G. CALOGERO, *Probità, lealtà, veridicità nel processo civile*, in «Rivista di diritto processuale civile», 1939, I, p. 129 ss.; L. FERRARA, *Il dovere giuridico di lealtà processuale*, in «Il foro italiano», 1939, I, c. 587 ss.; F. CARNELUTTI, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Roma, 1942, vol. I, p. 232; P. CALAMANDREI, *Sul progetto preliminare Solmi*, Firenze, 1937, ripubblicato in ID., *Opere giuridiche*, vol. I, Napoli, 1965, p. 295 ss.; V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, 3ª ed., vol. I, Napoli, 1957, p. 243 ss.; C. MANDRIOLI, *Dei doveri delle parti e dei difensori*, in *Commentario del codice di procedura* civile, diretto da E. Allorio, vol. I, Torino, 1973, p. 959 ss.; S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, vol. I, Milano, 1959, p. 290 ss.; G. MESSUTI, *Silenzio della parte e dolo revocatorio*, in «Rivista di diritto processuale», 1984, p. 621 ss.; S. LA CHINA, *Diritto processuale civile*, vol. I, Padova, 1991, p. 455 ss.; F. MAZZARELLA, *Avvocato e procuratore*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. IV, Roma, 1990, p. 5; A. ATTARDI, *Diritto processuale civile*, vol. I, Padova, 1994, p. 370; G. SCARSELLI, *Le spese giudiziali civili*, Milano, 1998, p. 265 ss.; ID., *Lealtà e probità nel compimento degli atti processuali*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1998, p. 91 ss., 117 ss., il quale esclude, in generale, l'esistenza di un dovere di verità e completezza per le parti (intesi, rispettivamente, come il dovere di non allegare circostanze false, e quello di narrare tutto quanto è nella conoscenza delle parti in ordine ai fatti di causa, senza omettere nulla e con l'obbligo di narrare anche le circostanze sfavorevoli) stante, fra le varie ragioni, la loro inconciliabilità con il principio dispositivo. L'autore, tuttavia, individua alcune ipotesi nelle quali, al fine di garantire una dialettica corretta nella dinamica processuale fra le parti, tali obblighi tornano ad operare, segnatamente: *a)* quando l'ordinamento attribuisce eccezionalmente credibilità alle dichiarazioni della parte e l'adozione del provvedimento dipende soltanto da queste; *b)* quando la parte può ottenere un provvedimento *inaudita altera parte*, in modo che il dovere di verità bilanci la mancata instaurazione del contraddittorio; *c)* quando, all'infuori dei casi precedenti, il venire meno del

Va da sé, peraltro, che la sussistenza degli obblighi di verità e dovere di verità potrebbe configurare un'ipotesi di dolo revocatorio *ex* art. 395, n. 1, cod. proc. civ.; L.P. Comoglio, *Regole deontologiche e doveri di verità nel processo*, in «Nuova giurisprudenza civile commentata», 1998, II, p. 133 ss., con posizione successivamente temperata in Id., *Etica e tecnica del «giusto processo»*, Torino, 2004, p. 275 s., dove l'autore riconosce in capo ai litiganti un circoscritto dovere di verità, inteso come divieto di mentire, in collegamento con i principi del «giusto processo»; M. Taruffo, *La semplice verità: il giudice e la costruzione dei fatti*, Bari, 2009, p. 170 ss.; M. Lupano, *Responsabilità per le spese e condotta delle parti*, Torino, 2013, p. 155 ss.; v. anche C. Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, 11ª ed., Torino, 2017, vol. II, p. 339, per una «lecita possibilità di mentire» della parte nel processo. Sul punto, *contra*, A. Cerino Canova, G. Tombari Fabbrini, *Revocazione (diritto processuale civile)*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XVII, Roma, 1991, p. 2); F. Cipriani, *L'avvocato e la verità*, in «La previdenza forense», 2003, p. 222 ss., ripubblicato in Id., *Il processo civile nello stato democratico*, Napoli, 2006, p. 131 ss., spec. 134; S. Chiarloni, *Ragionevolezza costituzionale e garanzie del processo*, in «Rivista di diritto processuale», 2013, p. 531 ss., testo e nota 25, dove l'autore, pur confermando l'inesistenza di un dovere di verità per le parti, conclude nel senso di una «irragionevole lacunosità della disciplina positiva», anche in relazione alle esigenze costituzionali del «giusto processo».

Per la tesi favorevole, sia pure con diversità di risultati quanto all'oggetto e all'estensione del dovere di verità, si vedano: C. Marchetti, *Dolo revocatorio e falsa allegazione*, in «Rivista di diritto processuale», 1960, p. 418 ss., che tra i primi espresse l'opinione favorevole alla sussistenza del menzionato dovere, ricollegandolo agli artt. 88, 92, 96 e 395 cod. proc. civ.; M. Cappelletti, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità: contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile*, vol. I, Milano, 1962, p. 383 ss., 388 ss., che, più limitatamente, afferma la compatibilità dell'obbligo di verità e completezza delle parti con il principio dispositivo «in senso proprio» o «sostanziale», ma solo laddove riferito: *a)* a fatti costitutivi, solo se «volontariamente, spontaneamente allegati dalla parte» (ma, a nostro avviso, non potrebbe evidentemente qui trattarsi di un obbligo, stante la volontarietà nell'allegazione); *b)* a «fatti impeditivi o estintivi operanti "*ipso iure*" e non costituenti pertanto il fondamento di un controdiritto disponibile del convenuto»; *c)* «fatti secondari o probatori». Conclude l'autore: «al di là di quei limiti, resta l'alternativa: o di negare addirittura quell'obbligo, il che sarebbe secondo me come ho già detto in contrasto con il nostro diritto positivo (...); oppure di sacrificare all'obbligo di verità (...) il carattere stesso privato dei diritti soggettivi, e di conseguenza il carattere propriamente dispositivo del sistema processuale»; A. Carratta, *Dovere di verità e completezza nel processo civile*, cit., I, p. 47 ss.; e II, p.491 ss., spec. 510 s., dove l'autore, muovendo dalla riflessione sviluppata in seno alla dottrina tedesca, riporta il dibattito sul piano del «dovere di verità "soggettiva" o "processuale"»

completezza in capo alla parte assume rilevanza anche in ordine al problema dell'etica professionale dell'avvocato nel processo familiare e minorile. Il difensore, in effetti, nel rappresentare in giudizio la parte, potrà considerarsi destinatario di un obbligo di verità e completezza a condizione che tale obbligo venga posto, innanzitutto, a carico del litigante (6).

Il presente contributo, pertanto, sarà dedicato ad alcune prime riflessioni in merito al fondamento dell'obbligo di verità e completezza delle parti limitatamente al processo familiare e minorile e, conseguentemente, laddove esistenti, dei loro rispettivi difensori. Il quesito assume maggiore difficoltà se si considera, innanzitutto, che la delineazione dell'esatto contenuto di questi obblighi non è del tutto pacifica fra la dottrina che si è occupata del tema nella prospettiva più generale (7).

e conclude per l'esistenza, fondata nell'art. 88 cod. proc. civ.: *a)* del dovere di verità, inteso come «divieto per la parte di allegare fatti (principali o secondari) "scientemente non veri", e dunque fatti che essa sa o comunque ritiene (...) non rispondenti al vero» e come «divieto di contestare fatti (principali o secondari) "scientemente veri" o dichiarare di "non conoscere" circostanze fattuali che, invece, non può ignorare» in sede di esercizio dell'onere di prendere posizione sui fatti, per impedire la produzione dell'effetto della non contestazione (art. 115, comma 1, cod. proc. civ.); *b)* del dovere di completezza «come divieto di allegare, a sostegno della propria domanda (a prescindere dalla natura auto o eterodeterminata di questa) o della propria eccezione, una ricostruzione fattuale consapevolmente e fraudolentemente reticente, senza che ciò implichi dovere "in positivo" di allegare anche fatti a sostegno di eventuali eccezioni o domande riconvenzionali di controparte»; M. Gradi, *L'obbligo di verità delle parti*, Torino, 2018, pp. 515 ss., 575 ss., 759 ss. e *passim*. – ove amplissimi spunti bibliografici anche storici e comparatistici – dove l'autore, chiariti i rapporti tra l'obbligo di verità e i principi del processo civile rispetto ai quali, tradizionalmente, era stata negata la compatibilità (tra cui il diritto di difesa, il principio dispositivo, quello del *nemo tenetur edere contra se*, e la regola dell'onere della prova), ha ritenuto tale obbligo fondato nel dettato costituzionale e nel diritto positivo, da intendersi comprensivo di «divieto di menzogna», «obbligo di completezza» e «obbligo di chiarificazione», ossia l'obbligo dei litiganti di collaborare lealmente all'accertamento dei fatti. Di recente, anche S. Patti, *Le clausole generali nel diritto processuale civile*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 2021, p. 34 ss.

(6) Per un opportuno chiarimento di questa affermazione, v. *infra*, § 7.

(7) Per un esempio di come, in particolare, l'obbligo di completezza assuma un diverso significato fra gli autori, v. M. Gradi, *Doveri delle parti e dei ter-*

In questi termini, senza poter prendere posizione su una definizione corretta in senso assoluto, ci riferiremo qui all'obbligo di verità come l'obbligo per le parti di non allegare fatti inveritieri e a quello di completezza quale obbligo di riferire al giudice quanto in loro conoscenza in ordine ai fatti di causa, anche quelli sfavorevoli.

Terminata la prima parte del lavoro, e alla luce delle conclusioni ivi raggiunte, ci si dirigerà verso l'analisi del ruolo dell'avvocato in questo processo, con particolare attenzione alle prerogative e alle problematiche che, anche sul piano deontologico, investono il difensore del genitore, da un lato, e l'avvocato-curatore speciale del minore *ex* art. 473-*bis*.8 cod. proc. civ., dall'altro.

2. *L'obbligo di verità e completezza nel processo familiare e minorile: quadro normativo di riferimento*. — Al di là delle apparenze che la sua rubrica potrebbe suscitare, l'art. 473-*bis*.18 cod. proc. civ. non presenta un contenuto puramente «moraleggiante» ([8]). Ciò lo si coglie innanzitutto dal sistema all'interno del quale è inserito. Invero, nel sanzionare la parte reticente o incompleta nelle allegazioni e nelle produzioni relative alle proprie condizioni economiche, la norma offre attuazione ai doveri processuali di cui agli artt. 473-*bis*.12, comma 3, 473-*bis*.13, comma 5, 473-*bis*.16, 473-*bis*.17, 473-*bis*.31, 473-*bis*.48, 473-*bis*.51, comma 3, cod. proc. civ. ([9]).

Si tratta, in particolare, di norme che impongono alle parti di depositare specifici documenti attestanti la loro situazione reddituale, patrimoniale e finanziaria in primo grado e in appello, nell'ambito dei riti disciplinati dalle «disposizioni comuni» (art. 473-*bis*.11 ss. cod. proc. civ.), nonché in quelli speciali di separa-

zi, cit., p. 33, spec. note 9-11, per il quale tale obbligo – pur se talora concepito come dovere delle parti di riferire anche le circostanze sfavorevoli – andrebbe ricostruito, più limitatamente, come divieto di reticenza, ossia di menzogna mediante omissione. Per una sintesi delle diverse prospettive, cfr. anche *supra*, nota 5.

[8] Utilizza questo aggettivo E. REDENTI, *Diritto processuale civile*, vol. I, Milano, 1952, p. 188, nel riferirsi all'art. 88 cod. proc. civ.

[9] R. DONZELLI, *Dovere di leale collaborazione*, cit., p. 142;

zione, scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio, di scioglimento dell'unione civile, di regolamentazione dell'esercizio della responsabilità genitoriale, e di modifica delle relative condizioni (art. 473-*bis*.47 ss. cod. proc. civ.) (10).

Le disposizioni, come si intuisce, sono senz'altro dirette ad agevolare una ricostruzione quanto più precisa e fedele alla realtà degli elementi di fatto di cui il giudice potrà (e dovrà) tenere conto per la decisione nei processi relativi al contributo economico in favore delle parti e dei figli (11).

(10) Sui rapporti fra le «disposizioni comuni» e le «disposizioni speciali» del procedimento unitario, v., per tutti, R. Donzelli, *Manuale del processo familiare e minorile*, cit., pp. 8 ss., 87 s. e 149 ss.

(11) Le citate disposizioni costituiscono la riedizione e sistemazione sul piano normativo di alcune prassi giudiziarie sorte sulla base dell'art. 5, comma 9, legge div. (oggi abrogato dall'art. 27, comma 1, lett. c, d.lgs. 149/2022) a mente del quale i coniugi dovevano presentare all'udienza di comparizione presidenziale la dichiarazione dei redditi e «ogni documentazione» relativa ai loro redditi e al patrimonio personale e comune, legittimando pure il tribunale, «in caso di contestazioni», a disporre «indagini sui redditi, sui patrimoni e sull'effettivo tenore di vita», anche per il tramite della polizia tributaria. La norma era stata considerata applicabile analogicamente anche alla separazione (tra le molte, v. Cass. civ., sez. I, 17 maggio 2005, n. 10344, in «Famiglia e diritto», 2006, p. 179 ss., con nota di P. Lai, *Polizia tributaria e poteri del giudice della separazione per accertare i redditi dei coniugi*; Cass. civ., sez. I, 17 giugno 2009, n. 14081, in «Famiglia e diritto», 2010, p. 373 ss., con nota di G. Costantino, *Accertamento dei redditi dei coniugi e poteri ufficiosi del giudice della separazione*). Più di recente, la Suprema Corte ha ricollegato l'esercizio dei poteri istruttori ufficiosi all'autoresponsabilità delle parti, imponendo al coniuge interessato l'allegazione e la prova degli elementi necessari a dimostrare la sussistenza del diritto all'assegno: v. Cass. civ., sez. I, 22 agosto 2023, n. 24995, in «Famiglia e diritto», 2024, p. 458, con nota di A. Frassinetti, *Limiti dei poteri istruttori ufficiosi sui presupposti dell'assegno divorzile*; Cass. civ., sez. lav., 23 gennaio 2023, n. 1987; Cass. civ., sez. I, 16 gennaio 2020, n. 28714.

Al fine di evitare il ricorso alle indagini descritte, alcuni tribunali avevano dato avvio alla prassi di richiedere alle parti, nel decreto di fissazione dell'udienza presidenziale o direttamente in udienza, un più ampio ordine di produzione documentale o di autodichiarazioni certificate e sostitutive indicative delle fonti personali patrimoniali e reddituali: sulla disciplina previgente e sui problemi derivanti dal coordinamento con i poteri del giudice, si rinvia a B. Ficcarelli, *I poteri del giudice di accertamento e di indagine sui redditi nei proce-*

Sempre sul versante degli oneri imposti alle parti, nei procedimenti relativi ai minori, l'art. 473-*bis*.12, comma 4, cod. proc. civ. prevede l'allegazione al ricorso di un «piano genitoriale» che indica impegni, frequentazioni ed attività di varia natura dei figli. A questi si aggiunge il dovere di indicare l'esistenza di altri procedimenti aventi ad oggetto, in tutto o in parte, le medesime domande o quelle connesse, con l'allegazione della copia di eventuali provvedimenti, anche provvisori, già adottati (art. 473-*bis*.12, comma 2, cod. proc. civ.) [12].

Si rileva poi la presenza di ulteriori disposizioni che, pur non ponendo oneri o obblighi direttamente in capo alle parti, rafforzano l'idea di un procedimento che ha maggiore interesse all'accertamento della c.d. verità materiale [13]. In tal senso, vanno richiamati i poteri istruttori officiosi riconosciuti dall'art. 473-*bis*.2 cod. proc. civ. che, a tutela dei minori, consente al giudice di «disporre mezzi di prova al di fuori dei limiti di ammissibilità del codice civile» (comma 1); e, a fronte di domande di contributo economico,

dimenti familiari ed i limiti imposti dall'ordinamento: il problema dell'esibizione documentale, in «Il diritto degli affari», 2020, n. 3, p. 368 ss.; R. Lombardi, *L'obbligo di* disclosure *nei procedimenti di separazione e divorzio riformati*, cit., spec. §§ 2 e 3. Già per questa via, dunque, si era giunti ad imporre alle parti un dovere di *disclosure*, potenzialmente rilevante, in caso di violazione, sotto il profilo degli artt. 116, comma 2, e 96 cod. proc. civ.: v. L. Salvaneschi, *I procedimenti di separazione e divorzio*, in «Famiglia e diritto», 2006, p. 365; C. Rimini, *L'accertamento del reddito e del patrimonio delle parti nei giudizi di separazione e divorzio: proposta per un modello di* disclosure, in «Famiglia e diritto», 2011, p. 739 ss.; F. Danovi, *Lealtà e trasparenza nei processi di famiglia*, in «Rivista di diritto processuale», 2017, 604 ss.; cfr. anche le *Linee guida per la redazione degli atti introduttivi dei giudizi in materia di famiglia* redatte di concerto da Corte d'Appello, Tribunale, Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Osservatorio sulla giustizia civile di Milano nel marzo 2019, in «Famiglia e diritto», 2019, p. 943 ss. con nota di F. Danovi, *Processo di separazione e divorzio e tecniche di difesa*.

[12] Con importanti ricadute ai fini dell'applicazione della disciplina speciale in materia di violenza domestica o di genere (art. 473-*bis*.40 ss. cod. proc. civ.).

[13] Per questo rilievo, v. C. Cecchella, *Gli atti introduttivi, le preclusioni e le riaperture difensive*, cit., p. 23; B. Ficcarelli, *I poteri del giudice,* cit., p. 108; R. Donzelli, *Le disposizioni generali in materia di procedimento per le persone, i minorenni e le famiglie*, in «Il giusto processo civile», 2023, p. 375.

di «ordinare l'integrazione della documentazione depositata dalle parti e disporre ordini di esibizione e indagini sui redditi, sui patrimoni e sull'effettivo tenore di vita, anche nei confronti di terzi, valendosi se del caso della polizia tributaria» (comma 2). Poteri, questi, che potevano dirsi già riconosciuti *ante* riforma (14).

Nella stessa direzione si pongono i poteri di indagine del pubblico ministero *ex* art. 473-*bis*.3 cod. proc. civ., il quale, al fine di promuovere l'azione e adottare le relative determinazioni, può «assumere informazioni, acquisire atti e svolgere accertamenti, anche avvalendosi della polizia giudiziaria e dei servizi sociali, sanitari e assistenziali». Del pari, vanno richiamate le norme relative alla consulenza tecnica d'ufficio e alla richiesta di intervento dei servizi sociali e sanitari *ex* artt. 473-*bis*.25 e 473-*bis*.27 cod. proc. civ., stante l'importante valore probatorio che le relazioni potrebbero acquisire, specie quando aventi ad oggetto caratteristiche e profili di personalità delle parti (15). Si aggiungono, infine, gli artt. 473-*bis*.19 e 473-*bis*.35 cod. proc. civ., che a fronte di domande aventi ad oggetto diritti indisponibili escludono l'operatività, rispettivamente, delle barriere preclusive di cui agli artt. 473-*bis*.14, 473-*bis*.16 e 473-*bis*.17 cod. proc. civ., in primo grado, e del divieto di *nova ex* art. 345 cod. proc. civ., in appello.

Posta la cornice normativa entro la quale ci si muove, occorre verificare se possa dirsi esistente nel processo familiare e minorile un obbligo di verità e completezza in capo alle parti, nel senso da noi chiarito nelle premesse.

3. *Dubbi sul fondamento degli obblighi di verità e completezza nella natura indisponibile dei diritti oggetto del processo.* — Si è detto delle norme che dal lato istruttorio, a vario titolo, risultano espressive di un certo interesse dell'ordinamento acciocché la

(14) Nello specifico dall'art. 337-*ter*, comma 6, cod. civ. e dall'art. 5, comma 9, legge div., che presupponevano le allegazioni imposte alle parti, rispettivamente, dall'art. 706, comma 3, cod. proc. civ. e dall'art. 4, comma 6, legge div.: per i riferimenti, cfr. *supra*, nota 11.

(15) Su questi problemi, per tutti, R. Donzelli, *La consulenza tecnica d'ufficio in materia familiare e minorile*, in «Il diritto di famiglia e delle persone», 2023, p. 1723 ss.

decisione nel processo familiare e minorile si fondi su una base fattuale veritiera e completa.

Come noto, la flessione rispetto alle regole ordinarie del processo a cui si assiste in questo frangente è stata ricollegata alle ragioni della tutela differenziata (artt. 3, comma 2, 24, 111, comma 1 e 2 Cost.) [16] e dunque, stante il rapporto di strumentalità che lega il processo al diritto sostanziale, alla natura sovraindividuale degli interessi e al carattere indisponibile dei diritti coinvolti [17]. Come altresì noto, peraltro, il legislatore del 1940 non ha accolto le proposte di introdurre un processo *ad hoc* sui diritti indisponibili [18], limitandosi a prevedere correttivi che sul piano processuale prendono atto di questa natura. Ebbene, il processo familiare e minorile è certamente uno di questi casi.

Ciò premesso, e tornando al tema che ci occupa, è stata espressa l'idea che, in questa materia, gli obblighi di verità e completezza delle parti trovino fondamento nella natura indisponibile dei diritti allorché, chiaramente, costituiscano l'oggetto del procedimento.

In particolare, si è sostenuto che mentre nel «processo dispositivo», ossia quello che riguarda «situazioni disponibili», manca un obbligo di verità, al contrario, nel processo su «situazioni in-

[16] Sulla natura c.d. differenziata della tutela giurisdizionale in questo settore, per tutti, v. C. CECCHELLA, *Le nuove norme sul processo e il tribunale in materia di persone, minorenni e famiglie*, cit., p. 1090 ss.

[17] Così, R. DONZELLI, *Manuale del processo familiare e minorile*, cit., p. 23. Con specifico riguardo alla tutela del minore, che il processo dovesse dotarsi di forme e strumenti adeguati e modulati alla particolare natura del loro oggetto è un'idea risalente: F. TOMMASEO, *Processo civile e tutela globale del minore*, in «Famiglia e diritto», 1999, p. 583 ss., per il quale, parlare di tutela del minore nell'ottica del processo civile «significa invocare un'esigenza di rafforzamento della tutela giurisdizionale (...) che, per essere effettiva, deve conoscere strumenti di attuazione coerenti con l'assetto sostanziale dei suoi interessi: in altre parole (...) è necessaria una giustizia minorile forte che sappia contemperare la specialità della materia con l'esigenza di un giusto processo».

[18] Si vedano, in particolare, le proposte di P. CALAMANDREI, *Il processo inquisitorio e il diritto civile*, in ID., *Opere giuridiche*, vol. I, cit., p. 415 ss.; sul punto, v. anche E. T. LIEBMAN, *Fondamento del principio dispositivo*, in ID., *Problemi del processo civile*, Milano, 1962, spec. p. 7.

disponibili (o parzialmente disponibili)», le parti hanno un dovere di dire la verità [19], ossia non possono «tacere o alterare nei loro atti difensivi la realtà storica» [20]. Così, se ben si comprende la posizione, gli obblighi di verità e completezza [21] si pongono come diretta conseguenza della natura indisponibile del diritto coinvolto [22].

In merito a tale ricostruzione, pure autorevolmente espressa, sembra possibile riferire alcuni dubbi. A tal fine appare utile muovere dal dato, comunemente acquisito in dottrina, relativo alla necessità di tenere separato nel processo quanto dipende direttamente dal carattere privato-disponibile dell'oggetto litigioso da ciò che, invece, è frutto di libere scelte di tecnica processuale [23].

[19] In questo senso, C. Cecchella, *Le nuove norme sul processo e il tribunale in materia di persone, minorenni e famiglie*, cit., p. 1102, secondo cui: «Manca un obbligo di verità della parte nel processo dispositivo su situazioni disponibili, laddove il contraddittorio (...) si esprime necessariamente nella dialettica tra verità e menzogna. Al contrario, nel processo su situazioni indisponibili (o parzialmente disponibili), dove la verità è assicurata dalla estrema accentuazione delle attività officiose del giudice e la dialettica delle parti resta sullo sfondo, la parte ha un dovere (il suo avvocato sul piano deontologico) di dire la verità; questo spiega la diversa modulazione che deve essere data all'obbligo di lealtà e probità della parte ai sensi dell'art. 88 cod. proc. civ.».

[20] C. Cecchella, *Il processo in materia di persone, minorenni e famiglie*, Pisa, 2024, p. 56.

[21] Si ritiene che la conclusione dell'autore includa anche l'obbligo di completezza, pur non espressamente menzionato, stante il riferimento al divieto della parte di «tacere» la realtà storica.

[22] La posizione sembra parzialmente emendata in C. Cecchella, *Il processo in materia di persone, minorenni e famiglie*, cit., p. 56, dove il dovere di verità viene ricollegato dall'autore anche all'art. 473-*bis*.18 cod. proc. civ., quale «traduzione del dovere di leale collaborazione».

[23] Il riferimento va, innanzitutto, allo studio di T. Carnacini, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, in *Studi in onore di E. Redenti*, vol. II, Milano, 1951, p. 695 ss. che, in estrema sintesi, critica l'idea – pure espressa nel § 13 della Relazione al codice di rito – secondo cui il principio dispositivo (in senso processuale) costituisce la proiezione dell'autonomia privata e del diritto soggettivo nel campo processuale. All'autore si deve l'aver riportato il principio della domanda al potere esclusivo del titolare del diritto di disporre della tutela giurisdizionale, considerando invece il principio dispositivo come un principio esclusivamente tecnico del processo, ossia una di quelle regole che le parti

A tale risultato, come noto, si è giunti nell'ambito degli studi che hanno rifiutato l'idea che il principio dispositivo (in senso processuale) costituisse il riflesso della disponibilità delle parti in ordine alle loro situazioni giuridiche sostanziali.

Sulla scorta di tali riflessioni, dunque, è stato riportato al primo dei piani descritti ciò che riguarda il potere del titolare dell'interesse materiale di promuovere il processo e disporre della tutela giurisdizionale e, quindi, tanto il principio della domanda (*ne procedat judex ex officio*), quanto i suoi ineliminabili corollari (*ne eat judex ultra vel extra petita partium*). Si collocano invece nel

devono osservare una volta avviato, con la domanda, questo il meccanismo. V. anche M. CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, vol. I, cit., p. 306 ss., p. 357 e *passim*, secondo cui occorre distinguere «gli atti che si riferiscono al momento della richiesta della tutela dell'interesse materiale dedotto in giudizio» da quelli «riferentisi, invece, alla tecnica e struttura interna del procedimento». L'autore si riferirà poi a questi due distinti piani, rispettivamente, come «principio dispositivo in senso materiale o in senso proprio» e «principio dispositivo in senso processuale o improprio"». La distinzione fra i due piani può dirsi, ad oggi, un dato acquisito dalla scienza processuale: E. GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, vol. I, *La pronuncia di merito*, Milano, 1967, p. 67 ss.; G. VERDE, *Norme inderogabili, tecniche processuali e controversie del lavoro*, in «Rivista di diritto processuale», 1977, p. 220 ss.; ID., *Dispositivo (principio)*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XI, Roma, 1989, p. 11; L.P. COMOGLIO, *Allegazione*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile*, vol. I, Torino, 1987, § 4; M. TARUFFO, *Disponibilità delle prove*, in A. CARRATTA, M. TARUFFO, *Dei poteri del giudice: art. 112-120*, vol. del *Commentario del codice di procedura civile*, a cura di S. Chiarloni, Bologna, 2011, p. 447 ss., spec. p. 455. La sola opinione contraria recente, a quanto consta, è di A. NASI, *Disposizione del diritto e azione dispositiva*, Milano, 1965, *passim*. Si noti, in ogni caso, che già prima dello studio di Carnacini, una parte della dottrina classica aveva evitato la confusione fra i due piani sopra citati, avendo guardato al principio dispositivo (inteso quale monopolio delle parti in tema di iniziative istruttorie) come una regola di mera opportunità, contrapponendolo a quello della domanda legato invece alla natura disponibile del rapporto giuridico: G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, 3ª ed., Napoli, 1923, nella rist. con prefazione di V. Andrioli, Napoli, 1965, p. 727; ID., *Sulla regola «*ne eat judex ultra petita partium», in ID., *Saggi di diritto processuale civile*, Roma, 1930, vol. I, p. 157 ss.; F. CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, vol. I, Padova, 1936, p. 434 ss.; P. CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. I, Padova, 1943, p. 215 ss.

secondo piano le regole tecniche di funzionamento del processo, determinabili in modi e forme diverse a seconda del grado di dispositività al quale questo strumento intende informarsi (24).

Così, mentre il piano della tutela esprime regole «universali e inderogabili nell'ambito della giurisdizione civile contenziosa» (25), poiché direttamente connesse alla natura giuridica della posizione sostanziale (26), il secondo esprime regole suscettibili di deroghe più o meno estese, che il legislatore può fissare in maniera essenzialmente libera, senza che il processo si ponga in contraddizione con la natura dell'interesse protetto (27).

Ferme queste premesse, torniamo ora al problema degli obblighi di verità e completezza che nelle definizioni stipulative qui

(24) Solo l'osservazione degli indici che operano nel secondo dei riferiti piani consente di collocare esattamente un'esperienza processuale, storicamente determinata, entro lo spettro che va dal processo inquisitorio a quello dispositivo: tra questi indici si annoverano, ad esempio, le regole che determinano la distribuzione degli oneri di allegazione dei fatti e la scelta e/o di ricerca dei mezzi di prova: v. T. Carnacini, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, cit., p. 745 ss., 757 ss. e *passim*; cfr., tuttavia, M. Cappelletti, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, vol. I, cit., p. 318 ss., per il quale il potere di allegazione dei fatti principali è da collocarsi nel piano degli istituti correlati alla natura sostanziale dell'oggetto del processo. In ogni caso, posta una generale concordia di opinioni sulla necessità di sceverare il momento della tutela da quello della tecnica processuale, le posizioni della dottrina si sono differenziate in merito alla collocazione dei singoli istituti nell'uno o nell'altro piano concettuale. Per i riferimenti in tal senso v., per tutti, G. Verde, *Norme inderogabili, tecniche processuali e controversie del lavoro*, cit., p. 220, spec. nota 2.

(25) Così B. Cavallone, *Il giudice e la prova nel processo civile*, Padova, 1991, p. 99.

(26) Tanto che, laddove un processo dettasse regole incompatibili con questi principi, si assisterebbe ad un'attenuazione, se non ad una vera e propria abolizione del diritto soggettivo: fra i molti, v. ad esempio, F. Tommaseo, *I processi a contenuto oggettivo*, in «Rivista di diritto processuale», 1988, p. 495 ss.

(27) Rende pienamente il concetto A. Cerino Canova, *La domanda giudiziale e il suo contenuto*, in *Commentario del codice di procedura civile* diretto da E. Allorio, vol. II, Torino, 1980, p. 129, quando ricorda che il metodo volto a sceverare fra attività riservate alla parte perché correlate alla disposizione del diritto sostanziale e quelle che riferite alla tecnica del procedimento suggerisce «il limite e le ragioni delle possibili scelte consentite al legislatore processuale nella disciplina della materia».

offerte – ossia «obbligo delle parti di non allegare fatti inveritieri» e di «riferire quanto in loro conoscenza in ordine ai fatti di causa, anche quelli sfavorevoli» ([28]) – hanno essenzialmente a che fare con il potere dei litiganti di delimitare la base fattuale del giudizio ([29]). Tenute a mente queste definizioni, proviamo ad esporre le ragioni per le quali, a nostro avviso, il postulato rapporto fra detti obblighi e i diritti indisponibili appare difficilmente dimostrabile. Procediamo per punti.

a) Per affermare la necessità logica degli obblighi di verità e completezza a fronte di un diritto indisponibile occorrerebbe, innanzitutto, dimostrare che il potere delle parti di allegazione dei fatti di causa costituisce un riflesso della disponibilità sostanziale sul rapporto e, correlativamente, escludere che tale potere si ascriva al piano della tecnica del processo. Se così non fosse, infatti, la nostra indagine potrebbe dirsi già conclusa in senso negativo.

Ebbene, il problema dell'allegazione dei fatti è stato indagato principalmente nel processo dispositivo dove, pure a fronte di alcune posizioni contrarie ([30]), la dottrina si è prevalentemente orientata nel senso che tale monopolio non è riconosciuto alle parti in conseguenza del carattere privato-disponibile della situazione sostanziale, ma si deve a scelte relative alla conformazione del rito ([31]). A questa conclusione si è giunti in base al rilevo per

([28]) V. *supra*, § 1.

([29]) Per un esame delle posizioni in dottrina sui rapporti tra potere delle parti sui fatti di causa e obbligo di verità, in ogni caso, cfr. M. GRADI, *L'obbligo di verità delle parti*, cit., p. 607 ss., testo e nota 127.

([30]) Per la dottrina, v. *infra*, nota 36.

([31]) Cfr. ancora T. CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, cit., p. 759, secondo cui: «perfino relativamente all'affermazione dei fatti di causa nonché alla produzione dei mezzi di prova (...) ciò che viene in gioco non è la conformazione della tutela che l'ordinamento accorda agli interessi materiali, del crisma in forza dei quali essi divengono rilevanti dal punto di vista giuridico, bensì è la conformazione dello strumento che la legge predispone per attuare giurisdizionalmente tale tutela». Che il monopolio delle parti sui fatti prescinda dalle caratteristiche del rapporto dedotto è confermato da: A. CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale e il suo contenuto*, cit., p. 128 ss.; L.P. COMOGLIO, *Allegazione*, cit., § 4; cfr. anche C. CONSOLO, *Domanda giudiziale*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile*, vol. VII, Torino, 1991, §

cui l'oggetto del giudizio e della domanda che lo veicola non sono i fatti, bensì il diritto affermato per mezzo di questa ([32]). Dun-

15; e in precedenza ID., *Il cumulo condizionale di domande*, Padova, 1985, vol. I, pp. 268 ss. e 468 ss., ove il dubbio sul principio della necessaria allegazione di parte in relazione ai fatti costitutivi non individuatori. In questo senso anche A. CARRATTA, *Il principio della non contestazione nel processo civile*, Milano, 1995, p. 245 ss., spec. 256 ss. e ID., «*Principio della non contestazione*» *e limiti di applicazione nei processi su diritti indisponibili*, in «Famiglia e diritto», 2010, p. 572 ss., spec. 574, il quale muove dalla constatazione per cui: «nell'ambito dei processi sui rapporti indisponibili (...) le parti conservano – con riferimento all'esercizio del potere di allegazione dei fatti di causa – lo stesso "coefficiente di dispositività" sui fatti di causa di cui dispongono nel processo su rapporti disponibili».

La conclusione, è bene chiarirlo, si fonda sull'osservazione delle norme che, nel contemplare la tutela di diritti indisponibili, non alterano la normale ripartizione dei poteri fra il giudice e le parti. La prospettiva, pertanto, si avverte che potrebbe mutare oggi alla luce delle recenti riforme, specie nel processo di famiglia, laddove si ritenesse quest'ultimo non più retto dalla dinamica di parte nelle allegazioni (per cenni sul punto, v. *infra*, testo e nota 40). Posizioni recenti sul collocamento del potere di allegazione nel piano della tecnica del processo sono espresse anche da: B. CAVALLONE, *Il giudice e la prova nel processo civile*, cit., p. 110 ss.; cfr., anche per ulteriori e più recenti riferimenti, D. BUONCRISTIANI, *L'allegazione dei fatti nel processo civile*, Torino, 2001, p. 11 ss., 133 testo e note, secondo cui: «la natura, la funzione e la disciplina dell'allegazione dei fatti non dipendono dalla natura disponibile della situazione giuridica controversa ovvero dall'assimilazione con la domanda o con l'eccezione, con conclusioni valide generalmente, insensibili al modo in cui è strutturato il giudizio. Al contrario, l'allegazione dei fatti è una variabile dipendente da determinate scelte di tecnica processuale»; A. CHIZZINI, *La domanda giudiziale e il suo contenuto*, Milano, 2018, p. 17 ss.

([32]) Così, A. CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale e il suo contenuto*, cit., p. 107 ss., 121 ss. nell'indagine sull'identificazione dell'oggetto del processo, la quale, come noto, è stata condotta muovendo dall'idea – mutuata dalle dottrine dello *Streitgegenstand* – per cui un'entità unitaria e comune informa gli istituti connessi alla domanda giudiziale. In tal senso, l'osservazione dei diversi istituti (tra cui: giurisdizione, litispendenza, giudicato, legittimazione ad agire, capacità di stare in giudizio, litisconsorzio necessario, comunicazione della causa al pubblico ministero) mostra che la quantità costante della domanda è data dal «diritto fatto valere in giudizio e (...) dalla tutela per esso richiesta all'organo giurisdizionale»; idea sistematicamente confermata dagli artt. 24 Cost., 2907 cod. civ. e 99 cod. proc. civ.; in senso conforme, v. C. CONSOLO, voce *Domanda giudiziale*, cit., § 15. Per il concetto di oggetto del processo in rapporto al dirit-

que, i fatti – che di per sé non sono disponibili o indisponibili sul piano sostanziale (33) – svolgono rispetto all'oggetto del giudizio una funzione solo strumentale (34). E così, anche il potere di allegazione, piuttosto che discendere dal potere di disporre il diritto, è ricondotto all'esigenza tecnica di garantire l'imparzialità del giudice (35). In conclusione, dunque, se il potere di allegazione va

to sostanziale fatto valere, per tutti, in dottrina: A. ATTARDI, *L'interesse ad agire*, Padova, 1958, p. 59; E. ALLORIO, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, in ID., *Problemi di diritto*, vol. I, Milano, 1957, p. 81 ss.; G. PUGLIESE, *Giudicato civile*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XVIII, Milano, 1969, p. 863; S. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano, 1987, p. 45 ss.; ID., *Regiudicata civile*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile*, vol. XIV, Torino, 1997, § 11; ID., *Il giudicato civile*, 2ª ed., Torino, 2002, p. 69 ss.

(33) A. CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale e il suo contenuto*, cit., p. 131.

(34) Come è stato osservato in dottrina, i modi di concepire l'oggetto del giudizio possono dipendere dall'angolo visuale dal quale ci si pone, ossia quello della fattispecie causale e quello dell'effetto giuridico domandato. In entrambi i casi, tuttavia, la realtà sottoposta ad osservazione non cambia, poiché quell'oggetto, lo si identifichi con l'enunciazione del solo *petitum* oppure mediante la specificazione della *causa petendi*, rimane sempre il diritto sostanziale affermato. Sicché «se è vero che la *causa petendi* si esprime sempre attraverso i fatti giuridici allegati, non è altrettanto vero (...) che l'allegazione di quei fatti sia sempre necessaria per identificare il diritto azionato in concreto». Muovendo da tale argomento, si conclude che «se (...) non può sempre dirsi che l'allegazione dei fatti rappresenti il momento causale insopprimibile della domanda (...) non è corretto assumere che quella sia una proiezione costante ed essenziale dei principi da cui questa è regolata»: così L.P. COMOGLIO, *Allegazione*, cit., § 4. Per analoghi rilievi, v. A. CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale e il suo contenuto*, cit., p. 128 ss.; C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, cit., vol. I, p. 468, secondo cui «una volta ammesso che i fatti costitutivi non individuano sempre la domanda (...) la regola della signoria attrice sulla loro allegazione cessa di essere coerentemente riconducibile al carattere privato-disponibile dell'oggetto di giudizio disegnato dalla domanda stessa, e così in sostanza al (...) potere esclusivo della parte di scegliere se e quale diritto dedurre in giudizio»; A. CHIZZINI, *La domanda giudiziale e il suo contenuto*, cit., p. 17 ss.

(35) In questo senso, per tutti: E.T. LIEBMAN, *Fondamento del principio dispositivo*, cit., p. 13; A. CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale e il suo contenuto*, cit., p. 131; C. CONSOLO, *Domanda giudiziale*, cit., § 15; ID., *Il cumulo condizionale di domande*, cit., vol. I, p. 469 s., sia pure con la precisazione che l'esigenza di imparzialità e serenità del giudice «non è degradabile a mero crite-

collocato sul piano della tecnica del processo si può escludere, *a fortiori*, che gli obblighi di verità e completezza siano un correlato imprescindibile della natura giuridica (disponibile o indisponibile) della posizione sostanziale.

b) Ad ogni modo, qualora anche con altra dottrina si giungesse alla conclusione opposta [36] – segnatamente, che il potere di allegazione si ascrive al principio dispositivo in senso sostanziale – si incontrerebbe innanzitutto il limite per cui, secondo parte di questa stessa dottrina, l'assunto è valido solo per i fatti c.d. principali [37] e per quelli impeditivi, modificativi ed estintivi non rilevabili *ex officio* [38].

rio di opportunità tecnico-processuale, pur se sul piano tecnico sono destinati ad operare gli strumenti per soddisfarla»; A. CARRATTA, *Il principio della non contestazione nel processo civile*, cit., p. 253, nota 196, e p. 260 s.; L. MONTESANO, *Le prove disponibili d'ufficio e l'imparzialità del giudice civile*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1978, p. 190 ss.; diversamente sul punto, S. MENCHINI, *Osservazioni critiche sul c.d. onere di allegazione dei fatti giuridici nel processo civile*, in *Scritti in onore di Elio Fazzalari*, vol. III, Milano, 1993, p. 38 ss.; D. BUONCRISTIANI, *L'allegazione dei fatti nel processo civile*, cit., 29 s.

[36] Fra gli autori, v. M. CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, vol. I, cit., pp. 318 ss., 331 e *passim*; E. GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, vol. I, cit., p. 69 ss.; G. TARZIA, *Il litisconsorzio facoltativo nel processo di primo grado*, Milano, 1972, pp. 349 ss. e 355 ss.; E. FAZZALARI, *Il procedimento ordinario di cognizione*, vol. I, Torino, 1989, p. 197; B. CIACCIA CAVALLARI, *La contestazione nel processo civile*, vol. I, *La contestazione fra norma e sistema*, Milano, 1992, pp. 6 ss., 11, spec. nota 24, e p. 22 ss.; G. VERDE, *Norme inderogabili, tecniche processuali e controversie del lavoro*, cit., p. 220 ss., per cui il potere di disporre della situazione giuridica dedotta in giudizio «necessariamente si estende anche alla delimitazione del tema di fatto che costituirà oggetto della decisione»; per un'adesione solo parziale a questa visione, v. S. MENCHINI, *Osservazioni critiche sul c.d. onere di allegazione dei fatti giuridici nel processo civile*, cit., p. 23 ss., sulla cui posizione a riguardo, per cenni, v. *infra*, nota 38.

[37] Sulla distinzione fra «fatti principali» e «fatti secondari», anche per i riferimenti bibliografici, v. M. CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, vol. I, pp. 83 e 340 ss., testo e nota 2; M. TARUFFO, *Note in tema di giudizio di fatto*, in «Rivista di diritto civile», 1971, p. 40; S. MENCHINI, *Osservazioni critiche sul c.d. onere di allegazione dei fatti giuridici nel processo civile*, cit., p. 26 ss., spec. p. 27 spec., nota 7 e *passim*.

[38] M. CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, vol. I, cit., p. 339 ss., 341 ss.; E. GRASSO, *Dei poteri del giudice*, in *Commentario*

In altri termini, anche laddove riuscisse dimostrata l'appartenenza del potere di allegazione al piano sostanziale della tutela e si riuscisse poi nell'ulteriore intento – ancora tutto da dimostrare, come vedremo meglio nel *sub c*) – di riconnettere a detto piano anche gli obblighi di verità e completezza, la loro operatività non si estenderebbe ai fatti secondari e a quelli costituenti eccezioni in senso lato, e quindi, in mancanza di una espressa previsione normativa, non avrebbero la portata generale che la tesi afferma.

c) Occorre, infine, fare un passo indietro e verificare se, pur ammettendo che il potere di allegazione può dipendere dalla disponibilità del rapporto, possa dirsi, per converso, che l'indisponibilità ha come sua conseguenza gli obblighi di verità e completezza.

La soluzione, anche in questo caso, ci sembra negativa poiché occorrerebbe ancora dimostrare: I) in primo luogo, la relazione speculare al binomio «diritto disponibile-potere esclusivo di al-

del codice di procedura civile diretto da E. Allorio, vol. I, cit., p. 1304; G. TARZIA, *Il litisconsorzio facoltativo nel processo di primo grado*, cit., p. 346 ss., 358 ss.; G. VERDE, *Norme inderogabili, tecniche processuali e controversie del lavoro*, cit., p. 227; B. CIACCIA CAVALLARI, *La contestazione nel processo civile*, vol. I, cit., pp. 97 ss. e 108 s.

Sul punto, tuttavia, cfr. S. MENCHINI, *Osservazioni critiche sul c.d. onere di allegazione dei fatti giuridici nel processo civile*, cit., pp. 30, 32 ss. e 36, spec. nota 29, per il quale – premessa una generale adesione all'idea che i fatti secondari e quelli oggetto di eccezioni rilevabili d'ufficio esulano dal perimetro del principio dispositivo in senso sostanziale – il collegamento fra «l'onere di allegazione» dei fatti principali e il principio della domanda può essere correttamente affermato solo per i fatti costitutivi c.d. «identificatori», rimanendo escluso, invece, quante volte il fatto costitutivo non ha la funzione di individuare il rapporto giuridico materiale (*id est* nell'area dei rapporti sostanziali c.d. «autodeterminati» e delle correlate domande giudiziali). Riepilogando il pensiero dell'autore, dunque, nell'area dei «fatti costitutivi non identificatori», dei «fatti titolo di eccezioni rilevabili d'ufficio» e di quelli «secondari», l'onere di allegazione non può giustificarsi in base alla *Dispositionsmaxime*, ascrivendosi invece a scelte di tecnica del processo. In argomento, v. anche E. MERLIN, *Compensazione e processo*, vol. I, Milano, 1991, p. 336 ss., spec. nota 245; A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela c.d. costitutiva (e sulle tecniche di produzione degli effetti sostanziali)*, in «Rivista di diritto processuale», 1991, p. 71 s., oltre agli studi citati *supra*, in nota 34.

legazione», ossia, in altre parole, che il diritto indisponibile impone una limitazione del potere di allegazione delle parti; II) in secondo luogo, e soprattutto, che la suddetta limitazione si risolve necessariamente negli obblighi di verità e completezza per le parti titolari del rapporto sostanziale.

Quanto al primo punto, almeno in una certa misura, possiamo constatare che anche chi ha affermato il collegamento fra disponibilità del diritto e monopolio del potere di allegazione ha poi escluso che nel processo sui diritti indisponibili quello stesso monopolio venga meno, giacché questo dipende ancora dall'esigenza di garantire la terzietà del giudice (39). Rispetto a questo specifico punto, lo consentiamo, potrebbe rendersi necessaria un'indagine condotta alla luce dell'attuale dato normativo, volta a comprendere, intanto, se le disposizioni attributive di poteri officiosi (fra cui, ad esempio, l'art. 473-*bis*.2 cod. proc. civ.) giungono ad alterare la dinamica di parte nelle allegazioni (40).

E tuttavia, senza poter qui approfondire la questione e quindi, anche volendo per semplicità considerare risolta la «pregiudiziale» del primo punto, ciò che definitivamente chiude l'indagine che ci occupa è la soluzione in senso negativo del secondo punto.

A nostro modo di vedere, dal punto di vista logico, affermare che nei diritti indisponibili le parti titolari del rapporto sostanziale non hanno il monopolio sui fatti non significa affatto – come conseguenza necessaria – che queste sono tenute ad un obbligo di verità e completezza nelle allegazioni ma semplicemente, e su un

(39) In questo senso: G. Verde, *Norme inderogabili, tecniche processuali e controversie del lavoro*, cit., p. 230, per il quale, premesso che «coessenziale alla funzione giurisdizionale è la posizione neutrale del giudice nei confronti della controversia o dell'affare giudiziario», nel processo che ha ad oggetto situazioni indisponibili «non c'è nessun principio di carattere assoluto da rispettare per ciò che riguarda il potere delle parti di allegare i fatti principali e secondari, ma (...) esiste un mero problema di opportunità collegato al timore che il giudice, sostituendosi alle parti, si comporti in modo non imparziale».

(40) Per alcune considerazioni sul punto, v. G. Savi, *I poteri del giudice*, in *Procedimenti relativi alle persone, ai minorenni e alle famiglie*, a cura di R. Donzelli e G. Savi, p. 23 ss. Come si dirà, tuttavia, i poteri officiosi riconosciuti al giudice *in subiecta materia* non paiono idonei, da soli, a fondare l'obbligo di verità e completezza (cfr. *infra*, § 5).

piano del tutto diverso, che non sono le sole ad avere il potere di delineare il *thema decidendum*, sciogliendo il vincolo per il giudice di decidere *secundum alligata partium*.

Rispetto a questo profilo, in effetti, si può constatare che l'attenzione della dottrina è stata rivolta alla comprensione del fondamento del potere esclusivo di allegazione nel processo dispositivo, ricollegandolo alternativamente al carattere privato della situazione sostanziale o alle esigenze di terzietà del giudice. Tuttavia, a quanto consta, nessuna ricostruzione ha concluso, ragionevolmente, che a fronte del carattere indisponibile la limitazione del potere di allegazione si traduce negli obblighi di verità e completezza (41).

Né, per altro verso, si potrebbero ritenere i suddetti obblighi una scelta necessaria, argomentando che se nel giudizio su diritti indisponibili fosse lasciato alle parti il monopolio sui fatti queste potrebbero – con allegazioni false o incomplete – indirettamente

(41) Se rivolgiamo l'attenzione allo studio di M. CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, vol. I, cit., p. 383 ss., 388 ss., ci accorgiamo che gli obblighi di verità e completezza, da questi ritenuti esistenti in base al diritto positivo, sono nella ricostruzione dell'autore compatibili con il principio dispositivo in senso sostanziale solo entro precisi confini, fra cui, quello dell'allegazione dei fatti secondari e dei fatti impeditivi o estintivi operanti «*ipso iure*» e non costituenti un controdiritto disponibile del convenuto (v. *supra*, nota 5). Così, sempre secondo l'autore, la scelta di imporre gli obblighi di verità e completezza oltre gli indicati confini determinerebbe il sacrificio del «carattere (...) privato dei diritti soggettivi», ossia «trasformerebbe quei diritti soggettivi in "stati"». Tali conclusioni – coerenti con l'impianto per cui il potere di allegazione dei fatti principali si lega al piano sostanziale della tutela – consentono all'autore di individuare i limiti entro i quali i suddetti obblighi non proiettano conseguenze sulla natura privata-disponibile dell'oggetto del processo, ma, a nostro avviso, non giungono ad autorizzare l'operazione logica inversa, ossia la conclusione per cui, quando il diritto conteso ha natura indisponibile, gli obblighi di verità e completezza divengono una conseguenza necessaria ed automatica. In altri termini, la ricostruzione di Cappelletti si presenta solo come una valutazione di compatibilità fra una scelta di ordine tecnico processuale (gli obblighi di verità e completezza) e la natura privata dell'oggetto del processo. Pertanto, la ricostruzione in parola potrebbe consentire, semmai, solo di affermare la non incompatibilità di detti (eventuali) obblighi con un oggetto processuale indisponibile, non già di ricostruire su quest'ultimo il loro fondamento.

e nel processo accrescere quel potere di disposizione che, invece, sul piano sostanziale, l'ordinamento non gli riconosce. A nostro modo di vedere, questa preoccupazione non ha ragione di sussistere poiché, a fronte di diritti indisponibili, le sole allegazioni delle parti non hanno il potere di vincolare la decisione del giudice.

Ciò appare evidente, innanzitutto, dal lato del titolare della situazione indisponibile, poiché l'allegazione sfavorevole (eventualmente anche non vera) resa da quest'ultimo, laddove integri una dichiarazione confessoria, non potrà formare prova piena proprio in quanto verte «su fatti relativi a diritti non disponibili» (art. 2733, comma 2, cod. civ.), lasciando al giudice il potere di apprezzarla liberamente.

Né l'automatica disposizione potrebbe concretarsi per mezzo di allegazioni inveritiere provenienti dalla controparte poiché queste, da un lato, dovrebbero comunque essere oggetto di prova, e dall'altro, non sarebbe nemmeno sufficiente l'inerzia del titolare della situazione indisponibile, attesa l'inoperatività del principio di non contestazione (art. 115, comma 1, cod. proc. civ.) nel processo sui diritti indisponibili ([42]).

Così, se le allegazioni di segno negativo relative a tali diritti (non importa da chi provenienti e non importa se inveritiere) non possono vincolare da sole la decisione del giudice, non sembra che si debba imprescindibilmente demandare all'obbligo di verità la salvaguardia, nel processo, dell'indisponibilità delle situazioni sostanziali che ne sono oggetto.

E lo stesso potrà dirsi sul fronte della completezza, atteso che le eventuali lacune potranno essere colmate anche attraverso stru-

[42] Cass. civ., sez. I, 4 agosto 2022, n. 24244; Cass. civ., sez. I, 24 febbraio 2020, n. 4791, in «Famiglia e diritto», 2020, p. 346 ss., con nota di F. Tommaseo, *Sulla tutela dell'interesse del figlio nei giudizi di stato: osservazioni in margine a un riconoscimento non veridico*; Cass. civ., sez. I, 30 giugno 2016, n. 13436, in «Il foro italiano», 2016, I, c. 3922 ss., con nota di G. Casaburi, *In tema di principio di non contestazione relativo all'azione di disconoscimento di paternità*; Trib. Varese, 27 novembre 2009, in «Famiglia e diritto», 2010, p. 571 ss., con nota di A. Carratta, *Principio della non contestazione e limiti di applicazione nei processi su diritti indisponibili*.

menti diversi dal relativo obbligo, ad esempio mediante l'impiego da parte del pubblico ministero dei poteri assertivi e di indagine a lui riconosciuti. Quantomeno nelle ipotesi in cui gli spetta il potere di azione, il pubblico ministero è dotato, accanto ai poteri che gli sono propri, anche degli stessi poteri processuali riconosciuti alle altre parti, fra cui quello di allegazione (art. 473-*bis*.3, da leggersi in combinato disposto con l'art. 473-*bis*.13, comma 1, lett. d, cod. proc. civ.) (43).

4. *Considerazioni di sintesi sul rapporto fra indisponibilità e obblighi di verità e completezza*. — Gli sviluppi appena compiuti ci consentono di elaborare delle considerazioni di sintesi in merito alle difficoltà di individuare nella natura indisponibile delle situazioni oggetto del processo il fondamento degli obblighi di verità e completezza.

Pur riconoscendo l'inopportunità di indebite semplificazioni – anche in considerazione delle note difficoltà nel definire con precisione i tratti distintivi, così come i confini della categoria e le implicazioni derivanti dall'indisponibilità giuridica (44) – a nostro avviso, quando l'interesse individuale protetto si colora di una rilevanza pubblicistica, ciò che l'ordinamento è tenuto ad offrire è la tutela di questo interesse a prescindere o indipendentemente dalla volontà del suo titolare (45) e nel fare ciò, nel processo fami-

(43) Si osserva in dottrina la tendenziale corrispondenza, nell'ambito del procedimento unitario, dei casi di legittimazione del pubblico ministero con quelli in cui situazione giuridica presenta il carattere dell'indisponibilità: R. Donzelli, *Manuale del processo familiare e minorile*, cit., pp. 24 e 26 s.; G. Savi, *Ricorso del pubblico ministero*, in *Procedimenti relativi alle persone, ai minorenni e alle famiglie*, a cura di R. Donzelli e G. Savi, cit., p. 121.

(44) Come noto, notevoli ricerche processual-civilistiche sul concetto di indisponibilità sono state condotte nella prospettiva dell'arbitrabilità delle controversie *ex* art. 806 cod. proc. civ. Su questi aspetti, per tutti, v. A. Motto, *La compromettibilità in arbitrato secondo l'ordinamento italiano*, Milano, 2018, p. 250 ss. e *passim*.

(45) In particolare, G. Verde, *Norme inderogabili, tecniche processuali e controversie del lavoro*, cit., p. 228, secondo cui, quando il processo riguarda l'attuazione delle norme inderogabili o d'ordine pubblico «la stessa struttura della situazione sostanziale dedotta in giudizio esclude che esista un mono-

liare e specialmente a tutela del minore, il sistema concede l'azione anche a figure diverse dal titolare medesimo (46).

Come si è provato a dimostrare, nella prospettiva della nostra indagine, il fatto che questo meccanismo possa limitare il potere di allegazione delle parti titolari del rapporto sostanziale, attribuendolo ad altri soggetti, ci interessa limitatamente. Ciò che qui interessa, invece, è ribadire che in presenza di diritti indisponibili la suddetta limitazione non determina, quale conseguenza logico-necessaria, il fondamento degli obblighi di verità e completezza. Anche in loro mancanza, infatti, non pare che il processo divenga incompatibile con la natura, per l'appunto indisponibile, della situazione sostanziale.

In questo modo, una volta che la situazione sostanziale entra nel processo, sono varie le modalità con cui il legislatore può de-

polio del cittadino quanto al potere di esercizio dell'azione». In questi casi, l'attuazione della norma deve prescindere dalla volontà del soggetto, giacché quest'ultimo potrebbe anche non avere, in concreto, interesse all'azione. Così, all'esigenza di disancorare l'iniziativa processuale dal potere monopolistico del diretto interessato al provvedimento giudiziale, si provvede allargando la sfera dei legittimati in diverse maniere, tra cui, quella di individuare un organo investito della funzione di esercitare l'azione. Ed in effetti, per converso, quando la parte ha il potere di disporre delle situazioni sostanziali «il potere di mettere in moto il processo e di determinarne il contenuto è riservato alla parte»: così A. Cerino Canova, *La domanda giudiziale e il suo contenuto*, cit., p. 128; nello stesso senso: T. Carnacini, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, cit., p. 766; M. Cappelletti, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, vol. I, cit., p. 319, E. Grasso, *La pronuncia d'ufficio*, vol. I, cit., p. 66 ss.; E.T. Liebman, *Fondamento del principio dispositivo*, cit., p. 10. Per completezza espositiva, e sotto diverso profilo, sull'indipendenza del concetto di indisponibilità rispetto alla natura derogabile o inderogabile delle norme, cfr. A. Motto, *La compromettibilità in arbitrato secondo l'ordinamento italiano*, cit., p. 291 e nota 113, ove ulteriori riferimenti.

(46) In particolare, E.T. Liebman, *Fondamento del principio dispositivo*, cit., p. 10, ricorda che in presenza di un interesse pubblico il legislatore ha ritenuto – in luogo di un processo sui rapporti indisponibili – di ricorrere all'espediente di introdurre una parte pubblica di fianco a quelle private. In argomento, v. anche E. Allorio, *Il pubblico ministero nel nuovo processo civile*, in Id., *Problemi di diritto*, vol. I, cit., p. 291; T. Carnacini, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, cit., p. 749; M. Vellani, *Il pubblico ministero*, vol. II, Bologna, 1970.

cidere di impostarne le regole di funzionamento. E ciò, per quel che ci riguarda, anche a seconda del grado di attenzione che un ordinamento intende riporre sull'aspetto dell'accertamento dei fatti. A tal fine, lo strumento può certamente essere l'imposizione alle parti dell'obbligo di verità e completezza, ma si tratta solo di uno dei tanti mezzi che potrebbero essere messi in campo, accanto ad esempio all'accentuazione dei poteri istruttori officiosi o del pubblico ministero.

Se non ci inganniamo, dunque, sembra possibile escludere che gli obblighi di verità e completezza nel processo familiare e minorile costituiscano un imprescindibile precipitato della natura indisponibile dei diritti coinvolti, con la conseguenza che la loro eventuale sussistenza deve risiedere in una scelta d'ordine tecnico processuale compiuta dall'ordinamento.

Quanto appena osservato, a nostro avviso, non si pone affatto in contrasto con la premessa del precedente paragrafo, relativa alle esigenze della tutela differenziata. Quando ci si muove sul piano delle regole di tecnica processuale, è certamente possibile imbattersi in norme ispirate dalla particolare natura dei rapporti giuridici che ne formano l'oggetto (47). Questo, tuttavia, non deve portarci a confondere il piano della *ratio* di un istituto processuale, con quello del suo fondamento nel diritto positivo. Tale flessione delle regole, invero, si rinviene nella precisa volontà del legislatore (48) di tenere conto della suddetta natura, senza potersi dire il contrario, ossia che è quest'ultima ad imporre soluzioni processuali necessitate o uniformi (49).

(47) È in certo senso la critica mossa da E.T. LIEBMAN, *Fondamento del principio dispositivo*, cit., p. 6, testo e nota 11, alla distinzione proposta da Carnacini fra i due piani della tutela (su cui, *supra*, nota 23), quando osserva: «le regole tecniche del processo sono soggette a variare, secondo la natura e la qualità dei rapporti giuridici che di volta in volta formano il suo oggetto». A nostro modo di vedere, tuttavia, come osserviamo anche nel testo, la critica mossa dall'autore non coglie nel segno, atteso che bisogna distinguere il piano della *ratio* di un istituto processuale, da quello del suo fondamento normativo.

(48) Di nuovo, libera nel perimetro delle scelte di tecnica interna al processo.

(49) In questo senso, sia pure in un diverso ambito, sembra concludere G. VERDE, *Norme inderogabili, tecniche processuali e controversie del lavoro*, cit., p.

Sulla base della nostra analisi, dunque, attese le difficoltà di riconnettere gli obblighi di verità e completezza all'indisponibilità dei diritti, sembra che il loro fondamento vada ricercato sul piano normativo.

5. *Disposizioni neutre rispetto al loro fondamento.* — Chiarito questo primo aspetto, si può rapidamente affrontare quello ulteriore, relativo al ruolo spettante alle disposizioni che esprimono una tendenza del procedimento unitario all'accertamento della verità materiale nel fondare l'esistenza dei riferiti obblighi in capo alle parti.

Il quesito sembra potersi sciogliere facilmente con riguardo alle disposizioni che non impongono obblighi direttamente in capo ad esse. Ciò vale innanzitutto per l'art. 473-*bis*.2 cod. proc. civ., rispetto al quale occorre intendersi.

Agli esclusivi fini dell'accertamento della verità sui fatti, l'accentuazione dei poteri officiosi riconosciuti da tale norma potrebbe ben rappresentare, dal lato del giudicante, un completamento dell'obbligo per le parti di allegare fatti veri, anche quelli sfavorevoli, relativi al giudizio.

D'altro canto, tuttavia, bisogna pure osservare che tali poteri: da un lato, essendo propri del giudice, non sembrano da soli idonei a fondare gli obblighi di verità e completezza in capo alle parti; dall'altro, secondo la diversa e già osservata prospettiva, il loro riconoscimento in capo al giudicante potrebbe pure confermare che l'ordinamento non deve necessariamente tutelare mediante obblighi di verità e completezza le situazioni giuridiche coinvolte, quand'anche indisponibili [50]. Come è stato osservato in dottrina, infatti, un ordinamento può aspirare al raggiungimento della verità nel processo anche utilizzando strumenti diversi – e quindi,

235 s., dove si osserva che anche laddove l'interesse pubblico «che è alla base della natura inderogabile della norma» acquista maggiore rilievo, la conseguente «inderogabilità della situazione sostanziale non implica soluzioni processuali uniformi (avendo) il legislatore un'ampia libertà nel definire i tipi di tutela appropriati».

[50] Cfr. *supra*, §§ 3-4.

autonomi – dall'obbligo di verità delle parti, quali, per l'appunto, i suddetti poteri officiosi (51).

Lo stesso sembra potersi dire rispetto ai riferiti poteri di indagine del pubblico ministero, del consulente tecnico e dei servizi sociali. Parimenti, le norme che escludono le barriere preclusive, autorizzando le parti ad effettuare nuove allegazioni o produzioni documentali, considerate di per sé sole, né obbligano i litiganti a tali attività, né tantomeno impongono che queste siano compiute con adeguamento ad obblighi di verità e completezza.

6. *Fondamento positivo degli obblighi di verità e completezza delle parti.* — Rimane quindi da verificare se l'obbligo di verità e completezza delle parti nel processo familiare e minorile possa trovare fondamento altrove. Per ciò che riguarda i fatti attinenti alle questioni economiche, non sembra potersi dubitare che l'art. 473-*bis*.18 cod. proc. civ. offra una soluzione affermativa al quesito (52).

(51) A tal riguardo, è pienamente condivisibile l'opinione di F. Danovi, *Lealtà e trasparenza nei processi di famiglia*, cit., p. 600, secondo cui è astrattamente possibile per un ordinamento «aspirare alla "verità ad ogni costo", ma perseguirla attraverso metodi diversi dall'obbligo di verità delle parti coinvolte nel procedimento (per esempio, penetranti poteri di indagine del giudice, tra cui ordini di esibizione e ispezioni)».

(52) La conclusione sul punto è pacifica in dottrina: per F. Danovi, *Il nuovo rito unitario per i processi relativi alle persone, ai minorenni e alle famiglie*, in «Giurisprudenza italiana», 2023, p. 712 ss., spec. 714, la norma riconosce un «principio di autoresponsabilità delle parti», possiede «carattere generale» ed è «volta a informare tutti i momenti del processo»; Id., C*riteri ispiratori, principi e caratteri del nuovo procedimento familiare*, in «Famiglia e diritto», 2023, p. 914 s.; R. Lombardi, *L'obbligo di* disclosure *nei procedimenti di separazione e divorzio riformati*, cit., *passim*; B. Ficcarelli, *I poteri del giudice*, cit., pp. 114 e 116, la quale, oltre a confermare l'esistenza dell'obbligo di verità già prima della riforma, osserva che la norma in commento, inserita com'è nel sistema del nuovo rito unitario, conferma che alle parti si impone «di giocare (…) "a carte scoperte", tanto che, qualora ciò non accada, offrono al giudice il potere di *approfondire* la propria conoscenza a fini di accertamento in merito ai redditi ed alle sostanze delle parti, al fine di adottare la decisione più opportuna relativa al mantenimento dei figli»; M. Gradi, *Il dovere di leale collaborazione delle parti: verso una nuova filosofia processuale*, in «Le corti fiorentine», 2023, n. 1, p. 61

Nel prevedere le conseguenze della sua inosservanza, infatti, la norma si riferisce non solo alle «produzioni documentali», ma anche alle «informazioni» «inesatte o incomplete», con ciò imponendo senz'altro ai litiganti un obbligo di riferire tali fatti in modo veritiero e completo ([53]). E questo vale anche laddove ciò possa comportare, per una delle parti, una decisione maggiormente gravosa da punto di vista economico ([54]).

Sotto questo profilo, come si è già detto, la norma si lega alle disposizioni che impongono alle parti la *disclosure* e il deposito dei documenti indicati dall'art. 473-*bis*.12, comma 3, cod. proc. civ. ([55]).

ss., spec. 63, secondo cui la disposizione, relativamente alle allegazioni delle parti sulle proprie condizioni economiche «sancisce un divieto di menzogna e un obbligo di completezza (...), con un oggetto ragionevolmente circoscritto alle informazioni essenziali per la decisione della causa»; R. Donzelli, *Dovere di leale collaborazione*, cit., p. 142; C. Cecchella, *Il processo in materia di persone, minorenni e famiglie*, cit., p. 56 ss.; A. Frassinetti, *Limiti dei poteri istruttori ufficiosi sui presupposti dell'assegno divorzile*, cit., p. 466, secondo cui «la nuova normativa richiede quindi alle parti un comportamento di "lealtà processuale" particolarmente pregnante, che si manifesta non solo con l'offerta degli elementi probatori utili a ricostruire le effettive condizioni economiche, ma giunge fino a richiedere a ciascuna di esse di fornire al giudice elementi di prova contrari al proprio personale interesse».

([53]) Così, in particolare, R. Donzelli, *Dovere di leale collaborazione*, cit., p. 142.

([54]) Si pensi, primo fra tutti, un provvedimento che fissa la misura dell'assegno di mantenimento in favore del coniuge o del figlio una volta accertate le effettive «condizioni economiche» dei litiganti. Sul punto, v. anche Cass. civ., sez. I, 19 luglio 2022, n. 22616, per cui nei processi di separazione e divorzio «è richiesto un comportamento di lealtà processuale particolarmente pregnante, che si manifesta con l'offerta degli elementi probatori utili a ricostruire le effettive condizioni economiche delle parti e giunge fino a richiedere a ciascuna di esse di fornire al giudice elementi di prova contrari al proprio personale interesse, giustificati dalla particolarità della materia del contendere, legata ad interessi aventi rilievo costituzionale (artt. 2, 29 e 30 Cost.)».

([55]) Tale norma, specificando la documentazione economica da depositare, risolve le problematiche pregresse derivanti dall'inidoneità della sola dichiarazione dei redditi a ricostruire in maniera affidabile la situazione economica delle parti, avendo questa principalmente funzione fiscale (sul punto, v. B. Ficcarelli, *I poteri del giudice*, cit., p. 114). La stessa norma poi, congiuntamente

Fermo questo punto, ci si può chiedere se, nei procedimenti il cui oggetto riguardi figli minori, il dato positivo consenta di ritenere esistente un dovere di verità e completezza in capo alle parti, in specie ai genitori, anche quando il procedimento non riguardi gli aspetti economici. A tal riguardo, fare discendere i suddetti obblighi direttamente dall'art. 473-*bis*.18 cod. proc. civ. potrebbe costituire un'operazione interpretativa complessa, anche se comunque non da escludere (56).

Occorrerebbe, infatti, rilevare che esigenze di ragionevolezza e parità di trattamento (artt. 3, comma 2, 24, 111, comma 1 e 2, Cost.) impongano, una volta introdotti *de iure condito* i doveri di verità e completezza sulle «informazioni» relative alle condizioni economiche, di riconoscerli come esistenti, *a fortiori*, anche per i fatti relativi a giudizi che hanno ad oggetto situazioni giuridiche soggettive del minore. Giudizi nei quali si adottano provvedimenti che, al pari o forse in maniera più incisiva di quelli a contenuto economico, investono la sfera giuridica del figlio (57).

Allo stesso risultato, peraltro, potrebbe giungersi anche in altra maniera. È stato osservato che il processo che riguarda anche i figli minori «altera la posizione processuale delle parti titolari della responsabilità genitoriale», imponendo a queste «una condotta processuale funzionale anche alla tutela dell'interesse dei figli» (58). Ciò in quanto, i poteri e i doveri che attengono alla «responsabilità genitoriale» vanno esercitati in funzione dell'interesse del

all'art. 473-*bis*.2 cod. proc. civ., recepisce e riordina prassi già adottate negli uffici giudiziari (cfr. *supra*, nota 11).

(56) Si tenga conto che, a quanto consta, la giurisprudenza non pare aver ancora applicato tale disposizione al di fuori delle questioni economiche. A tal riguardo, v. Trib. Verona, 12 dicembre 2023, in <www.ilcaso.it>, 16 gennaio 2024.

(57) A tal proposito, si consideri che da tempo la Corte costituzionale afferma che nella conformazione «della disciplina processuale (...) il legislatore gode di ampia discrezionalità, con il solo limite della manifesta irragionevolezza o arbitrarietà delle scelte adottate»: così Corte cost., 1° gennaio 2021, n. 1; v. anche: Corte cost., 1° luglio 2022, n. 166; Coste cost., 24 aprile 2020, n. 80; Corte cost., 11 gennaio 2021, n. 1; Corte cost., 11 marzo 2020, n. 47; Coste cost., 17 gennaio 2020, n. 3.

(58) R. Donzelli, *Dovere di leale collaborazione*, cit., p. 145.

minore, e ciò anche quando tali poteri vengono spesi all'interno del processo. Risultato, questo, a cui si poteva pervenire già prima della riforma in base all'art. 337-*quater*, comma 2, cod. civ. ([59]). In altre parole, è lo stesso potere e dovere del genitore di rappresentare l'interesse del figlio sul piano sostanziale ad imporgli nel processo di astenersi da condotte che non rispecchiano tale interesse (argomento *ex* art. 320 cod. civ.).

Di conseguenza, proprio le norme afferenti all'esercizio della responsabilità genitoriale e sicuramente oggi, in loro conferma, l'art. 473-*bis*.18 cod. proc. civ., potrebbero fondare in capo al genitore, nel processo che riguarda i figli minori, l'obbligo di offrire una rappresentazione fattuale veritiera e completa ai fini dell'adozione di una decisione giusta.

Lo stesso potrà dirsi per il difensore del genitore – su cui si tornerà ([60]) – atteso l'ufficio protettivo che l'ordinamento gli riconosce, in forza del quale «l'Avvocato non assiste mai uno dei genitori "contro" il minore ma, semmai, in favore e nell'interesse "del minore"» ([61]).

La soluzione sembra potersi confermare sistematicamente, specie sotto il profilo dell'obbligo di completezza, con riferimento alle disposizioni di cui all'art. 473-*bis*.12, comma 2 e 4, cod. proc. civ., più sopra richiamate.

Il primo comma impone di indicare nel ricorso l'esistenza di altri procedimenti aventi ad oggetto, in tutto o in parte, domande identiche o connesse, nonché di depositare la copia di eventuali provvedimenti anche provvisori già adottati, i quali, senz'altro,

([59]) R. Donzelli, *Dovere di leale collaborazione*, cit., p. 145, secondo il quale: «l'art. 473-*bis*.18 conferma quanto già si poteva argomentare sulla base del disposto dell'art. 337-*quater*, comma 2, cod. civ., nella parte in cui è previsto che la domanda manifestamente infondata di affidamento esclusivo autorizza il giudice a considerare "il comportamento del genitore istante ai fini della determinazione dei provvedimenti da adottare nell'interesse dei figli, rimanendo ferma l'applicazione dell'art. 96 cod. proc. civ."».

([60]) Cfr. *infra*, § 10.

([61]) Trib. Milano, 23 marzo 2016, in «Famiglia e diritto», 2016, p. 1152 ss., con nota di R. Danovi, *I doveri deontologici dell'avvocato nel diritto minorile e la giurisdizione forense*.

potranno contenere anche statuizioni basate su fatti sfavorevoli alla parte tenuta al deposito.

Il secondo, prevede di allegare nei procedimenti relativi ai minori un piano genitoriale che ne indichi le abitudini e le relazioni. In questo secondo caso è la stessa disposizione che, con formula volutamente ampia, impone alle parti di rappresentare gli elementi relativi all'organizzazione della vita e al progetto educativo e di accudimento del figlio, in vista delle decisioni da assumere (62). La stessa relazione illustrativa al decreto attuativo, invero, indica fra le funzioni del piano quella di permettere al giudice «di individuare e dettagliare all'interno dei provvedimenti che egli è chiamato ad assumere, le indicazioni più opportune nell'interesse del minore, costruite "su misura" rispetto alla situazione di vita pregressa e alle sue abitudini consolidate». (63)

Traendo le somme di questa prima parte del lavoro, e volendo prescindere da soluzioni che deriverebbero da una presa di posizione sull'esistenza degli obblighi di verità e completezza in generale nel processo civile, ci sembra di poter concludere per l'esistenza di tali obblighi in relazione agli aspetti economici, quando il giudizio coinvolge la sola coppia, e in relazione anche agli aspetti che possono incidere sulla vita del minore, allorché l'oggetto del giudizio lo riguardi (64). Obblighi che, come si è cercato di sostenere, trovano il loro fondamento sul piano normativo.

Ne conseguirà, dunque, in caso di violazione, l'applicazione delle sanzioni di merito (art. 116, comma 2, cod. proc. civ.) e processuali (artt. 92 e 96 cod. proc. civ.) richiamate oggi dall'art. 473-

(62) Sull'istituto, tra i molti: E. Al Mureden, *Il piano genitoriale*, in «Famiglia e diritto», 2023, p. 998 ss.; A. Spadafora, *La tutela del minore nella genitorialità pianificata*, in «Famiglia e diritto», 2024, p. 208 ss.

(63) Così la *Relazione illustrativa* al decreto legislativo n. 149/2022, pubblicata nella Gazzetta ufficiale, serie generale, n. 245 del 19 ottobre 2022, supplemento straordinario n. 5, p. 58.

(64) Ulteriori riflessioni, che amplierebbero troppo l'oggetto della trattazione, si imporrebbero per ciò che riguarda i giudizi che coinvolgono i figli maggiorenni non autosufficienti o portatori di *handicap*. Per tali aspetti, v. ad esempio R. Donzelli, *Dovere di leale collaborazione*, cit., p. 146 ss.

bis.18 cod. proc. civ. (65) (e prima, almeno in parte, già dall'art. 337-*quater*, comma 2, cod. civ.). Senza contare che, nei giudizi che coinvolgono il minore, la violazione dei suddetti obblighi da parte dei genitori potrebbe anche far emergere una loro inadeguatezza a rappresentare processualmente gli interessi del figlio, con conseguente nomina, anche officiosa, di un curatore speciale *ex* art. 473-*bis*.8, comma 1, lett. c, cod. proc. civ.

7. *Verità e completezza delle parti e verità dell'avvocato familiarista*. — I risultati raggiunti nella prima parte dell'indagine, ci consentono ora di rivolgere l'attenzione ai doveri e alle prerogative dei difensori. Si deve innanzitutto rilevare che l'avvocato, quando svolge la funzione di rappresentare la parte in giudizio, è destinatario degli obblighi di quest'ultima (66). Nell'ambito del mandato, infatti, il difensore deve adoperarsi tanto per tutelare i diritti, quanto per garantire l'adempimento dei doveri dell'assistito fra cui, per quel che ci occupa, gli obblighi di verità e completezza (67).

Ciò premesso, è bene precisare che l'avvocato è destinatario anche di un autonomo dovere di verità rispetto a quello del

(65) Sull'aspetto delle sanzioni, cfr. C. Cecchella, *Il processo in materia di persone, minorenni e famiglie*, cit., p. 58 s.; M. Gradi, *Il dovere di leale collaborazione delle parti*, cit., p. 64 s.; R. Donzelli, *Manuale del processo familiare e minorile*, cit., p. 113 s.

(66) Si veda M. Bina, *Il dovere di verità dell'avvocato nel processo civile*, in «Rivista di diritto processuale», 2021, p. 527, secondo cui: «l'esistenza di un dovere di verità dell'avvocato nel processo dipende strettamente dall'esistenza di un dovere di verità della parte»; Id., *La felicità dell'avvocato: diritto forense e processo civile*, Torino, 2024, p. 243 ss.; così, anche L.P. Comoglio, *Regole deontologiche e doveri di verità nel processo*, cit., p. 132, secondo cui, negli «ordinamenti di lingua tedesca» l'obbligo di verità imposto al difensore dalle norme deontologiche trova giustificazione in quello di verità (o più esattamente, di veridicità) imposto alle parti.

(67) Già prima della riforma, cfr. R. Danovi, *La deontologia nel diritto di famiglia tra principi e prospettive*, in «Famiglia e diritto», 2014, p. 993, secondo cui «i doveri di lealtà e probità previsti dall'art. 88 cod. proc. civ. (...) sono imposti non solo alle parti ma anche ai difensori, ed essi esprimono il dovere giuridico di non alterare il rapporto processuale e quindi di assicurare allo stesso il rispetto della verità».

litigante (68). Questo dovere trova la propria fonte nella legge professionale e nelle regole del codice deontologico forense (69).

(68) Osserva condivisibilmente M. GRADI, *L'obbligo di verità delle parti*, cit., p. 431 s.: «il dovere di verità dell'avvocato è strettamente collegato all'obbligo di verità del proprio cliente, nel senso che – rispetto alla ricostruzione dei fatti – il primo si muove nell'ambito oggettivo del secondo: tuttavia, il dovere dell'avvocato costituisce, al tempo stesso, un obbligo distinto da quello della parte difesa in giudizio». E infatti, a nostro avviso, la parte e l'avvocato possono rendersi protagonisti di condotte autonomamente in grado di essere sussunte sotto i rispettivi precetti che impongono loro tali doveri di condotta (con le relative sanzioni). I precetti in questione, invero, presentano campi di applicazione soggettivamente ed oggettivamente diversi. Pur vigendo il criterio dell'imputabilità nella sfera giuridica della parte degli atti processuali compiuti dall'avvocato per conto e in nome della stessa, una violazione del dovere di verità *ex* art. 50 cod. deont. for. (già art. 14 del previgente cod. deont. for.) da parte dell'avvocato potrebbe configurarsi a prescindere e finanche contro la volontà della parte assistita, tanto da consentire a quest'ultima la revoca del mandato. La parte, poi, potrebbe sottrarsi alle sanzioni dimostrando la propria estraneità alla frode intentata volontariamente dall'avvocato (in tal senso, v. Cons. naz. for., 8 aprile 2024, n. 127, per la quale «l'avvocato, in relazione agli atti che sono a lui stesso direttamente riferibili, è tenuto ad un generale dovere di verità, specie nell'ambito dei rapporti con i clienti»). Allo stesso modo, la giurisprudenza disciplinare impone all'avvocato che non voglia incorrere in sanzioni derivanti dalla violazione del dovere di verità di non assecondare la volontà del cliente di porre in essere atti processuali ingannevoli e, conseguentemente, rinunciare al mandato: v. Cons. naz. for., 22 ottobre 2010, n. 103. Per i rapporti fra regole processuali e dovere di verità dell'avvocato nella vigenza dell'abrogato cod. deont. for. si rinvia, anche per i riferimenti, a G. SCARSELLI, *Ordinamento giudiziario e forense*, 2ª ed., Milano, 2007, 419 s.; A. CARRATTA, *Dovere di verità e completezza nel processo civile*, II, cit., p. 520 s., testo e nota 101.

(69) A riguardo, v. Cons. naz. for., 8 aprile 2024, n. 127, per cui il dovere di verità dell'avvocato, oltre che dall'art. 50 cod. deont. for., si ricava pure dai principi generali di cui agli artt. 1, comma 3, 9 e 11 cod. deont. for. relativi alla funzione sociale, all'affidamento e ai doveri di lealtà, probità, correttezza e decoro. Del pari, Cons. naz. for., 22 novembre 2018, n. 142, riconduce il dovere di verità «all'art. 3 della legge n. 247 del 2012 che sottolinea come la professione vada esercitata con lealtà (oltre che con correttezza) e competenza professionale». Così, anche F. DANOVI, *Lealtà e trasparenza nei processi di famiglia*, cit., p. 602, spec. nota 44, che osserva: «La relazione al Codice specifica poi che l'art. 50 è correlato ai più generali doveri di lealtà, correttezza e probità di cui all'art. 9 del medesimo Codice, e deve informare i comportamenti del

Nello specifico, dunque, in relazione a verità e completezza, l'ordinamento impone al difensore di osservare: l'art. 473-*bis*.18 cod. proc. civ. (e le norme che direttamente o indirettamente vi fanno rinvio), nella sua funzione di rappresentante della parte; l'art. 50 cod. deont. for. (e le norme connesse, specie sul piano dei principi generali), quale autonomo destinatario dei doveri deontologici.

Avendo già preso in analisi ciò che le norme processuali impongono al litigante ([70]), basterà qui richiamare il contenuto dell'art. 50 cod. deont. for., a mente del quale il difensore: *a)* non deve, *sua sponte*, introdurre prove, elementi di prova o documenti che sappia essere falsi (comma 1); *b)* non deve introdurli, se ne conosce la falsità, neanche quando forniti dalla parte assistita (comma 2); *c)* laddove, anche successivamente, apprenda dell'ingresso in giudizio di elementi o documenti falsi, non potrà utilizzarli o dovrà rinunciare al mandato (comma 3); *d)* non deve impegnare di fronte al giudice la propria parola sulla verità dei fatti esposti in giudizio (comma 4); *e)* non deve rendere false dichiarazioni sull'esistenza o inesistenza di fatti di cui abbia diretta conoscenza e che possono essere assunti quale presupposto di un provvedimento del giudice (comma 5); *f)* infine, nella presentazione di istanze o richieste riguardanti lo stesso fatto, dovrà indicare i provvedimenti già ottenuti, compresi quelli di rigetto (comma 6).

Il riepilogo della disposizione ci consente di notare l'adattabilità di alcune regole sul dovere di verità dell'avvocato a quelle relative all'obbligo di verità della parte, sempre tenuto conto dei riferiti limiti entro cui quest'ultimo opera nel processo di famiglia ([71]). I doveri di cui all'art. 50, comma 1, 2, e 3, cod. deont. for. rivolgono variamente l'attenzione alla falsità sul versante istruttorio. Il dovere contemplato dall'art. 50, comma 5, cod. deont. for., invece, nel richiamare le false dichiarazioni dell'avvocato sull'esistenza o inesistenza di fatti, si focalizza sull'aspetto delle allegazio-

legale nell'intero processo civile, anche in relazione all'art. 88 cod. proc. civ. e ad altre "disposizioni aperte" che ben possono essere integrate e completate dalle norme deontologiche». Tali regole sono confermate pure dall'art. 4.4. del Codice deontologico europeo.

([70]) Cfr. *supra*, §§ 2 e 6.

([71]) Cfr. *supra*, § 6.

ni. In questo senso, dunque – come per la parte ai sensi dell'art. 473-*bis*.18 cod. proc. civ. – l'avvocato non dovrà, autonomamente o assecondando la volontà del cliente, violare un dovere di verità che, stando alla lettera dell'art. 50 cod. deont. for., sembrerebbe limitato al dovere di non mentire, anche dal lato istruttorio.

Più complesso potrebbe essere individuare autonomamente in capo all'avvocato, sul piano deontologico e in base alla citata disposizione, anche un dovere di completezza. In altre parole, ci si può chiedere se, nelle ipotesi in cui il cliente è tenuto nel processo familiare e minorile a dichiarare anche i fatti a sé sfavorevoli, l'avvocato abbia, correlativamente, un proprio dovere deontologico di riferirli, laddove ne sia a conoscenza. A costo di essere ovvi, il quesito ci sembra rilevante poiché, se così fosse, una violazione del dovere di completezza potrebbe comportare all'avvocato l'applicazione delle sanzioni previste dall'art. 50, comma 7, cod. deont. for.

Ebbene, a parte l'ipotesi contemplata dall'art. 50, comma 6, cod. deont. for., che ben si adatta alla disposizione di cui all'art. 473-*bis*.12, comma 2, cod. proc. civ. e che, in questo senso, può rilevare sotto il profilo del dovere di completezza ([72]), sembra difficile poter sostenere l'esistenza dello stesso dovere autonomamente in capo all'avvocato familiarista, stante la necessità di bilanciare i vari interessi giuridici coinvolti, tra cui quelli riconducibili ai doveri di fedeltà, fiducia, ma soprattutto segretezza e riservatezza *ex* artt. 10, 11, 13 cod. deont. for.

La soluzione, tuttavia, potrebbe mutare nel caso del difensore del genitore quando il processo riguarda anche i figli minori, stante l'ufficio protettivo che l'ordinamento riserva all'avvocato in loro favore. Sul punto si tornerà diffusamente ([73]).

Facendo un passo indietro, invece, ci si potrebbe chiedere in che termini l'avvocato si debba adoperare laddove abbia a che fare con un cliente che si mostri desideroso di compiere atti in violazione dei suoi obblighi di verità e completezza, ad esempio,

([72]) Per i rapporti fra dovere di completezza della parte e l'art. 473-*bis*.12, comma 2, cod. proc. civ., cfr. *supra*, § 6.

([73]) V. *infra*, § 10.

fornendo al difensore documenti artefatti (ad esempio, di natura economica o medica) o una versione degli eventi volutamente ed evidentemente falsa o lacunosa. A nostro avviso, tenuto conto della complessità dei valori in gioco, l'avvocato dovrà graduare la propria risposta secondo un criterio di progressiva incisività.

In questo senso, il c.d. dovere di doppia fedeltà *ex* art. 10 cod. deont. for. – specie nella sua accezione di fedeltà all'ordinamento (74) – ma più in generale i doveri discendenti dall'art. 3 della legge n. 247 del 2012 e dagli artt. 1, comma 3, 9, 12 e 26 cod. deont. for. impongono all'avvocato, innanzitutto, di fare il possibile per indirizzare il cliente verso un comportamento processuale rispondente alle regole previste dal sistema. Vero è che in base al rapporto fiduciario, l'avvocato deve credere all'assistito (art. 11, comma 2, cod. deont. for.), ma è chiaro che le suddette disposizioni impongono al primo di verificare, nei limiti del possibile, e non ingenuamente, la veridicità delle informazioni rese dal secondo (75).

Il comportamento scorretto dell'assistito, per altro verso, potrebbe essere dissuaso facendo leva, con funzione deterrente, sulle possibili sanzioni derivanti dall'art. 473-*bis*.18 cod. proc. civ.: si noti che qui, a ben vedere, non si discute di una mera facoltà dell'avvocato, ma di un comportamento dovuto in base all'art. 27, comma 7, cod. deont. for.

Detto altrimenti, è lo stesso obbligo dell'avvocato di rendere noti all'assistito gli adempimenti necessari «ad evitare prescrizioni, decadenze o altri effetti pregiudizievoli relativamente agli incarichi

(74) Su cui, v. Cass. civ., sez. un., 16 novembre 2017, n. 2700; Cass. civ., sez. un., 9 aprile 2020, n. 7761, nonché R. Danovi, *Il nuovo codice deontologico forense*, Milano, 2014, p. 112 s., secondo cui l'art. 10 cod. deont. for. contempla «non soltanto l'*interesse della parte assistita*, ma anche «*il rilievo costituzionale e sociale della difesa*» (…). Si conferma (…) il principio della *doppia fedeltà* (verso la parte assistita e verso l'ordinamento), come impegno dell'avvocatura per la funzione sociale che essa svolge, ed è questo un richiamo che non deve essere inteso come meramente simbolico, ma deve essere sempre più presente e sentito nella coscienza professionale».

(75) Così M. Gradi, *L'obbligo di verità delle parti*, cit., p. 432, secondo cui: «fermo restando che l'avvocato non può "fare le pulci" al suo assistito, al tempo stesso non può nemmeno credere ingenuamente a tutto quello che gli viene riferito dal cliente, soprattutto quando vi sia un sospetto circostanziato oppure quando si tratti di fatti inverosimili».

in corso», ad imporgli di informarlo in merito ai comportamenti che potrebbero determinare una violazione dell'art. 473-*bis*.18 cod. proc. civ. e alle relative sanzioni, rientrando queste senz'altro fra gli «effetti pregiudizievoli» richiamati dalla norma deontologica.

Ciò premesso, solo dopo aver tentato queste strade e solo in presenza di un irriducibile contrasto fra i doveri discendenti dall'etica professionale e la fermezza del cliente nel voler infrangere i suoi obblighi di verità e completezza, al difensore sarà consentito – e a quel punto, sarà per lui ineludibile – rinunciare al mandato ([76]).

Che la rinuncia al mandato debba costituire l'*extrema ratio* ci sembra potersi argomentare facendo riferimento alla necessità di salvaguardare, a fianco ai doveri di fedeltà verso l'ordinamento e di verità (artt. 11 e 50 cod. deont. for.), anche quelli di fedeltà verso la parte assistita, di segretezza (rispettivamente, artt. 10, 11, comma 2, 13 e 28 cod. deont. for.) ([77]) e, più in generale, quelli di assistenza derivanti dal mandato (art. 26 cod. deont. for.).

Le citate norme, è evidente, esprimono doveri potenzialmente in grado di entrare fra loro in conflitto. Dalla loro coesistenza, tuttavia, si può desumere la volontà del sistema di imporre al difensore la ricerca, per quanto possibile, di una sintesi fra le esigenze dell'assistito e quelle dell'ordinamento. E poiché nella soluzione di questo conflitto, la rinuncia al mandato – pur se legittima – appare l'alternativa che più di altre sacrifica una parte di quei doveri, occorre senz'altro concludere per la residualità di questo rimedio.

([76]) Richiamiamo in questo senso il noto principio espresso dalla giurisprudenza disciplinare, secondo cui: «laddove un avvocato si trovi nella condizione di non poter seguire allo stesso tempo verità e mandato, leggi e cliente, la sua scelta deve privilegiare il più alto e pregnante dovere radicato sulla dignità professionale, ossia l'ossequio alla verità ed alle leggi spinto fino all'epilogo della rinunzia al mandato in virtù di un tale giusto motivo, astenendosi dal porre in essere attività che siano in contrasto con il prevalente dovere di rispetto della legge e della verità»: così Cons. naz. for., 22 ottobre 2010, n. 103; nello stesso senso, v. Cons. naz. for., 28 dicembre 2018, n. 224; Cons. naz. for., 22 novembre 2018, n. 142, confermata da Cass. civ., sez. un., 17 dicembre 2019, n. 33373.

([77]) Fatte salvi, chiaramente, i casi in cui all'avvocato è consentito derogare al segreto professionale ai sensi dell'art. 28, comma 4, cod. deont. for.

Per ragioni di completezza espositiva, e anche per la sua prossimità e contiguità funzionale al dovere di verità, poi, occorre richiamare il dovere di indipendenza dell'avvocato. Al fine di evitare incompatibilità derivanti dal conflitto di interessi, l'art. 68, comma 4, cod. deont. for. prevede il divieto per l'avvocato di assistere un coniuge quando abbia in precedenza assistito entrambi ([78]). Regola, questa, che varrà per tutti i procedimenti, a prescindere dalla presenza di figli minori.

Chiudendo le fila di questo discorso, le regole sinora poste in analisi, sia pure con gli opportuni distinguo, possono dirsi generalmente applicabili all'avvocato familiarista chiamato ad operare in presenza di obblighi di verità e completezza del suo assistito, e a fronte del suo autonomo dovere di verità. In merito a ciò, un discorso parzialmente diverso dovrà essere fatto con riguardo al curatore speciale del minore, atteso che – come vedremo ([79]) – per questa figura il dovere di verità discende dal suo ufficio rappresentativo, oltreché dalla funzione pubblica dell'incarico assunto. Laddove poi, a ricoprire questo ruolo sia un avvocato, varrà certamente anche l'osservato dovere deontologico di verità.

Ciò premesso, la figura del difensore che opera nel rito unitario può essere approfondita adottando tre diverse prospettive: quella dell'avvocato nel processo che ha ad oggetto questioni economiche; quella dell'avvocato del genitore nel processo che coinvolge anche i minori; e, infine, quella dell'avvocato che ricopre il ruolo di curatore speciale del minore.

8. *Canoni di chiarezza e sinteticità degli atti processuali.* — Prima di procedere con il gioco delle differenze, ed indugiando ancora un poco sulle regole comuni alle diverse figure di difensori, occorre analizzare i doveri di chiarezza e sinteticità nella redazione degli atti ([80]). Si tratta di principi espressi nell'art. 121 cod.

([78]) Cass. civ., sez. un., 7 aprile 2014, n. 8057, in «Famiglia e diritto», 2014, p. 987 s.; Cass. civ., sez. un., 17 giugno 2010, in «Giustizia civile», 2011, I, p. 2923 ss.

([79]) Cfr. *infra*, § 11.

([80]) Su questi aspetti, per tutti, v. C. Cecchella, *Il processo in materia di persone, minorenni e famiglie*, cit., p. 52 ss.

proc. civ. riformato e che, riposando in una norma collocata fra le disposizioni generali, innervano tanto il procedimento ordinario quanto quelli speciali [81].

L'art. 473-*bis*.12, comma 1, lett. e, cod. proc. civ. ne offre una specificazione nell'ambito del rito di famiglia. La disposizione può essere qui richiamata per la sua prossimità, dal punto di vita funzionale, con il canone della leale collaborazione.

Invero, una «chiara e sintetica esposizione dei fatti e degli elementi di diritto sui quali la domanda si fonda» consente sin da subito di circoscrivere le questioni controverse e l'oggetto del giudizio agevolando la celerità del procedimento in ossequio al canone della ragionevole durata (art. 111 Cost.) [82]. Questa esigenza risulta ancor più sentita nel processo di famiglia, specie allorché siano coinvolti minori. In tal senso, la giurisprudenza ha chiarito che la mancata osservanza del principio di sinteticità degli atti, quando ha uno scopo ostruzionistico ed è scientemente tesa a provocare un allungamento del processo, comporta la violazione dell'art. 88 cod. proc. civ. con conseguente rilevanza ai fini dell'art. 92, comma 1, cod. proc. civ. [83].

Così, i difensori, anche attraverso le modalità di redazione degli atti, sono tenuti sin dall'inizio a «circoscrivere la materia realmente controversa, senza atteggiamenti volutamente defatiganti, ostruzionistici o solo negligenti» [84].

9. *L'avvocato nel processo su questioni economiche*. — Veniamo ora al ruolo del difensore in particolare riferimento agli obbli-

[81] A tale disposizione ha dato attuazione il Governo attraverso il d.m. n. 110 del 2023, recante il *Regolamento per la definizione dei criteri di redazione, dei limiti e degli schemi informatici degli atti giudiziari*.

[82] La riconducibilità del principio della sinteticità degli atti a quello di collaborazione ai fini della realizzazione del principio di ragionevole durata del processo, è espressa anche da M. Gradi, *Doveri delle parti e dei terzi*, cit., p. 55 s.

[83] Trib. Milano, 1° ottobre 2013, in «Il foro italiano», 2014, I, c. 243 ss.

[84] Si vedano Cass. civ., sez. V, 26 novembre 2020, n. 26949; Cass. civ., sez. I, 22 marzo 2018, n. 7153; nonché Cass. civ., sez. I, 15 novembre 2007, n. 23638, richiamata in F. Danovi, *Lealtà e trasparenza nei processi di famiglia*, cit., p. 597, testo e nota 31.

ghi di verità e completezza in merito alle questioni economiche. Come si è visto, anche al fine di colmare l'asimmetria informativa fra le parti, la legge prescrive a queste di fornire informazioni e depositare documenti relativi alla loro situazione reddituale, patrimoniale e finanziaria.

Quanto al ruolo del difensore, in questi tipi di giudizi la selezione dell'elevato numero di dati fattuali imporrà all'avvocato un maggiore impegno anche nell'osservare i doveri che gli derivano, sul piano deontologico, dal già analizzato art. 50 e dagli artt. 14 e 15 cod. deont. for., ossia, rispettivamente, di competenza, aggiornamento e formazione professionale.

L'esigenza di uniformare e facilitare l'attività di *disclosure* in ordine alle condizioni economiche *ex* artt. 473-*bis*.12, comma 3, e 473-*bis*.18 cod. proc. civ. ha condotto alcuni uffici giudiziari a redigere protocolli contenenti indicazioni operative per tale attività [(85)]. Le parti sono così tenute a compilare i modelli nelle sezioni relative ai redditi percepiti nell'ultimo triennio e al patrimonio, con apposite sottosezioni dedicate alle varie tipologie di beni. Viene richiesto, ad esempio, di indicare la titolarità di beni immobili e mobili registrati con il relativo prezzo di acquisto, come pure di segnalare la titolarità di diritti su partecipazioni sociali, il loro valore contabile, nonché l'esistenza di utili non distribuiti nell'arco dell'ultimo esercizio. In relazione ai conti bancari, inoltre, si chiede di inserire il totale dei versamenti e dei prelievi dell'ultimo anno.

A tal proposito, i modelli tendono a privilegiare l'inserimento di dati oggettivi, cercando di limitare quelli che potrebbero essere

[(85)] Fra i vari, si vedano le *Indicazioni operative per la redazione degli atti in materia di famiglie e minori* redatte di concerto da Corte d'Appello, Tribunale per i minorenni, Tribunale, Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Osservatorio della giustizia civile di Milano, contenti all'allegato n. 3 il modello di *Informazioni sulle condizioni economiche ex art. 473 bis.18 cod. proc. civ.*, del luglio 2023, reperibili in <www.ordineavvocatimilano.it.>. Il modello per la *disclosure* è pubblicato anche in «Famiglia e diritto», 2023, p. 1004 ss. con nota di C. Rimini, *Il dovere delle parti di rendere informazioni sulle proprie condizioni economiche: il modello ambrosiano*; v. anche il modello di *Dichiarazione relativa ai redditi e al patrimonio* del Tribunale di Genova, datato 25 maggio 2024, reperibile in <*www.ufficigiudiziarigenova.it*>.

influenzati da valutazioni soggettive delle parti. Ad esempio, si preferisce l'indicazione del prezzo di acquisto dell'immobile, anche se questo potrebbe essere inattuale rispetto al valore di mercato del bene al momento del giudizio. Lo stesso può dirsi per il valore contabile delle partecipazioni sociali.

Come si intuisce, l'approccio dei modelli è teso a favorire una ricostruzione meno influenzata dalle interpretazioni personali. Come visto, questa tendenza, pur da salutare con favore poiché contribuisce alla oggettività dei dati di partenza, potrebbe tuttavia portare a soluzioni che non rispecchiano fedelmente la realtà della situazione economica.

In tal senso, agli avvocati delle parti spetterà il ruolo di «far parlare i dati» che hanno fatto ingresso nel giudizio, descrivendone, anche tramite inferenze, la portata e/o la necessità di discostarsene, privilegiandone altri.

Ciò appare evidente anche quando il modello richiede di indicare per le quote sociali in titolarità di una delle parti gli utili non distribuiti nell'ultimo anno. Una scelta in tal senso da parte del coniuge che controlla la società potrebbe rispondere, infatti, tanto a legittime esigenze imprenditoriali, quanto allo scopo di diminuire il reddito nell'imminenza del giudizio. A tal riguardo, di nuovo, spetterà ai difensori far luce sui motivi di questa scelta [86].

In conclusione, nel giudizio che ha ad oggetto questioni economiche, specie a fronte delle indicazioni operative adottate dagli uffici giudiziari, l'ufficio dell'avvocato si colora di una speciale connotazione tecnica, con conseguente rafforzamento dei doveri deontologici sopra richiamati. Rispetto al tema della verità, poi, riteniamo che il dovere dell'avvocato possa estendersi sino alla fase della rivelazione delle informazioni oggettive. Adempiuto questo dovere, l'avvocato manterrà la propria libertà sul piano dell'argomentazione giuridica, a lui diffusamente riconosciuta [87].

[86] Su questi aspetti, v. C. RIMINI, *Il dovere delle parti di rendere informazioni sulle proprie condizioni economiche*, cit., p. 1004.

[87] Per tutti, G. SCARSELLI, *Lealtà e probità nel compimento degli atti processuali*, cit., p. 98 ss.

10. *L'avvocato del genitore e l'ufficio protettivo del minore.* — Passiamo ora al difensore del genitore quando il processo riguarda anche i figli minori. Si è osservato che in questi giudizi, gli obblighi di verità e completezza dei genitori si giustificano in quanto la responsabilità genitoriale deve essere esercitata, anche nel processo, in modo da rappresentare l'interesse del figlio.

L'avvocato che riceve il mandato dal genitore, in quanto suo rappresentante, sarà investito dai suoi stessi obblighi e dovrà modulare l'attività difensiva tenendo conto dell'interesse superiore del minore. Così, già prima della riforma del processo civile, alcune voci in dottrina (88) e giurisprudenza (89) avevano condivisibilmente affermato che quando gli avvocati assumono la difesa dei genitori si impegnano a proteggere anche i figli minori e ad operare nel loro interesse. Idea che troviamo confermata nella dottrina, anche a seguito della riforma (90).

Secondo la citata giurisprudenza, in particolare, il mandato concluso fra l'avvocato e il genitore, relativo all'assistenza in un giudizio in cui sono coinvolti minori, può essere qualificato come «contratto "ad effetti protettivi verso terzi" » ossia i figli (91).

La conclusione è stata sostenuta con pluralità di argomenti. In primo luogo, l'avvocato svolge un servizio di pubblica necessità (art. 359 cod. pen.). In secondo luogo, la professione forense deve svolgersi preservando tanto gli «interessi individuali» quanto quelli «collettivi» (art. 1, comma 2, lett. a, della legge n. 247 del 2012).

Pertanto, in occasione del processo, oltre ad assistere gli interessi privati, l'avvocato dovrà farsi carico degli altri interessi coin-

(88) S. Rossi, *Il minore e l'avvocato tra norme processuali e principi deontologici*, in «Rassegna forense», 2003, p. 44 ss.; A. Mariani Marini, *Deontologia e responsabilità sociale: l'avvocato e il minore*, in «Rassegna forense», 2003, p. 741 ss.; Id., *Probabilmente vero: avvocato, giudice, verità*, in *Processo e verità*, a cura di A. Mariani Marini, Pisa, 2005, p. 17 ss.; F. Danovi, *Lealtà e trasparenza nei processi di famiglia*, cit., p. 615.

(89) Trib. Milano, 23 marzo 2016, cit., con nota adesiva di R. Danovi, *I doveri deontologici dell'avvocato nel diritto minorile e la giurisdizione forense*.

(90) C. Cecchella, *Il processo in materia di persone, minorenni e famiglie*, cit., p. 59; R. Donzelli, *Manuale del processo familiare e minorile*, cit., p. 53 ss.

(91) Così ancora Trib. Milano, 23 marzo 2016, cit.

volti, laddove l'ordinamento gli affidi tale responsabilità. Che ciò accada in presenza di figli minori risulta, fra l'altro, dall'art. 1 cod. deont. for. nella parte in cui impone all'avvocato di vigilare sul rispetto dei principi della Costituzione, dell'Ordinamento dell'Unione europea e della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo. A conferma, si aggiungono le disposizioni del codice deontologico che impongono limiti all'ascolto del minore da parte dell'avvocato (art. 56 cod. deont. for.), nonché le norme collocate fra le fonti internazionali, secondo cui «in tutte le decisioni relative ai fanciulli (…) l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente» (art. 3, comma 1, della Convenzione di New York del 1989; art. 24, comma 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea) ([92]). Infine, il decreto legge n. 132 del 2014, nella prospettiva della c.d. «giurisdizione forense» ([93]), ha valorizzato il ruolo dei difensori consentendogli nella materia familiare di concludere accordi in sede di negoziazione assistita, che devono sempre garantire il rispetto dell'interesse superiore dei minori ([94]).

La soluzione appare condivisibile e sembra potersi ulteriormente argomentare, ad esempio per i giudizi di separazione, in base all'art. 151 cod. civ.: la norma, nell'indicare fra i presupposti sostanziali l'esistenza di «fatti tali (…) da recare grave pregiudizio alla educazione della prole», indirettamente ci dice che uno degli scopi della separazione può essere quello di evitare pregiudizi ai figli. Se così è, anche il processo separativo dovrà essere condotto in modo da non compromettere lo stesso fine, imponendosi un ruolo in tal senso anche ai difensori dei genitori.

[92] La pronuncia richiama anche le *Linee Guida del Comitato dei Ministeri del Consiglio d'Europa sulla Giustizia*, adottate dal Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa il 17 novembre 2010 nella parte in cui individuano anche fra gli avvocati i soggetti tenuti ad assicurare la protezione dei minori nell'ambito dei giudizi che li riguardano.

[93] Su cui R. Danovi, *La giurisdizione civile e la nuova cultura della professione di avvocato*, in «Corriere giuridico», 2018, p. 333 ss.

[94] Sulle modifiche in materia a seguito della riforma, per tutti, v. F. Romeo, *La negoziazione assistita familiare riformata: le novità in vigore dal 22 giugno 2022*, in «Le nuove leggi civili commentate», 2023, p. 1303 ss.

Tornando ora al tema della verità, ci si potrebbe chiedere se l'ufficio protettivo si spinga fino al punto di imporre un autonomo dovere in capo all'avvocato del genitore, rilevante sul piano deontologico, di allegare a tutela del minore anche fatti sfavorevoli al proprio assistito di cui sia a conoscenza, con conseguenti responsabilità disciplinari in caso di inosservanza.

La giurisprudenza sopra citata non conclude espressamente in tal senso ([95]), anche se ciò si potrebbe ritenere affermato «fra le righe» della motivazione ([96]). A più riprese, invero, la decisione richiama fonti di diritto e ordinamento forense.

Al netto delle ipotesi in cui la rivelazione serva ad impedire la commissione di un reato di particolare gravità ([97]), il quesito appare di notevole complessità, poiché la soluzione si situa al centro di tensioni provocate da regole, principi e valori fra loro confliggenti ([98]). In questo frangente, peraltro, l'osservata opzione della rinuncia al mandato ([99]) lascia insoddisfatti poiché non risolve (e forse, aggrava) il problema di salvaguardare l'interesse del minore all'interno del conflitto.

Ebbene, pure a fronte del silenzio normativo, la soluzione positiva al quesito sembrerebbe quella corretta. Ciò sia per ragioni

[95] È bene chiarire che Trib. Milano, 23 marzo 2016, cit., affronta la questione dell'ufficio protettivo del minore in capo all'avvocato del genitore solo fra gli *obiter dicta*. La statuizione principale, infatti, concerne l'inammissibilità del ricorso *ex* art. 709-*ter* cod. civ. quando si invoca l'intervento del giudice al solo fine di dirimere episodi di microconflittualità, che ben potrebbero essere risolti in via stragiudiziale con l'ausilio degli avvocati: su questo principio, cfr. anche Trib. Torino, 7 novembre 2016; Trib. Milano, 5 dicembre 2012; Trib. Milano, 7 luglio 2015.

[96] Fra i vari *obiter dicta*, Trib. Milano, 23 marzo 2016, cit., afferma in modo espresso la rilevanza in sede civile del comportamento dell'avvocato del genitore che violi il dovere di salvaguardare anche l'interesse del minore, ma pare alludere anche ad una rimproverabilità in sede disciplinare: «l'Avvocato può essere (...) destinatario di un rimprovero nelle sedi competenti (*in primis* quella della responsabilità civile) per condotte attive od omissive che abbiano contribuito a causare nocumento al minore per effetto della omessa o mancata protezione dell'interesse del fanciullo».

[97] Opererebbe in tal caso una delle ipotesi che consente all'avvocato di derogare al segreto professionale (art. 28, comma 4, lett. b, cod. deont. for.).

[98] Si vedano, in tal senso, le disposizioni già analizzate *supra*, § 7.

[99] Cfr. ancora *supra*, § 7.

di coerenza con quanto osservato sul dovere di verità e completezza della parte (e del suo difensore, nel ruolo di rappresentante) e sull'ufficio protettivo che l'ordinamento affida all'avvocato del genitore, sia tenuto conto della posizione preminente da riconoscere alla tutela del minore nella scala dei beni giuridici in gioco.

Una volta seguita questa strada, peraltro, occorrerebbe comprendere sotto quale norma andrebbe sussunta l'eventuale inosservanza. In ipotesi, potrebbe rilevare la violazione del dovere di verità nel caso descritto dall'art. 50, comma 5, cod. deont. for.; laddove, invece, si seguisse l'impostazione per cui il difensore del genitore assume il patrocinio anche nell'interesse del minore, potrebbe aversi un inadempimento del mandato *ex* art. 26, comma 3, cod. deont. for. per «non scusabile e rilevante trascuratezza degli interessi della parte assistita». Salvo non ritenere integrate entrambe le ipotesi, dal lato delle sanzioni avremmo, nel primo caso, una sospensione da uno a tre anni, nel secondo, una più tenue censura.

Le incertezze e le difficoltà a cui si va incontro nel tentativo di ricavare una soluzione interpretativa al problema in questione portano chi scrive a ritenere che, laddove si volesse imporre un dovere al difensore del genitore di privilegiare la tutela del minore, anche a costo di sacrificare l'interesse del proprio assistito, sarebbe opportuna l'introduzione di una specifica disposizione nel codice deontologico ([100]). Pur nelle riferite incertezze, e anche a prescindere da un dovere di verità sanzionabile sul piano deontologico, rimane fermo il ruolo dei difensori dei genitori, certamente complesso, di indirizzare gli assistiti verso il rispetto dei superiori interessi della collettività e della giustizia.

A margine di questo discorso, volendo completare la panoramica delle regole deontologiche che investono il difensore del genitore nel processo familiare e minorile, si deve richiamare l'art.

[100] In modo simile, già R. DANOVI, *I doveri deontologici dell'avvocato nel diritto minorile*, cit., p. 1158, ha affermato l'utilità di introdurre nel cod. deont. for. «un articolo che imponga "l'obbligo per l'avvocato che pure assista un genitore di privilegiare le soluzioni il più possibile condivise nel rispetto dell'interesse dei minori"».

56, comma 2, cod. deont. for., che impone a quest'ultimo di astenersi da ogni forma di colloquio e contatto con i figli minori sulle circostanze oggetto della stessa controversia (101).

11. *Premesse sul curatore speciale del minore* — Prima di giungere alla terza delle prospettive indicate, ossia quella dell'avvocato chiamato a svolgere il ruolo di curatore speciale del minore, sembra utile qualche premessa in relazione a quest'ultima figura, anche alla luce della riforma.

L'istituzionalizzazione del ruolo di difensore del minore (102), infatti, si lega al progressivo riconoscimento al minore del ruolo di parte processuale nei giudizi che lo riguardano, con conseguente possibilità di nomina di un curatore speciale per lui, nei casi previsti dall'ordinamento. A ciò si è giunti solo all'esito di un lungo

(101) In questo senso, ad esempio, v. Cass. civ., sez. un., 4 febbraio 2009, n. 2637, in «Giustizia civile», 2009, I, p. 860 ss., nonché Cons. naz. for., 22 aprile 2008, n. 17, che sanzionano il comportamento del difensore del genitore che, in un giudizio di separazione fra coniugi, intrattiene colloqui con i figli minori della coppia all'insaputa dell'altro genitore.

(102) Sulla figura del difensore del minore in dottrina, senza pretesa di completezza: G. Dosi, *L'avvocato del minore: quali modelli?*, in «Famiglia e diritto», 2001, p. 668 ss.; Id., *L'avvocato del minore nei procedimenti civili e penali*, Torino, 2005; S. Rossi, *Il minore e l'avvocato tra norme processuali e principi deontologici*, cit., p. 44 ss.; A. Mariani Marini, *Deontologia e responsabilità sociale*, cit., p. 741 ss.; R. Danovi, *Dall'avvocato della famiglia all'avvocato del minore: questioni deontologiche*, in *La tutela dell'interesse del minore: deontologie a confronto*, a cura di G.O. Cesaro, Milano, 2007, p. 29 ss.; F. Tommaseo, *Rappresentanza e difesa del minore nel processo civile*, in *Fam. e dir.*, 2007, p. 409 ss.; Id., *Rappresentanza e difesa del minore nei giudizi di adottabilità*, in «Famiglia e diritto», 2009, p. 251 ss.; O. Lanzara, *L'avvocato del minore*, in «Il diritto di famiglia e delle persone», 2010, p. 981 ss.; M.G. Ruo, *Il curatore, il rappresentante e l'avvocato del minore*, in «Minori giustizia», 2006, p. 91 ss.; Id., *Avvocato, tutore, curatore del minore nei procedimenti di adottabilità*, in «Famiglia e diritto», 2011, p. 338 ss.; F. Danovi, *Il difensore del minore tra principi generali e tecniche del giusto processo*, in «Il diritto di famiglia e delle persone», 2010, p. 243 ss.; Id., *Orientamenti (e disorientamenti) per un giusto processo minorile*, in «Rivista di diritto processuale», 2012, p. 1470 ss., spec. p. 1484 ss.; Id., *L'avvocato del minore nel processo civile*, in «Famiglia e diritto», 2014, p. 179 ss.

percorso di interventi normativi e giurisprudenziali (103), innescati soprattutto dalle Convenzioni internazionali di New York del 1989 e di Strasburgo del 1996.

Solo in tempi recenti, con la legge n. 149 del 2001, l'ordinamento ha configurato l'obbligo di nominare un difensore del minore nei procedimenti sulla dichiarazione di adottabilità (artt. 8, comma 4, e 10, comma 2, della legge n. 184 del 1983, tutt'ora in vigore) e in quelli sulla responsabilità genitoriale (art. 336, comma 4, cod. civ., nella versione antecedente al d.lgs. n. 149/2022). Per ciò che riguarda i giudizi sulla crisi familiare, invece, salvo le norme in materia di ascolto, la legge non si occupava specificamente della partecipazione del minore.

Il dato normativo disomogeneo aveva condotto la giurisprudenza ad adottare soluzioni non uniformi. Così, si continuava a ritenere applicabile l'art. 78, comma 2, cod. proc. civ. e si subordinava la nomina del curatore speciale del minore alla presenza di un conflitto di interessi fra il genitore e il figlio. Si era poi gradatamente arrivati alla conclusione che tale conflitto fosse esistente in *re ipsa* nei giudizi *de potestate* (104), ma che fosse da accertare in concreto, di volta in volta, nei giudizi sulla crisi familiare (105).

(103) Per una compiuta analisi delle tappe che hanno segnato questo cammino, v. R. Donzelli, *I provvedimenti nell'interesse dei figli minori ex art. 709 ter c.p.c.*, Torino, 2018, p. 141 ss., ove ulteriori riferimenti. Di fondamentale rilievo in giurisprudenza: v. Corte cost., 30 gennaio 2002, n. 1, in «Famiglia e diritto», 2002, p. 299 ss., con nota di F. Tommaseo, *Giudizi camerali* de potestate *e giusto processo*; Corte cost., 12 giugno 2009, n. 179, in «Famiglia e diritto», 2009, 869 ss., con nota di A. Arceri, *Il minore ed i processi che lo riguardano: una normativa disapplicata*; Cass. civ., sez. I, 29 gennaio 2016, nn. 1743 e 1746; Cass. civ., sez. un., 13 dicembre 2018, n. 32359.

(104) Cass. civ., sez. I, 25 gennaio 2021, n. 1471; Cass. civ., sez. I, 16 dicembre 2021, n. 40490; Cass. civ., sez. I, 13 marzo 2019, n. 7196; Cass. civ., sez. I, 12 novembre 2018, n. 29001; Cass. civ., sez. I, 6 marzo 2018, n. 5256. *Contra*, Cass. civ., sez. I, 30 luglio 2020, n. 16410.

(105) Sul curatore speciale del minore nei giudizi di separazione e divorzio e sul conflitto di interessi fra genitori e figlio quale presupposto per la nomina, v. G. Ruffini, *Il processo civile di famiglia e le parti: la posizione del minore*, in «Il diritto di famiglia e delle persone», 2006, p. 1261; L. Querzola, *Il processo minorile in dimensione europea*, Bologna, 2010, p. 113 ss.; L. Dittrich, *Il curatore*

Il nuovo art. 473-*bis*.8 cod. proc. civ., inserito fra le «disposizioni generali» (106), interviene in questo stato di cose a modificare la *ratio* della nomina del curatore speciale sganciandola dal conflitto di interessi *ex* art. 78 cod. proc. civ., e legandola all'inadeguatezza di entrambi i genitori a rappresentare processualmente gli interessi del minore (107). Vediamo le ipotesi.

Il primo comma della disposizione prevede la nomina del curatore speciale, anche d'ufficio e a pena di nullità degli atti del procedimento (108): nel caso in cui il pubblico ministero proponga la domanda di decadenza dalla responsabilità genitoriale di en-

speciale processuale, in «Rivista di diritto processuale», 2013, p. 830 ss.; per i più recenti riferimenti giurisprudenziali, si vedano anche F. Danovi, *L'avvocato del minore nel processo civile*, cit., p. 186 ss.; B. Poliseno, *Profili di tutela del minore*, Napoli, 2017, p. 287 ss.; con riguardo ai mutamenti dell'istituto del curatore speciale del minore e, più in generale, sulla partecipazione del minore al processo nel passaggio tra il vecchio e il nuovo rito, v. D. D'Adamo, *Il curatore speciale del minore alla luce della riforma del processo civile*, in «Rivista di diritto processuale», 2022, p. 1315 ss.; B. Poliseno, *Il curatore speciale, il tutore e il curatore del minore*, in *La riforma del processo e del giudice per le persone, per i minorenni e per le famiglie*, a cura di C. Cecchella, cit., p. 57 ss.; A. Arceri, *Il minore nel nuovo processo familiare: le regole sull'ascolto e la rappresentanza*, in «Famiglia e diritto», 2022, p. 387 ss.; C. Cecchella, *Il processo in materia di persone, minorenni e famiglie*, cit., p. 64; R. Donzelli, *Prime riflessioni sul minore come parte del processo alla luce della riforma del processo civile*, in <www.judicium.it>, 31 gennaio 2022; Id., *Le disposizioni generali in materia di procedimento per le persone, i minorenni e le famiglie*, cit., spec. p. 390 ss.; Id., *Manuale del processo familiare e minorile*, cit., p. 53 ss.; R. Senigaglia, *Le ipotesi di nomina del curatore speciale del minore*, in «Le nuove leggi civili commentate», 2023, p. 978 ss.

(106) Nonostante la portata generale della disposizione, l'art. 473-*bis*.8 cod. proc. civ. non esclude l'applicazione delle previsioni particolari che espressamente prevedono la nomina del curatore speciale del minore, come accade, ad esempio, nei procedimenti di dichiarazione di adottabilità e nelle azioni di stato (in questo senso, si vedano i contributi di D. D'Adamo, B. Poliseno, C. Cecchella, R. Donzelli già citati nella nota che precede).

(107) R. Donzelli, *Manuale del processo familiare e minorile*, cit., p. 53 ss., ma già in Id., *I provvedimenti nell'interesse dei figli minori ex art. 709 ter c.p.c.*, cit., p. 159 ss.

(108) Sul regime di invalidità e sulle conseguenze dell'omessa nomina, per tutti: R. Donzelli, V. Guidarelli, *Curatore speciale del minore*, in *Procedimenti*

trambi i genitori, o un genitore la chieda nei confronti dell'altro (lett. a); nei procedimenti di allontanamento dei minori dalla propria famiglia *ex* art. 403 cod. civ. o in quelli di affidamento *ex* artt. 2 ss. della legge n. 184/1983 (lett. b); quando ne faccia richiesta il minore che abbia compiuto quattordici anni (lett. d) ([109]), ipotesi che meglio si comprende se coordinata all'art. 473-*bis*.5, comma 4, cod. proc. civ.; l'ascolto del minore da parte del giudice, invero, sarà funzionale anche ad informalo della possibilità di nominare un suo rappresentante processuale.

Accanto a questi tre casi, l'art. 473-*bis*.8 cod. proc. civ. ne contempla altri due, meno definiti sotto il profilo dell'indicazione dei presupposti della nomina. L'art. 473-*bis*.8, comma 1, lett. c, cod. proc. civ. contempla l'ipotesi in cui «dai fatti emersi nel procedimento» emerga «una situazione di pregiudizio per il minore tale da precluderne l'adeguata rappresentanza processuale da parte di entrambi i genitori». L'art. 473-*bis*.8, comma 2, cod. proc. civ., in modo simile, fa riferimento al caso in cui i genitori «appaiono per gravi ragioni temporaneamente inadeguati a rappresentare gli interessi del minore».

Come anticipato, la norma sposta opportunamente il *focus* della nomina del curatore speciale dal conflitto di interessi di cui all'art. 78 cod. proc. civ. alla non adeguata rappresentanza processuale del minore. Invero, nelle controversie familiari e minorili, una certa dose di conflitto di interessi fra genitori e figlio può sempre dirsi esistente, in quanto i primi, inevitabilmente – e non necessariamente in mala fede – nutrono propri desideri e compiono valutazioni personali nell'interpretare i bisogni e l'interesse del proprio figlio ([110]). In questi termini, poiché la rappresentanza processuale del figlio minore discende dalla stessa responsabilità genitoriale e costituisce, quindi, un diritto di rilevanza costituzio-

relativi alle persone, ai minorenni e alle famiglie, a cura di R. Donzelli e G. Savi, cit., p. 89 ss.

([109]) In osservanza di quanto previsto dall'art. 5 della Convezione di Strasburgo.

([110]) R. Donzelli, *I provvedimenti nell'interesse dei figli minori ex art. 709 ter c.p.c.*, cit., p. 159 ss.; A. Arceri, *Il minore nel nuovo processo familiare*, cit., p. 389; R. Donzelli, V. Guidarelli, *Curatore speciale del minore*, cit., p. 86 ss.

nale del padre e della madre (art. 30 Cost. e art. 8 Conv. eur. dir. uomo), il solo conflitto di interessi appare insufficiente a giustificare la nomina di un curatore, dovendo ricorrere presupposti più gravi.

Ebbene, nelle ipotesi indicate dalle lettere a, b e d, la disposizione opera una presunzione della riferita inadeguatezza: nei primi due casi, stante la peculiarità e la gravità dei provvedimenti che possono essere assunti; nel terzo, a fronte della specifica richiesta nel minore. Al contrario, nei casi disciplinati dalla lettera c e dal comma 2, sarà il giudice a valutare se sussistono fatti che integrano il presupposto per la nomina del curatore. Come si è già osservato, riteniamo ben possibile che questa decisione possa conseguire alla violazione degli obblighi di verità e completezza che gravano sui genitori, quando il processo coinvolge i figli (111).

Muovendo verso i poteri e il ruolo del curatore speciale, si è detto che questo è essenzialmente un rappresentante processuale del minore, che opera in giudizio in suo nome e per suo conto. Pertanto, ricevuta la nomina, si deve costituire tempestivamente in giudizio in proprio, *ex* art. 86 cod. proc. civ., se può esercitare l'ufficio di difensore (112), oppure nominandone uno con formazione specifica in materia.

I poteri di rappresentanza devono essere esercitati per influire sul contenuto della decisione e, nel fare questo, il curatore speciale dovrà avere esclusivo riguardo dell'interesse del minore. A tal fine, sarà fondamentale acquisire la sua opinione attraverso l'ascolto condotto nei casi e nelle modalità previste dall'art. 473-*bis*.8, comma 3, cod. proc. civ.

All'interno del processo, sarà senz'altro necessario per il curatore speciale rispettare gli obblighi di verità e completezza, atteso che allegazioni false o reticenti appaiono incompatibili con il suo ufficio rappresentativo e, senz'altro, possono costituire una causa di revoca dell'incarico ai sensi dell'art. 473-*bis*.8, comma 4, cod.

(111) Cfr. *supra*, § 6.

(112) Sulla necessità della dichiarazione *ex* art. 86 cod. proc. civ. da parte del curatore speciale avvocato di costituirsi in proprio, v. Cass. civ., sez. I, 8 gennaio 2024, n. 437; Cass. civ., sez. VI, 21 gennaio 2019, n. 1518.

proc. civ.; i suddetti doveri poi, come tutti quelli che si legano al ruolo del curatore speciale, si giustificano anche in base alla funzione pubblica dell'incarico assunto (113).

La natura pubblica della funzione, peraltro, non deve indurre in errore quando si tratta di comprendere la posizione assunta dal curatore *ex* art. 473-*bis*.8 cod. proc. civ. nella dinamica processuale. Invero, poiché il curatore speciale è un rappresentante della parte, questi dovrà mantenere la propria indipendenza tanto dal giudice, del quale non è un ausiliare, tanto dalle altre parti (114).

Ultimando i riferimenti al contenuto della disposizione: il comma 2 rinvia agli artt. 78, 79 e 80 cod. proc. civ. con funzione di completamento della disciplina speciale; il comma 3 consente al giudice di attribuire al curatore speciale «specifici poteri di rappresentanza sostanziale» (115); infine, il già citato comma 4 disci-

(113) Il curatore speciale, in effetti, nel rappresentare il minore si fa portatore di un interesse sostanziale che «non è di esclusiva pertinenza del figlio, poiché l'ordinamento lo assume come proprio»: così R. Donzelli, *Sulla natura delle decisioni rese nell'interesse dei figli minori nei giudizi sull'affidamento condiviso e* de potestate, in «Rivista di diritto processuale», 2019, p. 1077.

(114) Alla luce di quanto riferito nel testo, appaiono criticabili le pronunce di merito che hanno affidato al curatore speciale compiti di intervento o monitoraggio del nucleo familiare. In questi termini, Trib. Genova, 28 agosto 2022, in <www.osservatoriofamiglia.it>, 15 settembre 2022, aveva evidenziato la necessità di nominare «un curatore speciale, istituto di recente introduzione, a cui conferire espressi poteri decisionali in relazione ai minori e che coadiuvi i genitori, anche con compiti di mediazione, nella gestione dei figli al fine di garantire la corretta gestione dell'affidamento, rappresentando un punto di incontro delle reciproche richieste e limitando contestualmente la responsabilità genitoriale delle parti». Osservano R. Donzelli, V. Guidarelli, *Curatore speciale del minore*, cit., p. 83 s., l'incompatibilità dei compiti descritti dalla decisione con la posizione di parità del curatore speciale rispetto alle altre parti – e conseguentemente, della loro equidistanza dal giudice – anche ai sensi dell'art. 111, comma 2, Cost.

(115) Per un esempio di concessione di poteri sostanziali al curatore speciale, in applicazione dell'art. 1, comma 31, l. n. 206/2021, norma poi confluita nel suddetto art. 473-*bis*.8, comma 3, cod. proc. civ., v. Trib. Treviso, 26 aprile 2022, in <www.osservatoriofamiglia.it>, 8 giugno 2022. Per ulteriori osservazioni sulla norma e, in particolare, i problemi di coordinamento che questa pone con gli istituti del tutore e del curatore sostanziale *ex* art. 473-*bis*.7 cod.

plina gli aspetti relativi alla revoca del curatore speciale per il caso di sue inadempienze o per insussistenza, originaria o sopravvenuta, dei presupposti per la sua nomina.

12. *L'avvocato curatore speciale del minore*. — Come abbiamo osservato nel paragrafo che precede, il curatore speciale opera principalmente all'interno del processo. Per tale ragione, è comune che a ricoprire tale ruolo venga chiamato un avvocato con particolare esperienza nell'ambito del diritto familiare e minorile, fermo restando che, come noto, si tratta di ruoli differenti dal punto di vista formale (116): il curatore speciale è il rappresentante processuale del minore; l'avvocato è il suo difensore tecnico (117).

Ciò premesso, l'operata analisi della disciplina relativa al curatore speciale, ci consente di affrontare più da vicino le prerogative dell'avvocato chiamato a ricoprire tale ruolo, anche negli aspetti relativi all'etica professionale. Iniziamo col dire che, sul punto, la normativa non è ancora compiutamente delineata, poiché, ad esempio, non risultano definiti i requisiti per essere nominati curatori speciali del minore. A fronte di tale mancanza, numerosi uffici giudiziari hanno cercato di porvi rimedio, istituendo elenchi dei curatori speciali attraverso protocolli siglati di concerto con gli ordini e le associazioni professionali (118).

Un'analisi generale dei protocolli fa emergere, essenzialmente, la necessità per l'avvocato curatore speciale del minore di una formazione specifica e qualificata (119). Ai fini dell'iscrizione nell'e-

proc. civ., cfr. ancora R. Donzelli, *Manuale del processo familiare e minorile*, cit., p. 71.

(116) Sulla possibilità di cumulo nel medesimo soggetto delle due qualifiche, anche a fronte della distinzione formale dei ruoli, v. Cass. civ., sez. I, 14 giugno 2010, n. 14216.

(117) G. Dosi, *L'avvocato del minore nei procedimenti civili e penali*, cit., p. 37 ss.; T. Lanzara, *L'avvocato del minore*, cit., spec. p. 994 ss.; M.G. Ruo, *Avvocato, tutore, curatore del minore nei procedimenti di adottabilità*, in «Il diritto di famiglia e delle persone», 2011, p. 348 s.

(118) Molti dei protocolli sono utilmente raccolti sulla pagina internet dell'Unione Nazionale delle Camere Minorili, reperibili in <www.camereminorili.it/protocolli-e-linee-guida/>.

(119) Tale requisito appare anche nelle *Raccomandazioni per gli avvocati*

lenco dei curatori speciali, i protocolli hanno individuato requisiti – in cumulo o in alternativa fra loro, a seconda dei diversi protocolli – tra cui: l'anzianità di iscrizione all'albo deli avvocati da un numero minimo di anni; la dimostrazione di aver patrocinato in cause in materia familiare e/o minorile entro un certo arco temporale; la partecipazione a corsi specialistici di formazione, talvolta seguiti da un esame di abilitazione. In aggiunta, i protocolli prevedono regole specifiche sulla tenuta dei registri, le modalità di iscrizione, i criteri di scelta, di pubblicità, nonché le ipotesi di cancellazione dal registro.

Peraltro, in materia, si segnala una recente pronuncia di legittimità, sia pure riferita ancora all'art. 78 cod. proc. civ. (applicabile *ratione temporis*) secondo cui non è necessario che la scelta del curatore speciale del minore avvenga all'interno di specifici albi, specie quando sia nominato un avvocato. La sola iscrizione di questo all'albo professionale di appartenenza garantisce il rispetto dei doveri deontologici ([120]), tra cui – si potrebbe argomentare – anche il dovere di competenza.

Muovendo oltre, a nostro avviso, uno degli aspetti più delicati e rilevanti per il difensore del minore sul piano dell'etica professionale, deriva dalla già indicata possibilità che questi venga chiamato a svolgere anche il ruolo, formalmente diverso, di curatore

curatori speciali di minori elaborate dal Consiglio nazionale forense, oltreché, nelle *Linee Guida del Comitato dei Ministeri del Consiglio d'Europa sulla Giustizia*, cit., parte IV, punti n. 14 e 15. A tal proposito, cfr. anche F. Tommaseo, *Rappresentanza e difesa del minore nel processo civile*, cit., p. 415, secondo cui: «La legge non prescrive particolari qualità professionali per l'assunzione della difesa di un minore, ma è significativo che la Corte cost. (n. 178/2004) abbia fatto espresso riferimento alla necessità d'avvalersi nei procedimenti riguardanti i minori di professionisti "in possesso di competenze adeguate alla particolarità e alla delicatezza della funzione da assolvere"».

[120] Cass. civ., sez. I, 8 gennaio 2024, n. 437, secondo cui: «L'art. 78 cod. proc. civ. (*ratione temporis* vigente) non impone al giudice di attenersi ad alcun albo per la scelta del curatore e, quanto ai requisiti di imparzialità e correttezza, si tratta di valutazioni discrezionali operate dal giudice di merito. Inoltre, si deve rilevare che già di per sé la iscrizione dell'albo degli Avvocati garantisce che si tratta di soggetto tenuto all'osservanza di doveri deontologici stringenti e sotto la vigilanza disciplinare del competente Consiglio dell'Ordine».

speciale. Come si è detto, infatti, laddove venga nominato curatore speciale un soggetto non in grado di costituirsi *ex* art. 86 cod. proc. civ., questi deve a sua volta nominare un difensore.

In questi casi, è il rappresentante processuale ad individuare la tutela che intende offrire al minore (sia pure con le difficoltà di questo compito), lasciando al legale la sola mansione di tradurre tecnicamente tale volontà in una richiesta giuridica.

Al contrario, invece, quando si cumulano nella stessa persona entrambe le qualifiche, l'avvocato è chiamato ad assumere decisioni cruciali e scelte di tipo esistenziale per un soggetto (il minore) della cui storia, vicenda personale e familiare nulla conosceva, quantomeno sino al momento della sua nomina, senza potersi confrontare con un suo rappresentante. In altre parole, l'avvocato curatore speciale è chiamato ad operare scelte che, in altri ambiti della giustizia civile, normalmente non spettano al difensore, poiché di regola è l'assistito ad indicare l'interesse, potremmo dire il bene della vita, che desidera tutelare. Per comprendere la difficoltà e, per certi versi, il dramma di questa posizione, si pensi ad esempio, nei casi più gravi, all'avvocato che deve scegliere se sostenere (o proporre lui stesso) una domanda di limitazione o decadenza dalla responsabilità *ex* art. 330-336 cod. civ. di uno o entrambi i genitori, se chiedere che il minore sia dichiarato adottabile perché in stato di abbandono, o se la situazione sia tale da ritenere possibile il recupero dei rapporti afferenti al nucleo familiare, anche attraverso l'ausilio di altre figure di sostegno, come i Servizi sociali ([121]).

Non sembra, peraltro, che il solo appellarsi alla ricerca del superiore interesse del minore sia effettivamente risolutivo del problema ([122]), atteso che questo interesse dovrà comunque tro-

([121]) M.G. Ruo, *Avvocato, tutore, curatore del minore nei procedimenti di adottabilità*, cit., p. 349; F. Danovi, *Il difensore del minore tra principi generali e tecniche del giusto processo*, cit., p. 262.

([122]) Ai recenti studi della dottrina civilistica si deve l'osservazione del superiore interesse del minore quale criterio del tutto evanescente: L. Lenti, *Note critiche in tema di interesse del minore*, in «Rivista di diritto civile», 2016, p. 86 ss., spec. p. 105; V. Scalisi, *Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto*, in «Rivista di diritto civile», 2018, p. 405 ss.

vare una forma concreta nel giudizio e tradursi in atti processuali ([123]). Appare difficile individuare soluzioni valide in senso assoluto. Tuttavia, una guida in questo difficile compito potrà essere individuata proprio nella trama dei doveri e dei principi deontologici.

È un'idea condivisa che le norme del codice deontologico sono insufficienti quando si tratta della figura del difensore del minore ([124]). Nondimeno, per quel che ora ci occupa, le recenti *Raccomandazioni per gli avvocati curatori speciali dei minori* elaborate dal Consiglio nazionale forense offrono alcune indicazioni utili ([125]).

Nella complessa attività di ricostruire ed interpretare l'interesse del minore ai fini del processo, infatti, al curatore speciale si impone – oltre ai generali doveri di probità, dignità, decoro e indipendenza (artt. 9 cod. deont. for.) – un rafforzamento dei doveri di competenza e aggiornamento professionale (artt. 14, 15 cod. deont. for.) anche attraverso l'acquisizione di una formazione multidisciplinare, nonché un dovere di leale collaborazione «con il tutore (laddove esistente), con i servizi sociali, con gli educatori, con i responsabili delle comunità, con il personale sanitario, con gli affidatari (o l'ente affidatario) con gli insegnanti, nonché con tutti gli altri soggetti che a vario titolo si occupano del minore». Dal confronto con tali soggetti, invero, l'avvocato curatore specia-

([123]) Interessante notare che alla problematica esposta non sembrano insensibili le *Linee guida del curatore speciale del minore nei procedimenti civili*, approvate dal Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Ascoli Piceno in data 31 marzo 2022, reperibili in <www.camereminorili.it>, spec. punto 6, che emblematicamente affermano che il curatore speciale del minore dovrà «alla luce dei fatti e degli atti processuali, valutare caso per caso se formulare nell'interesse del minore richieste distinte da quelle dei genitori, oppure, quando ritenga che l'interesse del minore coincida con quello di una delle altre parti, spiegare esclusivamente un intervento adesivo».

([124]) Per tutti: R. Danovi, *Per l'avvocato del minore occorre rafforzare il codice deontologico*, in «Famiglia e minori», 2008, p. 10; M.G. Ruo, *Arriva la proposta di decalogo per l'avvocato della famiglia: le nuove norme deontologiche*, in «Guida al diritto», 2010, n. 7, p. 81 ss.

([125]) Come pure delle varie linee guida e nei vari protocolli diffusi dai tribunali e consigli dell'ordine: cfr. *supra*, nota 118.

le potrà ricavare informazioni utili per l'individuazione del concreto interesse del suo assistito (126).

Rimane fermo, peraltro, che laddove il minore sia capace di discernimento, lo strumento principe continuerà ad essere il suo ascolto – che si aggiunge a quello, diverso, a cui è tenuto il giudice *ex* art. 473-*bis*.4 e 473-*bis*.5 cod. proc. civ. – al quale l'avvocato dovrà procedere nelle modalità e nel rispetto di quanto previsto dall'artt. 473-*bis*.8, comma 3, cod. proc. civ., nonché dall'art. 56 cod. deont. for. (127). Su questo profilo, le raccomandazioni» del Consiglio nazionale forense, in linea con le norme in materia e con la consolidata natura – non di mezzo di prova ma – di atto processuale volto a raccogliere l'opinione del minore (128), impongono al curatore speciale, oltre ad una serie di cautele sul piano delle modalità, di chiarire al minore la natura del procedimento e gli effetti dell'ascolto, tra cui la stessa possibilità che la sua opinione, pur tenuta in debita considerazione, non sarà necessariamente accolta.

A nostro avviso, poi, specie nei giudizi sulla crisi familiare – dove la nomina del curatore speciale potrebbe fondarsi sul presupposto di cui all'art. 473-*bis*.8, comma 1, lett. c e lett. d, cod. proc. civ. – un criterio che potrebbe efficacemente orientare le decisioni e l'attività del difensore del minore è il rispetto del c.d. principio della bigenitorialità, nei limiti in cui il suo sacrificio risponda ad un evidente interesse superiore.

(126) R. Danovi, *Dall'avvocato della famiglia all'avvocato del minore*, cit., p. 39: «si richiama l'avvocato del minore alla necessità di saperne interpretare il reale interesse e di saperne decifrare la volontà; e ancora alla necessità di instaurare relazioni e rapporti con tutti i soggetti che a vario titolo costellano le vicende minorili (i genitori, i consulenti, gli assistenti sociali, i medici, i magistrati i giornalisti) nella felice sintesi che si richiama all'*ascolto*, alla *assistenza* e alla *rappresentanza*».

(127) È chiaro che «il consenso degli esercenti la responsabilità genitoriale» richiesto dall'art. 56 cod. deont. for. affinché l'avvocato possa procedere all'ascolto del minore, non potrà operare per il curatore speciale *ex* art. 473-*bis*.8 cod. proc. civ., stante la sua funzione di sostituto dei genitori nella rappresentanza processuale del minore.

(128) Per tutti, R. Donzelli, *I provvedimenti nell'interesse dei figli minori ex art. 709 ter c.p.c.*, cit., p. 175 ss.; A. Arceri, *Il minore nel nuovo processo familiare*, cit., p. 382 s.

Tornando alla più generale prospettiva dell'etica professionale dell'avvocato curatore speciale, ulteriori doveri deontologici, pure richiamati nelle citate raccomandazioni, sono quelli di garantire l'anonimato dell'assistito e di astenersi dal comunicare con ogni mezzo informazioni relative al procedimento (artt. 18 e 57 cod. deont. for.).

Le raccomandazioni non richiamano espressamente l'art. 50 cod. deont. for. sul dovere di verità, ma chiaramente questo dovrà essere osservato anche dall'avvocato curatore speciale ([129]), posto che le suddette linee guida non hanno certo la funzione di disapplicare le norme del codice deontologico che non richiamano, ma solo quella di evidenziarne alcune particolarmente importanti per la figura in analisi.

Un ultimo aspetto da porre in analisi è quello relativo alle norme che regolano il dovere di indipendenza dell'avvocato del minore e mirano ad arginare il conflitto di interessi. A questo proposito, il difensore deve evitare incompatibilità derivanti tanto dall'art. 24 quanto dall'art. 68, comma 5, cod. deont. for.: la prima disposizione, come noto, offre la regola generale sul conflitto di interessi dell'avvocato; la seconda ne fornisce una specificazione nell'ambito familiare e minorile. In particolare, è fatto divieto all'avvocato che abbia difeso un minore di prestare assistenza a un genitore in successive controversie familiari, e viceversa ([130]).

La *ratio* sottesa alle disposizioni in parola è stata recentemente ribadita dalle Sezioni unite della Suprema Corte. Le norme che sanzionano il conflitto di interessi dell'avvocato nell'ambito minorile hanno come scopo quello di tutelare la genuina acquisizione del punto di vista del minore nel procedimento che lo riguarda. Questo fine, invero, deve essere perseguito non solo mediante l'ascolto, ma anche con l'ausilio di una figura terza di sostegno e di rappresentanza, costituita dal curatore speciale. Laddove la

([129]) Il dovere di verità *ex* art. 50 cod. deont. for. ricadrà, chiaramente, anche sull'avvocato difensore del minore che si interfaccia con il curatore speciale, nelle ipotesi in cui non vengano cumulate nella stessa persona i due ruoli.

([130]) Per una panoramica generale, v. R. DANOVI, *La deontologia nel diritto di famiglia tra principi e prospettive*, cit., p. 988 ss., ove ulteriori riferimenti anche giurisprudenziali.

terzietà e l'indipendenza di quest'ultimo venga meno a causa di un suo conflitto di interessi, l'effettività della partecipazione del minore al procedimento risulta vanificata. Il compito del curatore speciale, pertanto, non può essere inquinato neppure dal potenziale pericolo che scelte, opinioni e decisioni, piuttosto che rispondere all'esclusivo interesse del minore, possano subire l'influenza dell'interesse di uno degli adulti della controversia ([131]).

13. *Risultati dell'indagine.* — Veniamo ad un breve riepilogo delle conclusioni raggiunte nella nostra indagine. Nel processo familiare e minorile si riscontra un elevato numero di disposizioni che esprimono un interesse dell'ordinamento all'accertamento della c.d. verità materiale. Depongono in tal senso, a vario titolo: le norme che prescrivono alle parti specifici oneri di allegazione e produzione in ordine alle proprie condizioni economiche e agli impegni, frequentazioni e attività dei figli; quelle che attribuiscono specifici poteri di indagine al giudice e al pubblico ministero; nonché quelle che, a fronte di domande aventi ad oggetto diritti indisponibili, escludono l'operatività delle preclusioni nel processo (§ 2).

Alla luce del quadro normativo di riferimento, e sia pure nei limiti delle prime riflessioni sul tema, si è ritenuto di poter verificare l'esistenza degli obblighi di verità e completezza per le parti nel processo familiare e minorile – da intendersi come obblighi, rispettivamente, di non allegare fatti inveritieri, e di riferire al giudice quanto in loro conoscenza sui fatti di causa, inclusi quelli sfavorevoli – anche prescindendo da soluzioni che deriverebbero da una presa di posizione sull'esistenza dei suddetti obblighi, in generale, nel processo civile.

Si sono innanzitutto mostrate le difficoltà e infine si è escluso che la soluzione affermativa possa trovare fondamento nella natura indisponibile delle situazioni sostanziali oggetto del processo (§§ 3-4). Messe da parte, poi, le disposizioni neutre rispetto al quesito (§ 5), l'indagine ha consentito di osservare l'esistenza per le parti di obblighi di verità e completezza: in relazione agli aspetti

([131]) Cass. civ., sez. un., 26 luglio 2024, n. 20881.

economici, quando il giudizio coinvolge la sola coppia; in relazione anche agli aspetti che possono incidere sulla vita del minore, allorché l'oggetto del giudizio lo riguardi (§ 6).

Con riferimento al primo caso, la soluzione discende dall'art. 473-*bis*.18 cod. proc. civ., che nel prevedere le conseguenze della sua inosservanza, si riferisce non solo alle «produzioni documentali», ma anche alle «informazioni» «inesatte o incomplete», con ciò imponendo ai litiganti un obbligo di riferire i fatti ivi indicati in modo veritiero e completo.

Quanto al processo che riguarda i figli minori, i menzionati obblighi discendono dalle norme che impongono ai genitori di esercitare i poteri relativi alla loro responsabilità in funzione dell'interesse dei figli. Tali poteri, infatti, vanno impiegati a tale scopo anche quando devono essere spesi all'interno del processo. Di conseguenza i genitori hanno un obbligo di offrire una rappresentazione fattuale veritiera e completa ai fini dell'adozione di una decisione giusta (§ 6). Non si è escluso del tutto, per altro verso, che la soluzione affermativa al quesito possa derivare da un'interpretazione dell'art. 473-*bis*.18 cod. proc. civ., coordinata agli artt. 3, comma 2, 24 e 111, comma 1 e 2, Cost. (§ 6).

L'inosservanza dei riferiti obblighi provoca l'applicazione di sanzioni che operano sul piano del merito (art. 116, comma 2, cod. proc. civ.) e delle spese processuali (artt. 92 e 96 cod. proc. civ.), e può determinare la nomina di un curatore speciale in favore del minore, ove la violazione sia indice dell'inadeguatezza dei genitori a rappresentare processualmente gli interessi del figlio (artt. 473-*bis*.8, comma 1, lett. c, cod. proc. civ.).

I risultati raggiunti nella prima parte del lavoro proiettano le loro conseguenze sui doveri e le prerogative dell'avvocato che opera nel processo familiare e minorile (§§ 7-12). Si sono prese le mosse dalla generale constatazione che l'avvocato, nella sua funzione di rappresentare processualmente la parte, è destinatario anche degli obblighi di quest'ultima, inclusi, laddove operanti, quelli di verità e completezza. Per altro verso, lo stesso avvocato è destinatario di un autonomo dovere di verità che trova la sua fonte nelle regole deontologiche e nell'ordinamento forense.

Così l'analisi della figura dell'avvocato familiarista, calata nel contesto che gli impone di rapportarsi (nel suo duplice ruolo) a verità e completezza, fa emergere un quadro notevolmente complesso. Quadro che si complica ulteriormente ove si affrontino i problemi emersi anche guardando ai diversi ruoli e scenari in cui il familiarista può essere chiamato ad operare.

Ciò posto, nella prospettiva generale, l'osservazione dell'art. 50 cod. deont. for. mostra l'adattabilità di alcune regole inerenti al dovere di verità dell'avvocato con quelle relative all'obbligo di verità della parte nel processo familiare e minorile. L'art. 50 cod. deont. for., infatti, guarda al dovere di verità del difensore sia sul versante istruttorio, sia su quello delle allegazioni. All'avvocato, pertanto – come per la parte *ex* art. 473-*bis*.18 cod. proc. civ. – è fatto divieto di mentire sia mediante dichiarazioni non vere, sia attraverso elementi istruttori che sappia essere falsi.

Si è poi indagata la configurabilità in capo all'avvocato di un autonomo «dovere di completezza» – potenzialmente rilevante per lui, laddove esistente, sul piano deontologico e, quindi, anche sanzionatorio – inteso come il dovere di riferire i fatti sfavorevoli che riguardano il proprio assistito e di cui sia a conoscenza, quando quest'ultimo sia a ciò tenuto nel processo familiare.

La soluzione può variare a seconda che il processo riguardi anche i figli minori (§ 10). Tuttavia, sul piano generale, le norme disciplinari non consentono di ritenere esistente in termini assoluti tale dovere per l'avvocato, stante, da un lato, l'assenza di una disposizione che lo imponga, e dall'altro, l'esigenza di bilanciare i vari interessi giuridici coinvolti, tra cui quelli riconducibili ai doveri di fedeltà, fiducia, segretezza e riservatezza *ex* artt. 10, 11, 13 cod. deont. for. (§ 7). A fronte di un cliente che desidera violare i suoi obblighi di verità e completezza, pertanto, l'avvocato dovrà cercare di indurlo a conformarsi alle regole processuali. Solo in caso di insanabile conflitto tra gli obblighi etici e la volontà del cliente, l'avvocato sarà tenuto a rinunciare al mandato.

Si è poi passati all'analisi delle tre prospettive: quella dell'avvocato nel processo su questioni economiche; quella dell'avvocato del genitore, in presenza di figli minori; quella dell'avvocato curatore speciale. Quanto alla prima figura, si rende necessario

un rafforzamento del dovere di competenza, soprattutto nel saper rappresentare al giudice un'interpretazione dei dati economici che la parte è tenuta ad offrire nell'ambito della *disclosure* (§ 9).

Nel secondo scenario, l'avvocato deve modulare l'attività difensiva tenendo conto dell'interesse superiore del minore, posto che il mandato stipulato col genitore ha «effetti protettivi» verso i figli. Ciò solleva il quesito se l'avvocato abbia anche il dovere deontologico di riferire in giudizio i fatti sfavorevoli al proprio assistito. Nella difficoltà interpretativa, si è ritenuta necessaria l'introduzione di una disposizione *ad hoc* che disciplini la questione (§ 10).

Quanto al difensore del minore, si sono prese le mosse dalla nuova disciplina del curatore speciale *ex* art. 473-*bis*.8 cod. proc. civ., la cui funzione è quella di rappresentare processualmente il minore in caso di inadeguatezza dei genitori. Per il curatore speciale gli obblighi di verità e completezza sono da considerarsi stringenti: false dichiarazioni o reticenze possono portare alla revoca dell'incarico (§ 11).

L'assunzione del ruolo di curatore speciale da parte di un avvocato che si costituisce in proprio *ex* art. 86 cod. proc. civ., solleva problematiche di ordine etico e decisionale, specie in ordine all'assunzione di complesse scelte esistenziali per il minore e in luogo di quest'ultimo. A tale riguardo, l'ascolto del minore appare essenziale all'acquisizione genuina del suo concreto interesse (§ 12).

Umberto De Luca
Dottorando di ricerca nell'Università di Macerata

LA «DOPPIA FEDELTÀ» DELL'AVVOCATO IN ITALIA TRA UNITÀ E PRIMA ETÀ REPUBBLICANA

Sommario: 1. Il dovere di «doppia fedeltà» dell'avvocato. – 2. Avvocati protagonisti del Risorgimento: funzione sociale come impegno politico – 3. «Per i fini della giustizia e per gli interessi superiori della Nazione»: il modello di avvocato fascista. – 4. «Lavorate tranquilli»: l'intervento di Piero Calamandrei in apertura del Congresso nazionale giuridico forense del 1947. – 5. Osservazioni conclusive.

1. *Il dovere di «doppia fedeltà» dell'avvocato*. — L'art. 10 dell'attuale codice deontologico forense disciplina il dovere di fedeltà dell'avvocato, impegnando quest'ultimo su due fronti: in primo luogo, il professionista deve «adempiere fedelmente il mandato ricevuto, svolgendo la propria attività a tutela dell'interesse della parte assistita»; al contempo, l'avvocato viene chiamato ad esercitare la propria attività professionale «nel rispetto del rilievo costituzionale e sociale della difesa». Alla stessa logica soggiace l'art. 3, comma 1, della legge professionale n. 247 del 2012, che, nel fare riferimento all'attività professionale dell'avvocato, prescrive che essa debba rispettare i canoni di indipendenza, lealtà, probità, dignità, decoro, diligenza e competenza, «tenendo conto del rilievo sociale della difesa».

Emerge, dunque, dalla disciplina della legge professionale e dalla citata disposizione del codice deontologico forense, un connubio tra «rilievo sociale» e attività difensiva. È nel 2006 che tale binomio inizia a prendere consistenza normativa, allorquando il Consiglio nazionale forense, riformando l'art. 7 del previgente

Quaderni di «Etica e giustizia», n. 1
L'avvocato e la giustizia, a cura di M. Gradi, Napoli, 2025

codice deontologico forense del 1997, rubricato «Dovere di fedeltà», ha inserito un secondo canone alla previsione, esigendo che l'avvocato eserciti la propria attività «anche nel rispetto dei doveri che la sua funzione gli impone verso la collettività per la salvaguardia dei diritti dell'uomo nei confronti dello Stato e di ogni altro potere».

Il termine «fedeltà», quando riferito all'attività professionale dell'avvocato, richiama, innanzi tutto, «alla prima, più antica e fondamentale funzione dell'avvocatura» [1], ossia al rispetto delle ragioni del proprio assistito e all'obbligo di non arrecargli pregiudizio.

Allo stesso tempo, però, l'avvocato non può essere considerato un semplice «mercenario» al servizio del suo cliente, in quanto con «fedeltà» non si intende una mera difesa degli interessi esclusivi di quest'ultimo. L'avvocato, al contrario, assicurando all'assistito la corretta conoscenza della legge, offre un contributo fondamentale per l'organizzazione della società, garantendo al cittadino, nell'ambito dell'ordinamento giuridico, l'effettività della tutela dei propri diritti. Di certo l'avvocato non si sostituisce al giudice, ma spetta al primo di pretendere l'osservanza dei principi attinenti alla difesa condensati nei valori costituzionali (primo tra tutti l'art. 24 Cost.) e nelle norme dell'ordinamento europeo e internazionale.

È a questo aspetto dell'attività professionale che allude l'ultimo inciso dell'art. 10 del codice deontologico forense vigente. La conoscenza della legge, che l'avvocato assicura al proprio cliente, non è finalizzata unicamente al soddisfacimento di un interesse privato; al contrario, è attraverso la difesa della parte, nella piena autonomia e indipendenza dell'attività difensiva, che si dà attuazione all'ordinamento. La difesa dell'assistito, nell'ambito del sistema costituzionale, diventa, dunque, il mezzo per il quale si

[1] Queste sono le parole che troviamo nella voce *Avvocati e procuratori* di Camillo Cavagnari ed Emilio Caldara contenuta nel quarto volume, parte seconda, de *Il Digesto italiano* che raccoglie i contributi degli anni 1893-1899. L'opera dei due giuristi è stata in seguito ristampata ed inserita nella collana di Storia dell'Avvocatura del Consiglio nazionale forense. Cfr. C. CAVAGNARI, E. CALDARA, *Avvocati e procuratori*, rist., a cura di G. Alpa, Bologna, 2004.

realizzano i fini di giustizia, nel rispetto dei valori che sono patrimonio dell'avvocatura e che sono impressi nelle norme del codice deontologico.

Questa funzione «sociale» dell'avvocato, che scaturisce dall'esercizio dell'attività professionale e che con essa si intreccia indissolubilmente, giustifica l'interpretazione dell'art. 10 cod. deont. for., come applicazione del principio della c.d. «doppia fedeltà». L'attività dell'avvocato, così com'è intrinsecamente votata alla tutela degli interessi di una parte, allo stesso tempo, per la funzione costituzionale che assume, diviene un momento essenziale del diritto di difesa del cittadino e garanzia di tutela della persona. Essa assume, pertanto, una dimensione «pubblica» a garanzia dei terzi e della collettività (2), del corretto esercizio della giurisdizione e dell'attuazione dei principi dello Stato di diritto (3).

In questa sede, si intende approfondire questo volto del principio di fedeltà, che riconosce un rilievo sociale all'attività dell'avvocato e allo stesso impone un canone di condotta. Si cercherà, infatti, di individuare, nel prisma dei caratteri riconducibili all'agire pubblico dell'avvocatura, elementi ascrivibili al contenuto del dovere di fedeltà in una dimensione storica e sociale ben definita ma non del tutto omogenea. L'approfondimento si concentrerà sul periodo compreso tra l'Unità e la prima stagione costituzionale

(2) Il significato di un riferimento alla responsabilità sociale dell'avvocato può cogliersi anche nell'art. 1, comma 1, cod. deont. for. eur., che chiarisce come il compito dell'avvocato «non si limita al fedele adempimento di un mandato nell'ambito della legge. L'avvocato deve garantire il rispetto dello Stato di Diritto e gli interessi di coloro di cui difende i diritti e le libertà. L'avvocato ha il dovere non solo di difendere la causa del proprio cliente ma anche di essere il suo consigliere. Il rispetto della funzione professionale dell'avvocato è una condizione essenziale dello Stato di diritto e di una società democratica».

(3) Un'applicazione pratica del dovere di fedeltà così inteso può scorgersi nella responsabilità sociale dell'impresa, nell'ambito della quale l'avvocato è chiamato ad assistere le parti nella tutela dell'interesse verso la collettività, che è indispensabile assicurare anche nelle attività di rilievo economico. Su queste e altre ricadute pratiche del principio di doppia fedeltà sull'attività professionale si rimanda a R. Danovi, *Il codice deontologico forense*, Milano, 2006, pp. 97-98, 182; e U. Perfetti, *Deontologia dell'avvocato, ordinamento forense, amministrazione della Giustizia*, Torino, 2013, pp. 159-167.

della Repubblica. I quesiti a cui si cercherà di dare risposta saranno almeno due: preliminarmente, si tenterà di chiarire se sia o meno esistito «storicamente», tra gli appartenenti all'avvocatura, un vero e proprio dovere di fedeltà nei confronti del corpo sociale di appartenenza e dei suoi valori; in seguito, una volta individuati eventuali tratti sintomatici di un riconosciuto canone di fedeltà, si prenderà in esame il modo in cui essi sono stati concretamente interpretati nell'attività professionale degli avvocati italiani vissuti tra la fine dell'Ottocento e la prima metà del Novecento.

2. *Avvocati protagonisti del Risorgimento: funzione sociale come impegno politico*. — L'avvocatura italiana partecipò attivamente al processo politico-istituzionale che portò all'Unità d'Italia, assumendo un ruolo di primo piano nell'ambito di quella borghesia professionale che si rese protagonista nella stagione risorgimentale. Gli avvocati, infatti, aderirono attivamente al processo di riunificazione nazionale, sia nelle vesti di difensori degli accusati che di cospiratori dell'ordine costituito, nonché in quelle di consulenti tecnici nel processo di costruzione delle basi ordinamentali dello Stato. Il contributo del ceto giuridico al processo politico di *State-building* è confermato dall'analisi della classe dirigente italiana della seconda metà dell'Ottocento ([4]). Fu soprattutto il Parlamento la sede in cui gli avvocati misero a frutto la loro competenza ([5]), ma gli stessi assunsero anche le cariche di ministri e pre-

([4]) Per una completa analisi dei dati relativi alla partecipazione alla vita politica e alla presenza degli avvocati nel Parlamento italiano si rinvia a F. TACCHI, *Gli avvocati italiani dall'Unità alla Repubblica*, Bologna, 2002, pp. 231-247; M. MALATESTA, *Per la storia sociale dell'avvocatura: tradizione e trasmissione*, in *Un progetto di ricerca sulla storia dell'avvocatura*, a cura di G. Alpa, R. Danovi, Bologna, 2003; *Avvocati che fecero l'Italia*, a cura di S. Borsacchi e G.S. Pene Vidari, Bologna, 2011.

Per una panoramica sull'ascesa del ceto dei giuristi non circoscritta alle vicende dell'avvocatura si rimanda a M. MERIGGI, *Il Parlamento dei giuristi: a proposito di «Governo e governati in Italia»*, in *Università e professioni giuridiche in Europa nell'età liberale*, a cura di A. Mazzacane e C. Vano, Napoli, 1994, pp. 313-330.

([5]) All'indomani dell'Unità (VII legislatura, 1861-1865) gli avvocati e i laureati in Giurisprudenza erano rispettivamente il 28 ed il 36% del totale dei

sidenti del Consiglio, a testimonianza di come la facoltà giuridica fosse la sede più idonea di preparazione alla dimensione pubblica e di come l'avvocatura rappresentasse «la spina dorsale dell'*élite* liberale» (6). Gli avvocati possedevano, in misura maggiore rispetto ad altre categorie, una forte carica di legittimazione sociale, la quale, accompagnata allo strumentario tecnico-culturale di cui erano muniti, consentì loro di farsi eleggere e raggiungere le più alte cariche dello Stato (7). L'avvocato giungeva in Parlamento o veniva scelto tra i membri del Governo facendo forza sulla rete di relazioni che riusciva ad intessere nel corso della sua attività professionale. Aldo Mazzacane ha sottolineato, a questo proposito, come il giurista dell'età liberale fosse per definizione «avvocato, professore e politico» (8).

Furono almeno tre i motivi che spinsero gli avvocati ad impegnarsi nella cosa pubblica (9). In primo luogo, per quegli italiani nati con il sogno dell'Italia unita la partecipazione politica fu frutto di un'adesione ai valori risorgimentali: l'immagine, la memoria, il mito del Risorgimento furono spesso associati alla figura del giurista, depositario degli ideali di giustizia e libertà politica (10). Non trascurabile è un altro aspetto: gli avvocati videro nella

deputati. Le elezioni, fondate su un sistema maggioritario a due turni e sul collegio uninominale, offrirono all'avvocato una base elettorale reclutata gran parte tra la propria clientela, composta da gruppi sociali che avevano a cuore la salvaguardia dei propri interessi. Sul sistema elettorale piemontese del 1848, ispiratore di quello italiano, cfr. P. Pombeni, *La rappresentanza politica,* in *Storia dello Stato italiano: dall'Unità a oggi*, a cura di R. Romanelli, Roma, 1995, pp. 73-120.

(6) A. Lyttelton, *La conquista del potere: il fascismo dal 1919 al 1929*, Roma-Bari, 1982, p. 174.

(7) R. Braccia, *Un avvocato nelle istituzioni: Stefano Castagnola giurista e politico dell'Italia liberale*, Milano, 2008.

(8) La definizione è contenuta in A. Mazzacane, *Secolo dell'università; secolo delle professioni: le ragioni di un incontro*, in *Università e professioni giuridiche in Europa nell'età liberale*, a cura di A. Mazzacane e C. Vano, cit., p. 9.

(9) G. Alpa, R. Danovi, *Un progetto di ricerca sulla storia dell'avvocatura*, cit., p. 101.

(10) Per una esaustiva panoramica sulle vicende che, in varie regioni d'Italia, videro protagonisti avvocati impegnati nella vicenda risorgimentale si rinvia

fervente stagione politica che si stava aprendo dinanzi ai loro occhi una ricca occasione di affermazione personale e di guadagno. Numerosi di essi, poi, offrirono il proprio contributo in termini di conoscenze e di preziosi tecnici del diritto per la costituzione delle basi giuridico-legislative del nuovo stato unitario (11). A prescindere da quale di queste tre pulsioni prevalesse nell'animo dell'avvocato, sia chiaro che nonostante il proprio impegno pubblico questi non interrompeva la propria attività professionale e ciò non appariva affatto disfunzionale o, peggio, inopportuno. Emblematico è quanto ha avuto modo di affermare Giuseppe Zanardelli nel 1879: «l'avvocato nell'assiduo esercizio della difesa delle cause private, si tempra e si ammaestra a difendere la più bella delle cause, la causa della patria nelle assemblee nazionali» (12). Il giurista bresciano, eletto in Parlamento ininterrottamente dal 1861 fino alla sua morte, ricoprì numerosi incarichi di governo fino a giungere alla Presidenza del Consiglio dei ministri, divenendo il modello dell'avvocato liberale.

Con l'Unità, era giunto anche il tempo per l'unificazione legislativa dell'avvocatura. La prima legge professionale del 1874 (13) ritraeva l'attività dell'avvocato come una funzione al tempo stesso pubblica e privata (14). D'altro canto, come poc'anzi è stato rilevato, la professione comprendeva in sé stessa – e la legge non poteva non riprodurla – una ambigua sovrapposizione di criteri

a S. Borsacchi, G.S. Pene Vidari, *Introduzione*, in *Avvocati che fecero l'Italia*, a cura di S. Borsacchi e G.S. Pene Vidari, cit., pp. 15-23.

(11) Sul punto si rimanda al volume di S. Borsacchi, G.S. Pene Vidari, *Avvocati protagonisti e innovatori del primo diritto unitario,* Bologna, 2014, nel quale si esplora l'impegno dell'avvocatura nel campo del diritto civile, diritto commerciale, diritto pubblico e diritto penale.

(12) G. Zanardelli, *L'avvocatura: discorsi,* Firenze, 1879, p. 50.

(13) Si tratta della legge n. 1938 del 1874 («Legge che regola l'esercizio della professione di Avvocato e di Procuratore»).

(14) Sul significato complessivo della legge professionale del 1874 all'interno dell'assetto istituzionale e politico del tempo, v. M. Malatesta, *Gli ordini professionali e la nazionalizzazione in Italia*, in *Dalla città alla nazione: borghesie ottocentesche in Germania e in Italia*, a cura di M. Meriggi e P.A. Schiera, Bologna, 1993, pp. 165-180.

pubblicistici e privatistici (15). Non sorprende così trovare deputati favorevoli a definire l'avvocatura un pubblico ufficio. In un progetto di legge del 1866 era anche stata avanzata la proposta di estendere la qualifica di «pubblico uffizio» ad entrambe le professioni di avvocato e procuratore, ma la proposta era stato bocciata dalla Commissione del 1868 perché contenente i «pericoli di una definizione di senso ambiguo» (16). La discussione sulla funzione pubblica e il pubblico ufficio della professione forense approdò anche ai congressi nazionali forensi di fine secolo (Roma 1897; Torino 1898), nel corso dei quali due ordini del giorno proposero di dichiarare pubblici ufficiali sia i procuratori che gli avvocati: il primo fu approvato e il secondo respinto, ma, in ogni caso, i propositi di riforma non trovarono realizzazione.

Esercitando una funzione pubblica e necessaria, l'avvocato doveva rispettare alcuni obblighi di natura formale (17), che il legislatore stabilì nella legge professionale nell'interesse della giustizia. Il ristretto campo di applicazione della disciplina, racchiuso appunto a fondamentali – anche se circoscritti – adempimenti, è spiegato dal fatto che la deontologia forense veniva ancora conce-

(15) F. Cammarano, M.S. Piretti, *I professionisti in parlamento (1861-1958)*, in *I professionisti*, a cura di M. Malatesta, vol. 10 di *Storia d'Italia*: *Annali*, Torino, 1996, pp. 521-589.

(16) Cfr. ASCD, Legisl. X, sess. 1 (1867-69), Proposte di legge n. 190; AP, Camera, Legisl. X, sess. 2 (1869-70), Disegni di legge e relazioni, relazione della Commissione, tornata del 19 luglio 1870, p. 2.

(17) Il riferimento è alla puntuale regolamentazione dell'iscrizione all'albo degli avvocati, requisito necessario per l'esercizio della professione forense. Sul punto, si rimanda, in primo luogo, all'art. 3 della legge n. 1938/1874, che stabilisce che «per assumere il titolo e per esercitare le funzioni di Avvocato o di Procuratore è necessaria l'iscrizione nell'albo», nonché all'intera sezione I del capo II del corpo normativo, rubricata «Della iscrizione nell'albo e delle incompatibilità coll'esercizio della professione di Avvocato». Oltre alla menzionata regolamentazione, la legge professionale prevedeva anche altri doveri in capo agli avvocati: essa stabiliva infatti che i professionisti dovessero «prestare gratuitamente il loro patrocinio ai poveri, giuste le norme stabilite nel Regolamento» (art. 14) e che fossero «ammessi a patrocinare davanti la Corte di cassazione gli Avvocati che [avevano] esercitato il patrocinio per cinque anni almeno davanti le Corti d'Appello od i Tribunali civili e correzionali, ed i Professori di diritto nelle Università del Regno» (art. 15).

pita come un patrimonio di valori che gli avvocati conservavano e trasmettevano di generazione in generazione. Una materia intesa come una questione «interna» all'avvocatura, naturalmente riservata al corpo forense e, di conseguenza, insuscettibile di essere regolata a livello generale. Ciò spiega perché l'avvocatura, ritrovatasi riunita sotto la stessa bandiera tricolore dopo la stagione risorgimentale, non disponeva ancora di un proprio codice di norme deontologiche né venne sollevata la questione negli anni dell'unificazione legislativa. Gli avvocati potevano, d'altra parte, fare affidamento sulle opere che, fra Otto e Novecento, alcuni professionisti avevano dato alle stampe per fornire ai colleghi – soprattutto ai più giovani – un modello di condotta da seguire nel quotidiano esercizio della professione [18].

Tali galatei professionali – unitamente alle prassi che si erano andate stratificando nei tribunali dei diversi Stati preunitari – non contemplavano un espresso dovere di fedeltà, così come inteso dal vigente codice deontologico forense. Tuttavia, per via del corposo impegno nella *res publica* nazionale, l'avvocatura appariva dotata di una forte connotazione sociale, e l'attività dell'avvocato, di fatto, rappresentava un esempio di «esercizio privato di pubbliche funzioni» [19], nonostante tale qualifica non fosse riconosciuta dalla legge professionale del 1874.

L'interpretazione dell'avvocatura come funzione «pubblica», esercitata sì nell'interesse del privato ma in nome dei superiori valori dell'ordinamento era stata in larga parte presupposta sin dal

[18] R. Bianchi Riva, *Verso il codice deontologico forense: l'autonomia dell'avvocatura nell'Italia repubblicana*, in «Historia et ius», 2020, n. 17, pp. 1-52. Il riferimento è al *Galateo degli avvocati* di V. Moreno, pubblicato nel 1843; e a *Il galateo dei causidici* di B. Belli, del 1839. Per una ricostruzione storica dei problemi deontologici si veda I. Botteri, *Tra «onore» e «utile»: il galateo del professionista*, in *I professionisti*, a cura di M. Malatesta, cit., pp. 721-762.

[19] La citazione è di Piero Calamandrei, *Troppi avvocati!*, Firenze, 1921, ripubblicato in Id., *Opere giuridiche*, vol. II, Napoli, 1966, p. 39 ss.: egli immagina l'avvocato come un «tentacolo lanciato dall'ordinamento giudiziario incontro alla litigiosità», per saggiare la serietà e la fondatezza delle liti in preparazione, impedendo a quelle temerarie di giungere fino ai tribunali; e considera l'avvocatura, quando in forma di libera professione, come un esempio di «esercizio privato di pubbliche funzioni».

1874, all'epoca della prima istituzione degli ordini professionali. In assenza di una normativa deontologica espressa non vi era un dovere esplicito, ma tuttavia era forte nell'avvocatura il sentimento di dover contribuire agli interessi della comunità di riferimento.

3. «*Per i fini della giustizia e per gli interessi superiori della Nazione*»: *il modello di avvocato fascista*. — Il ruolo di rappresentanza e di mediazione di interessi e conflitti che la classe forense aveva ricoperto nella società italiana e che era stata propria dell'avvocato liberale si poneva evidentemente in contrasto strutturale con l'essenza del regime fascista che non poteva tollerare una presenza nell'agone politico che non fosse riconducibile allo Stato-partito. È per questo motivo che il fascismo, fin dai primi anni Venti, attuò nei confronti della classe forense una politica legislativa aggressiva, volta al ridimensionamento dell'influenza della classe forense nella vita pubblica.

Nel 1926, all'indomani dell'approvazione della legge n. 453, recante la disciplina dell'ordinamento delle professioni di avvocato e di procuratore, venne stabilita la cancellazione dagli albi di tutti gli avvocati e procuratori che avessero svolto una pubblica attività in contrasto con gli interessi della nazione. Ma l'evento più rilevante dal punto di vista istituzionale fu lo scioglimento di tutti i consigli dell'ordine, accompagnato dalla contestuale nomina di commissioni incaricate di provvedere alla revisione straordinaria degli albi, soprattutto alla luce delle nuove norme di cancellazione degli avvocati «antinazionali» ([20]).

Una seconda norma regolamentare del luglio dello stesso anno riconobbe, inoltre, il sindacato fascista come rappresentante legale della classe forense, affidandogli compiti di tutela degli interessi morali ed economici dei soci nonché di assistenza, istruzione ed educazione morale ([21]). Nel 1928 il decreto-legge n. 2580 del 22 novembre soppresse gli antichi ordini forensi. Le assemblee generali degli ordini, che avevano resistito almeno formalmente ai

([20]) Art. 6 del regio decreto n. 747 del 1926.
([21]) Regio decreto n. 1130 del 1926.

provvedimenti precedenti, furono abolite [22] e le commissioni temporanee, incaricate di effettuare la revisione straordinaria degli albi, furono sostituite da commissioni permanenti di nomina ministeriale.

Infine, con l'approvazione del nuovo codice di procedura penale del 1930, il fascismo assestò un ulteriore attacco all'avvocatura proprio nel terreno d'elezione della classe forense, l'attività in giudizio. Il carattere marcatamente inquisitorio del nuovo codice di rito da un lato declassava il difensore al rango di collaboratore del giudice nella «ricerca della verità», dall'altro colpiva gli aspetti del malcostume forense ritenuti ideologicamente incompatibili con il fascismo: la retorica «metafisica», l'istrionismo d'assise, il ricorso al cavillo. In quest'ottica vanno letti l'abolizione della giuria e il contingentamento della durata delle arringhe, oltre al divieto di abbandono della difesa e di altre misure analoghe [23].

L'avvocato veniva inteso, dunque, come un ausiliare della giustizia, e nel 1929, il segretario del Partito, Augusto Turati, definì in una circolare quali dovessero essere le note distintive dell'«avvocato fascista» [24]. Il carattere di ausiliario della giustizia comportava – secondo Turati – che in campo civile non dovessero essere promosse cause con uno spirito di mera litigiosità e che in campo penale non potessero essere difesi uomini pericolosi per l'ordine sociale e politico dello Stato. Il partito intendeva ribadire che l'avvocato ricopriva una funzione sociale da svolgersi negli interessi della nazione e del regime [25]. Lo stesso Mussolini, che definì pubblicamente gli avvocati come «colonne del regime»

[22] Art. 6 del regio decreto n. 2580 del 1929.

[23] M.N. Miletti, *Le ali ripiegate: il modello di avvocato fascista nel codice di procedura penale italiano del 1930*, in «Acta Histriae», 2008, vol. 16, pp. 619-636.

[24] A. Meniconi, *La «maschia avvocatura»: istituzioni e professione forense in epoca fascista (1922-1943)*, Bologna, 2007, p. 136.

[25] Lo stesso regio decreto n. 1130/1926 annoverava (art. 98) la professione forense tra i servizi di pubblica necessità. Un'identica locuzione trasmigra nel codice penale del 1930, il cui art. 359 includeva i difensori tra coloro che esercitano un servizio di pubblica necessità.

([26]), riconosceva in loro la funzione, complementare a quella dei giudici, di collaborazione all'amministrazione della giustizia ([27]), ma solo ed esclusivamente nell'ambito di quel sistema di valori che il fascismo stesso aveva impresso alla società italiana. Era il modello dell'avvocato fascista ad essere considerato «colonna del regime», non certo quello dell'avvocato liberale.

Sotto questo profilo evidenti furono i segnali della torsione autoritaristica che il regime aveva imposto alla professione forense. Il binomio avvocato-politica si mantenne ben saldo anche durante il fascismo, specialmente se si osserva come numerosi membri di spicco del partito fascista e anche membri dell'esecutivo fossero avvocati. Ma ciò che mutò profondamente fu il rapporto tra classe forense e comunità di appartenenza. Il ruolo di rappresentanza politica diventò impossibile da mantenere nel contesto di un regime totalitario e gli avvocati, propagandisticamente esaltati come «colonne del regime», vennero di fatto ridotti a meri funzionari dell'apparato burocratico e strumento per la risoluzione della causa. Una vera e propria frode delle etichette: nonostante l'apparente continuità con l'età liberale, esaltata dai toni trionfalistici del regime, la classe forense, non solo si vedeva privata di ogni possibile attività di autogoverno, ma, al contempo, diventava semplice meccanismo dell'elefantiaca macchina della giustizia agli ordini del partito.

4. *«Lavorate tranquilli»: l'intervento di Piero Calamandrei in apertura del Congresso nazionale giuridico forense del 1947*. — Nel settembre del 1947, in un clima di recuperata libertà, l'avvocatura tornò a riunirsi in Congresso nazionale nella città di Firenze ([28]).

([26]) Il testo del discorso è riportato in L.E. GIANTURCO, *Gli avvocati colonne del regime*, Napoli, 1937.

([27]) A conferma di ciò, l'art. 8 del regio decreto-legge n. 1578 del 1933, recante norme in materia di ordinamento delle professioni di avvocato e di procuratore, prevedeva, come condizione per l'esercizio del patrocinio aver prestato giuramento secondo la formula seguente: «Consapevole dell'alta dignità della professione forense, giuro di adempiere ai doveri ad essa inerenti e ai compiti che la legge mi affida con lealtà, onore e diligenza *per i fini della giustizia*».

([28]) Le relazioni discusse nel corso del Congresso sulla riforma dei codici di procedura penale e civile, sulla legge del gratuito patrocinio, le mozioni finali e

Tale appuntamento assunse un forte significato simbolico perché si celebrò alla presenza del Capo provvisorio dello Stato Enrico De Nicola, anch'egli avvocato, il quale, dopo aver ricoperto sino al 25 gennaio 1924 la carica di Presidente della Camera dei deputati, aveva partecipato al movimento di liberazione.

Piero Calamandrei, anch'egli avvocato, professore e politico, alla vigilia del Congresso pronunciò un accorato discorso alla memoria di Enrico Bocci, avvocato militante della Resistenza scomparso nel nulla dopo essere stato catturato dai nazi-fascisti, ma rivolto a tutti gli avvocati italiani ([29]). Il giurista fiorentino rese un omaggio non formale agli avvocati caduti per la libertà ma, al contempo, in questo suo mirabile intervento, segnò la strada maestra all'avvocatura italiana, indicando la via d'uscita dal vicolo cieco in cui era stata relegata dal fascismo.

Calamandrei ha voluto ricordare la storia di Enrico Bocci, avvocato fiorentino, che nel 1944 aveva creato, in collaborazione con altri antifascisti, una stazione radio clandestina nel centro di Firenze attraverso cui prese contatti con gli alleati e garantì le comunicazioni tra i partigiani. Dopo la sua cattura, nemmeno le più tremende torture erano riuscite ad estorcere a Bocci i nomi dei suoi compagni. L'ultima volta che fu visto vivo, pronunciò ai suoi compagni di prigionia due parole, «state tranquilli», condensando in una breve battuta l'amore per la libertà che lo aveva fatto resistere fino a quel momento.

Calamandrei ha ripreso proprio quelle parole per trasformarle in un monito da lanciare agli avvocati italiani riuniti in assise. «Lavorate tranquilli», ha chiesto ai colleghi, per contribuire a riscostruire l'Italia uscita a brandelli dagli anni della tirannia e della

gli ordini del giorno dei lavori sono raccolte in G. Alpa, S. Borsacchi, R. Russo, *Atti del primo Congresso nazionale giuridico forense del secondo dopoguerra (settembre-novembre 1947),* Bologna, 2008. Nella medesima collana di Storia dell'Avvocatura in Italia sono stati pubblicati anche gli atti del primo Congresso giuridico italiano, in G. Alpa, *Atti del primo Congresso giuridico italiano (25 novembre - 8 dicembre 1872)*, Bologna, 2006.

([29]) P. Calamandrei, *Uomini e città della Resistenza: discorsi, scritti ed epigrafi,* a cura di S. Luzzatto, prefazione di C.A. Ciampi, Roma-Bari, 2006, p. 82 ss.

guerra. Anni in cui l'avvocatura aveva dovuto assistere al sorgere di un regime di «truffa costituzionale»; gli avvocati, «i custodi della santità della legge avevano dovuto vivere un periodo in cui violarla era diventato un mezzo di civile protesta e di ribellione generosa all'oppressione» ([30]).

Calamandrei dunque si domandò, interrogando anche i suoi colleghi, quale compito spettasse all'avvocatura alla luce della nuova realtà istituzionale che si stava delineando: «Dobbiamo rimetterci di nuovo a tirar su i nostri castelli di leggi? (…) La legalità è molto, ma non è tutto; l'abbiamo difesa in tempo di disfacimento giuridico, ma non ci basta più. Al di sopra e al di dentro delle leggi scritte, di cui noi siamo custodi ed interpreti, ci occorrono quelle leggi non scritte di cui parlava Antigone (…) la voce di queste leggi più profonde che ci parlano dentro che ci suggeriscono l'amore per la libertà, la ribellione alla prepotenza e al privilegio, la solidarietà coll'innocenza, la fratellanza verso tutti gli uomini, di tutte le razze e di tutti i continenti, che lavorano e vogliono la pace».

I valori di libertà, giustizia e dignità che costituivano fondamenti dell'avvocatura, segnano la continuità con il passato, ed è a questi a cui Calamandrei si richiama alla ripresa degli appuntamenti congressuali nella riconquistata normalità della vita costituzionale. Gli avvocati, nel nuovo clima di libertà finalmente riacquisito, respiravano un'aria diversa, in cui non si avvertiva più il gravoso peso delle istituzioni governative. Essi, tenuti alla larga dalla vita politica nazionale se non in quanto membri del partito fascista, provarono un moto di riscatto nei confronti degli anni in cui il diritto era diventato strumento di oppressione, prevaricazione e stravolgimento dei principi su cui si erano costruiti gli stati di diritto. L'avvocato sentì nuovamente di dover esercitare la propria opera per fini alti, di giustizia, che non lo relegassero alla pura relazione con il cliente. Ma l'interesse «altro», quasi pubblico, non era l'interesse della nazione bensì il richiamo a quei valori

[30] La citazione si può leggere in G. Alpa, S. Borsacchi, R. Russo, *Atti del primo Congresso nazionale giuridico forense del secondo dopoguerra (settembre-novembre 1947)*, cit., p. 54.

di dignità, rispetto della persona umana, uguaglianza formale e sostanziale che di lì a poco trovarono sede in Costituzione e che già erano radicati nella classe forense italiana. Valori, del resto, che indicava lo stesso Calamandrei: «La giustizia, la legalità; la santità delle leggi; il rispetto della persona umana; l'uguaglianza giuridica di tutti gli uomini, ariani e non ariani, di pelle bianca e di pelle negra, *nullum crimen sine lege*».

L'avvocatura repubblicana, dunque, avvertì la necessità di riprendersi il ruolo che il fascismo le aveva sottratto. La terribile prova della dittatura aveva convinto gli avvocati di non dover semplicemente interpretare il ruolo di dotti studiosi della legge; la funzione «sociale» che gli stessi membri della classe forense si autoriconoscevano era quella di tutori e custodi di quei principi inviolabili dell'uomo che la dittatura aveva schiacciato e dei quali l'avvocatura, riemersa dal buio in cui era stata relegata, sentiva di doverne diventare garante.

5. *Osservazioni conclusive.* — Queste sintetiche osservazioni sull'avvocatura italiana ci consentono di dare risposta positiva all'interrogativo che ha guidato la ricerca e, segnatamente, se sia esistito, tra i membri dell'avvocatura italiana, un dovere di fedeltà nei confronti del gruppo sociale di appartenenza e dei suoi valori, prima ancora che venisse cristallizzato nel codice deontologico forense. Difatti, è possibile riscontrare, nella storia della professione compresa tra l'Unità e la prima età repubblicana, tre differenti approcci.

L'avvocato liberale, assoluto protagonista della borghesia intellettuale italiana della seconda metà dell'Ottocento, sviluppò un marcato interesse verso la vita istituzionale del neonato stato unitario. Le ragioni che lo condussero a diventare parlamentare e ministro sono state già affrontate. Ciò che qui interessa sottolineare è che l'avvocatura maturò al suo interno una forte coscienza politica e vide nell'impegno a servizio delle istituzioni un'attività connaturata all'esercizio stesso della professione.

Il fascismo costrinse i componenti del ceto forense a svestirsi del loro abito di avvocato e politico. Gli avvocati assunsero i connotati di semplici ausiliari del giudice nella soluzione delle cause

e la loro attività doveva essere svolta – secondo quanto stabilito dalla formula del giuramento solenne che ogni aspirante avvocato doveva prestare – «per gli interessi superiori della Nazione», dove per «nazione» si intendeva l'Italia fascista e i suoi valori. Si deve, comunque, al legislatore fascista la formalizzazione di un preteso ed espresso impegno dell'avvocatura nei confronti dell'ordinamento giuridico di appartenenza.

Il dibattito sulla codificazione delle norme deontologiche prese avvio negli anni immediatamente successivi alla liberazione, in connessione con le proposte di riforma della legge professionale del 1933, ma giunse a conclusione solo nel 1997. Eppure, già nell'immediato dopoguerra, come emerge dagli Atti del primo Congresso nazionale forense del 1997, è possibile scorgere tratti di un comune sentire che, a distanza di cinquant'anni, porterà l'avvocatura ad inserire nel preambolo del neonato codice deontologico forense la precisazione che l'avvocato, nell'esercizio della sua funzione, «vigila sulla conformità delle leggi ai principi della Costituzione, nel rispetto della Convenzione per la salvaguardia dei diritti umani e dell'Ordinamento comunitario; garantisce il diritto alla libertà e sicurezza e l'inviolabilità della difesa».

Alessandro Triolo
Dottore di ricerca nell'Università di Roma Tor Vergata

IL DOVERE DI CREDIBILITÁ DELL'AVVOCATO

Sommario: 1. La professione forense tra stereotipi e mezze verità. – 2. Necessità di recuperare «credibilità»? – 3. La credibilità fuori dal processo. – 4. Nel rapporto con il cliente: «quo usque tandem abutere patientia nostra»? – 5. La credibilità nel processo: raffronto con l'art. 88 cod. proc. civ. – 6. Il dilemma «antico» dell'obbligo di verità dell'avvocato. – 7. Lealtà e probità con le controparti e il giudice. – 8. Giustizia della decisione ed etica dell'avvocato.

1. *La professione forense tra stereotipi e mezze verità*. — In tutti gli ordinamenti, senza distinzione di tradizione giuridica, la tutela giurisdizionale dei diritti, eccetto casi assolutamente residuali, è doverosamente affidata a soggetti qualificati che svolgono questo *munus* a livello professionale. La sovrapposizione dell'interesse parziale del professionista ad un interesse pubblico e sovraordinato, come quello della giustizia, costituisce cifra caratteristica e condizione imprescindibile per assicurare una tutela dei diritti effettiva. La conoscenza del diritto, la capacità espositiva, l'abilità strategica, il coraggio, l'audacia, la sobrietà – tutte componenti che rientrano, a vario titolo, nell'armamentario dell'avvocato – rappresentano al contempo una necessità dell'ordinamento e un onere per l'avvocato stesso.

Si dovrebbe comprendere, non certo da queste poche righe introduttive ma dall'essenza stessa della funzione difensiva, non solo l'estrema difficoltà dell'esercizio della professione – che ri-

Quaderni di «Etica e giustizia», n. 1
L'avvocato e la giustizia, a cura di M. Gradi, Napoli, 2025

chiede l'acquisizione di valori, nozioni e attitudini non sempre innate né conseguibili con la sola dedizione – ma soprattutto l'importanza e la delicatezza del ruolo dell'avvocato all'interno della dinamica processuale.

Tra le due componenti, quella meramente individualistica, coincidente con il rapporto economico-professionale, e quella pubblicistica, attinente alla funzione sociale esercitata, l'immaginario collettivo pare aver privilegiato la prima [1]. Il mito dell'avvocato «azzeccagarbugli», in parte ancora presente nel sentire comune, costituisce una superfetazione storica che mantiene radici innervate nel tessuto sociale. Così, già nell'era romana, accanto all'archetipo dell'*orator,* si affiancava la figura dell'*advocatus* che, in una commedia plautina [2], veniva dipinto come losco *factotum* abile ad ingannare l'avversario per ottenere ragione. Nonostante nel periodo classico la *lex Cincia* avesse proibito la devoluzione di un onorario per l'attività forense, non mancavano modalità elusive per farsi pagare, ora imponendo il versamento di una *cautio* prima della causa, ora imponendo un lascito testamentario, ora con una semplice dazione di danaro. In età imperiale, epoca caratterizzata da una progressiva decadenza dei costumi, Quintiliano attestava, con evidente tono dispregiativo, l'emergere del *causidicus* [3], ossia di colui che, anziché perorare cause giuste, era solito incoraggiare la proposizione di qualsiasi azione, ancorché inutile.

Naturalmente, ciò non significa che nell'ordinamento romano, specie quello tardo-antico, fossero inesistenti tentativi di regolamentare la condotta degli avvocati, come invece risulta dalla codificazione giustinianea, nella quale, ad esempio, vennero inserite

[1] Si vedano, in proposito, le pregnanti considerazioni di B. CAVALLONE, *In difesa della* veriphobia *(considerazioni amichevolmente polemiche su un libro recente di Michele Taruffo)*, in «Rivista di diritto processuale», 2010, p. 1 ss.

[2] PLAUTO, *Poenulus Truculentus*, 3.1., ove gli *advocates* vengono definiti «homines spissigradissimi».

[3] QUINTILIANO, *Institutio oratoria*, 12, 1, riporta l'opinione popolare secondo cui il *causidicus*, a differenza del vero oratore, era considerato come avvocato di cause futili.

puntuali previsioni in merito al divieto di perseguire cause ingiuste o fraudolente [4].

L'idea dell'avvocato che machiavellicamente persegue ogni strada per tutelare gli interessi del proprio assistito, prevaricando sulle ragioni degli avversari, costituiva poi una costante anche in età moderna, quando il diritto e la professione avevano raggiunto una dimensione più matura e consapevole, grazie dell'affermazione del concetto di tutela dei diritti come argine al potere sovrano. Basti citare, sul punto, il famoso detto che l'Azzeccagarbugli rivolse a Renzo nei *Promessi sposi*, secondo cui «all'avvocato bisogna raccontar le cose chiare: a noi tocca poi imbrogliarle» [5], per evidenziare la *vulgata* comune sui principali vizi degli avvocati.

Proprio in questo periodo emergevano i primi scritti latamente deontologici per censurare il comportamento di quegli avvocati «disonesti» [6], soliti utilizzare artifizi e raggiri per frodare l'avversario. D'altro canto, non è un caso che i primi tentativi di normazione deontologica risalgano proprio a questo periodo, come diretta reazione ad un malcostume ormai diffuso e imperante nella pratica giudiziaria. Esemplare è la trattazione di Sant'Alfonso Maria de' Liguori, uno dei santi protettori degli avvocati: le sue dodici regole morali per lo svolgimento della professione di avvocato costituiscono ancora oggi una pietra miliare ai fini della identificazione dei principi generali della deontologia forense.

La nascita della moderna deontologia forense, databile a livello nazionale con il varo delle prime leggi professionali e, successivamente, con l'edificazione di un vero e proprio codice, non ha eliminato del tutto il malcostume di una parte di avvocati, sia

[4] Sul punto, v. F. Castelli, *Breve storia della deontologia*, in «Notariato», 2023, p. 276, ove viene ripercorsa la storia del giuramento in funzione di prevenzione rispetto alla proposizione di cause improbe, infondate o fraudolente.

[5] A. Manzoni, *I promessi sposi*, Firenze, 1955, p. 39.

[6] Si veda in proposito, *ex multis,* G.A. De Gennaro, *Delle viziose maniere di difendere le cause nel foro*, nella rist., Venezia, 1748, con recensione di G. Rossi, in «Historia e ius», 2020, p. 1 ss., ove egli afferma che «l'Avvocato deve esser accorto, ma non già furbo» (p. 115), e che «sembra a prima fronte come lo è più frequentemente, che la virtù non si possa acquistare, e conservare molto meno» (p. 138).

pur minoritaria. Volendo fare un esempio, è sufficiente citare quel conglomerato di pratiche, derubricate sotto la nozione di «abuso del processo», caratterizzate dall'essere legittime sotto il profilo dell'utilizzo dello strumento processuale, ma illecite dal punto di vista degli obiettivi e delle finalità concretamente perseguite. Se la dottrina si è interrogata per individuare un regime sanzionatorio appropriato, identificandolo ora nella condanna per lite temeraria, ora nell'illegittimità dell'atto abusivo (7), ma comunque inglobandolo nell'ampio spettro della responsabilità processuale della parte, non può tacersi che la maggioranza di queste condotte derivi proprio da scelte intenzionali o da cattivi consigli del professionista, specie quando emerga uno scollamento tra interesse (sì privato ma) legittimo della parte e interesse (sì privato ma) ingiusto dell'avvocato.

Si pensi, ad esempio, all'ipotesi classica dell'aggiramento delle preclusioni, quando l'avvocato, dopo aver promosso una causa connessa, (chiede e) ottiene la riunione del processo per far confluire al fascicolo elementi fattuali che cronologicamente non potrebbero più essere introdotti nel giudizio. Questo caso, pur ricondotto alla nozione generale di abuso, non può integralmente essere paragonato all'ipotesi classica del frazionamento del credito, dalla quale la parte, pur in una visione totalmente egoistica, non trarrebbe alcun vantaggio immediato, diversamente dall'av-

(7) Per la prima soluzione, L.P. Comoglio, *Abuso del processo e garanzie costituzionali*, in «Rivista di diritto processuale», 2008, p. 346 ss.; F. Cordopatri, *L'abuso del processo nel diritto positivo italiano*, in «Rivista di diritto processuale», 2012, p. 874, spec. pp. 893-894; G. Verde, *L'abuso del diritto e l'abuso del processo (dopo la lettura del recente libro di Tropea)*, in «Rivista di diritto processuale», 2015, p. 1087; sostiene invece la tesi dell'inammissibilità dell'atto abusivo M.F. Ghirga, *La meritevolezza della tutela richiesta*: *contributo allo studio sull'abuso dell'azione giudiziale*, Milano, 2004; Id., *Principi processuali e meritevolezza della tutela richiesta*, in «Rivista di diritto processuale», 2020, p. 13 ss.; in giurisprudenza, v. Cass. civ., sez. un., 15 novembre 2007, n. 23726, in «Rivista di diritto processuale», 2008, p. 335 ss., con nota di M. De Cristofaro, *Infrazionabilità del credito tra buona fede processuale e limiti oggettivi del giudicato*, che rappresenta il *leading case* di tale orientamento. Per un'ampia casistica G. Scarselli, *Sul* c.*d. abuso del processo*, in «Rivista di diritto processuale», 2012, p. 1450 ss.

vocato il quale, consigliando al cliente di scindere una causa unica, potrebbe indebitamente lucrare sulla futura condanna alle spese. Si tratta di condotte processuali sovente originate dall'opera degli avvocati, ad insaputa della parte, rispetto alle quali la giurisprudenza, nel silenzio della legge, ha dovuto ideare soluzioni mitigative (8). Non può tacersi neppure delle tendenze riguardanti la tematica del patrocinio a spese dello Stato, un istituto di grande civiltà giuridica che, tuttavia, si presta ad abusi da parte degli avvocati, laddove il cliente non sia pienamente consapevole dei requisiti e delle condizioni di accesso a tale misura di sostegno.

L'aver delineato un quadro forse troppo incivile della professione forense non presuppone che tutta la categoria sia condizionata da questi fenomeni. La presenza di una codificazione deontologica, unitamente all'effettività delle sanzioni disciplinari, è fattore certamente deterrente per alcune condotte degli avvocati. I numeri, d'altronde, sembrerebbero a favore di un simile assunto, dal momento che la percentuale di accoglimento degli esposti in sede disciplinare, e quindi il complessivo di numero di sanzioni, è molto bassa, e ciò certificherebbe una sana costituzione della categoria, nonché l'estrema residualità di quelle condotte cui pocanzi si accennava (9).

Ciononostante, la percezione che i cittadini hanno della giustizia sembrerebbe diversa. Da un'indagine condotta nel 2022 è

(8) Si fa cenno, a mero titolo esemplificativo, all'orientamento della Suprema Corte relativo alla scissione tra rappresentanza processuale e contratto di mandato in caso di morte del cliente. L'ultrattività del mandato, sostenuta in Cass. civ., sez. un., 4 luglio 2014, n. 15295, in «Il foro italiano», 2015, I, c. 636 ss., con nota di R. Danovi, *Note deontologiche sui poteri del difensore, sull'ultrattività del mandato e sull'interruzione del processo*, non legittima infatti l'avvocato alla richiesta del compenso agli eredi, specie se per omessa o ritardata dichiarazione di morte della parte, la cui obbligatorietà discenderebbe (secondo la citata nota) dal rispetto delle norme deontologiche. In senso conforme, v. Cass. civ., sez. II, 17 dicembre 2021, n. 40626, in «Il foro italiano», 2022, I, c. 1327; in argomento si veda anche Cass. civ., sez. un., 13 maggio 2019, n. 12636.

(9) Dal resoconto dell'attività del Consiglio nazionale forense nel periodo tra il 25 marzo 2022 ed il 31 marzo 2023, emerge come la percentuale media di accoglimenti, anche parziali, dal 1998 sino al 2022, sia in realtà molto contenuta (29,71%), e anzi proprio quella del 2022 risulti lievemente più alta (37,86%).

emerso infatti come la fiducia che i cittadini ripongono nel corretto assolvimento delle funzioni giudiziarie, benché non specificatamente nel ruolo degli avvocati, si attesti ai minimi storici [10]. È evidente, infatti, che l'aumento del discredito verso il comparto della giustizia, in un sistema in cui la giustizia è amministrata «in nome del popolo», determina anzitutto una diminuzione della domanda di tutela, incidendo notevolmente sull'offerta, e quindi sul ruolo dell'avvocatura. L'analisi di questi fenomeni, a tacer d'ogni considerazione giornalistica, è fondamentale in quanto incide direttamente sulla qualità del servizio-giustizia e, dunque, sulla tutela dei diritti. In questo quadro, il depotenziamento di uno degli attori principali del processo è un fattore negativo su cui indagare per comprendere se vi sia, e quale sia, il rapporto tra l'etica dell'avvocato e la giustizia.

2. *Necessità di recuperare «credibilità»?* — Dinanzi al paventato rischio di una svalutazione del ruolo dell'avvocato, derivante in parte da cause esogene e in parte da una distorta considerazione della categoria, bisognerebbe porsi il seguente interrogativo: la credibilità è un valore per il ceto forense? Non si tratta, ovviamente, di soppesare il responso dell'opinione pubblica né di effettuare un'indagine di *legal marketing* né tantomeno di misurare l'impressione mediatica, quanto piuttosto di capire se l'affidamento sul ruolo degli avvocati possiede un'incidenza sul miglioramento della giustizia.

In altri termini, occorre chiedersi: l'aumento della credibilità del ceto forense incide sulla qualità dell'offerta di tutela, oppure si tratta di componenti indipendenti? Si dirà subito che in un ordinamento che prevede l'obbligo di difesa tecnica e che offre sufficienti garanzie di libertà, autonomia e indipendenza agli avvocati, la credibilità possa essere un fattore ininfluente ai fini del soddi-

[10] Il 34° rapporto dell'Eurispes ha certificato che il 65% della popolazione intervistata non ha fiducia nel sistema giudiziario, indicando come principali fattori di demotivazione l'eccessiva lentezza dei processi (23%), l'ineguaglianza dei cittadini dinanzi alla legge (19,8%), l'assenza della certezza della pena (13,6%), l'inadeguatezza della magistratura (11,6%).

sfacimento del bisogno di giustizia. Si dirà anche che, in un'economia globale e di mercato, la credibilità per l'avvocato sia un onere, e non un semplice dovere, se considerata come parametro meritocratico per la scelta del professionista a cui affidarsi. Si dirà infine che il concetto di credibilità sia assente nella codificazione deontologica, mancando a riguardo un preciso referente normativo. Al netto di tali fondate obiezioni, l'obiettivo di questo breve contributo è quello di verificare quale sia lo *standard* comportamentale che l'avvocato può o deve tenere per contribuire positivamente all'efficientamento del sistema giudiziario, sia in termini di proficuo svolgimento della propria funzione, che di compartecipazione e miglioramento all'erogazione del servizio-giustizia.

Indubbiamente, il prerequisito essenziale per assolvere ad un simile compito è l'osservanza delle norme deontologiche, le quali si pongono a salvaguardia di beni giuridici di rilevanza pubblicistica, strettamente interconnessi tra loro. Come vedremo, è possibile predicare l'esistenza di un *file rouge* che collega attribuzioni individuali dell'avvocato, come il diritto alla libertà (art. 1 cod. deont. for.), ad esigenze ordinamentali, come il «rilievo costituzionale della difesa» (art. 9 cod. deont. for.), e a valori super-individuali, come l'«immagine della professione forense» (art. 2 cod. deont. for.).

Il rispetto di tali valori, pur astrattamente elementare, si rivela nella prassi non sempre agevole, per una serie di ragioni. Anzitutto, il contenuto delle regole deontologiche è solo in parte precettivo, come evidenzia l'art. 20 cod. deont. for., norma-chiave nella codificazione deontologica che esprime il principio di «tipizzazione relativa degli illeciti deontologici», in base al quale anche una condotta non specificatamente rubricata può validamente essere ritenuta lesiva e quindi perseguibile [11]. Si tratta, dunque, di una caratteristica normazione per principi (o meglio, per doveri) in cui le singole condotte che l'ordinamento impone all'avvocato, laddove non tipizzate, devono essere individuate caso per caso sulla base di un'interpretazione dei principi generali.

[11] *Ex multis*, Cass. civ., sez. un., 21 novembre 2022, n. 34206; Cass., sez. un., 11 luglio 2017, n. 17115; e Cass. civ., sez. un., 18 luglio 2017, n. 17720.

Naturalmente, la capacità di osservanza dei doveri è inversamente proporzionare all'ampiezza o alla vaghezza della norma deontologica, nel senso che più la norma è precisa, più facile sarà rispettare il precetto; più la norma è ampia, invece, più arduo sarà attenersi alla regola di condotta. La doverosa ubbidienza alla norma deontologica, inoltre, risente anche di un ulteriore fattore. Come tutti i principi, anche quelli deontologici necessitano di un continuo contro-bilanciamento, essendo alto il rischio di un conflitto tra opposte esigenze, parimenti rilevanti per l'ordinamento. Il riferimento basilare è alla tutela del diritto di difesa che, in quanto interesse connaturatamente privato e parziale, può porsi in contrasto con doveri di natura solidaristica. Un'esemplificazione di tale assunto può riscontrarsi in alcune fattispecie, come il dovere di informazione preventiva in caso di azione contro il collega, posto a tutela del dovere di probità, il quale, tuttavia, può essere sacrificato se «l'avviso può pregiudicare il diritto da tutelare» (art. 38 cod. deont. for.). Ed ancora, l'avvocato, in ossequio al principio di indipendenza, ha facoltà di rinunciare al mandato in qualsiasi momento, purché con le cautele necessarie per evitare pregiudizi al diritto di difesa (art. 32 cod. deont. for.). Da questi casi si evince che il bilanciamento tra valori è una costante nell'ambito dell'attività forense, il cui esercizio è solo in apparenza agevole, ed anzi foriero di insidie e dubbi che rendono particolarmente gravosa la quotidiana attività dell'avvocato.

La credibilità, che è un concetto molto più ampio della semplice reputazione personale o dell'immagine della professione forense, è un parametro per determinare l'abilità dell'avvocato a bilanciare opposte esigenze, nonché la capacità di fare sintesi tra interesse pubblico e interesse di parte, contribuendo al funzionamento della giustizia. Essa riguarda il comportamento dell'avvocato sia dentro che fuori il processo; si misura tanto nel rapporto con il cliente, quanto in quello con le controparti e con il giudice. In definitiva, essere credibili significa essere capaci di svolgere adeguatamente «la funzione sociale della difesa», contribuendo (ma questo è il tema di indagine) a migliorare la giustizia.

3. *La credibilità fuori dal processo.* — L'avvocato, aderendo alle istituzioni forensi, accetta non solo un codice di comportamento ben definito nell'ambito della sua attività professionale, ma anche che la sua vita privata sia guidata da principi etici, quandanche non condivisi. La dimensione personale dell'avvocato, infatti, assume rilevanza ai sensi dell'art. 2 cod. deont. for., secondo cui le norme deontologiche si applicano anche ai comportamenti della vita privata, quando ne risulti compromessa la reputazione personale o l'immagine della professione forense. Si tratta di una norma finalistica tesa a salvaguardare l'integrità della categoria, che potrebbe prestarsi ad una serie indefinita di applicazioni. Con riferimento alla sfera privata dell'avvocato, si stabilisce all'art. 6 cod. deont. for. che egli non deve esercitare attività incompatibili con i doveri di indipendenza, decoro e dignità, opportunatamente utilizzando il termine generico «attività», mentre nella parte speciale si registra l'obbligo di adempiere le obbligazioni assunte nei confronti dei terzi, purché ciò sia in grado di compromettere «la dignità della professione e l'affidamento dei terzi». Lo stessa dicasi per l'art. 9, comma 2, cod. deont. for., il quale, nell'elencare il catalogo dei doveri dell'avvocato, li estende alla vita privata, a salvaguardia «della propria reputazione e dell'immagine della professione forense».

La genericità delle disposizioni sulla vita privata dell'avvocato ha favorito una feconda elaborazione da parte della giurisprudenza disciplinare, ed anzi numerosi casi sottoposti al vaglio del Consiglio nazionale forense riguardano fatti estranei all'esercizio della professione. Oltre ai casi di condanna in sede penale, anche condotte non penalmente rilevanti, o non accertate in sede giurisdizionale, sono state considerate lesive dei principi deontologici, purché potenzialmente in grado di violare il canone di condotta richiesto all'avvocato [12].

Il dato rilevante nella produzione giurisprudenziale è costituito dalla circostanza che il comportamento dell'avvocato, per assumere rilievo deontologico, debba assumere «rilevanza esterna», intaccando l'immagine e il decoro dell'istituzione forense.

[12] Cass. civ., sez. un., 2 marzo 2018, n. 4994.

In alcune pronunce del massimo consesso forense tale rilevanza esterna viene ricollegata ora «al comune sentimento della collettività», che potrebbe essere leso qualora venisse trasfigurata l'immagine dell'avvocato come «collaboratore di giustizia» ([13]), ora come «risonanza esterna» rispetto al prestigio che comunemente viene tributato alla professione ([14]); in altri termini, la condotta extra-professionale dell'avvocato diviene significativa laddove sia idonea a cagionare uno *strepitus* tale da disonorare il sentire comune della cittadinanza nei confronti della categoria ([15]).

Il nesso che intercorre tra il comportamento dell'avvocato e la percezione che la collettività ha dell'avvocatura costituisce quindi una componente essenziale per preservare l'immagine e il decoro della categoria. D'altronde, la legge professionale, nel descrivere i requisiti per l'iscrizione all'albo, imponeva una condotta «specchiatissima ed illibata» riferibile allo stile di vita che l'aspirante avvocato avrebbe dovuto dimostrare per accedere alla professione. Si evince quindi come la percezione del mondo esterno rispetto ai valori che l'avvocatura deve incarnare non è un dato irrilevante ai fini deontologici, e come tale deve positivamente orientare l'operato dei singoli professionisti nell'agire quotidiano.

Se questo fosse vero, bisognerebbe però comprendere se la doverosa adesione ad un determinato codice di comportamento al di fuori dell'attività professionale costituisca dato insignificante oppure in qualche modo influenzante il successivo sviluppo della dinamica processuale. Certamente, la questione andrebbe impostata non dallo stretto angolo visuale del singolo professionista, ma dell'intera categoria, valutando cioè se l'esistenza di una classe cetuale credibile, per abitudini, usanze e costumi, possa migliorare il funzionamento della giustizia.

A nostro avviso, la risposta non potrebbe essere che positiva se analizzata dalla prospettiva dell'«accesso alla giustizia», e dunque del diritto d'azione costituzionalmente inteso, secondo una visione particolarmente cara alla giurisprudenza sovranazionale.

([13]) Cons. naz. for., 15 dicembre 2006, n. 159.
([14]) Cons. naz. for., 28 dicembre 2005, n. 233.
([15]) Cons. naz. for., 3 novembre 2021, n. 187.

Poiché la tutela dei diritti è affidata sin dagli esordi della complessiva dinamica processuale proprio agli avvocati, i quali rappresentano centri attivatori e propulsori del processo, l'integrità morale, anche se è apparente, è fattore di avvicinamento del cittadino al mondo della giustizia, con la conseguenza che la credibilità del ceto forense contribuisce ad aumentare il tasso di fiducia che la popolazione ripone nel corretto funzionamento del sistema giudiziario. In qualche modo, si potrebbe affermare che un'avvocatura forte, rispettosa delle regole deontologiche, potrebbe accrescere la «fiducia nel processo».

Nel volume di Mauro Cappelletti e Bryant Garth sull'accesso alla giustizia, viene messo in evidenza come uno degli elementi fondativi dell'*access to legal justice* è la conoscenza da parte dei cittadini dei diritti che si assumono essere violati e dei rimedi processuali (*cause of action*) previsti dall'ordinamento giuridico. La reale ed effettiva conoscenza dei diritti, la cui fonte non può che essere l'avvocato, è un fattore interdipendente con lo sviluppo della dinamica processuale, costituendo il sostrato necessario per l'esercizio dell'azione, elevando il ruolo dell'avvocato ad una funzione educativa general-preventiva. Così questo concetto è illustrato con mirabile linearità: «*unnecessary surgery, for instance, is not only dishonest, but an impairment of physical integrity and the creation of a danger to life*» [16].

4. *Nel rapporto con il cliente: «quo usque tandem abutere patientia nostra»?* — Tali conclusioni, pur provvisorie, introducono l'analisi del rapporto tra avvocato e assistito, che costituisce un momento fondamentale del rapporto professionale. L'importanza di questo rapporto si associa anche ad un certo alone di misteriosità, tenuto conto che in questa sede avviene il reciproco scambio di informazioni, valutazioni e strategie rigorosamente protette

[16] A. Tunc, *The quest for justice*, in *Access to justice and the welfare State*, a cura di M. Cappelletti e B. Garth, Firenze, 1981, p. 320. In generale, sul principio di accesso alla giustizia, oltre al celebre volume di Cappelletti e Garth, L.P. Comoglio, *Etica e tecnica del giusto processo*, Milano, 2004, spec. p. 12 ss.; Id., *Mediazione e accesso alla giustizia*, in «Rivista di diritto processuale», 2012, p. 288 ss.

dall'obbligo di riservatezza. Al contempo, l'incontro-scontro con il professionista costituisce la prima articolazione dell'esercizio del diritto di difesa del litigante, allorché lo stesso, ricevuto il parere del legale, può in coscienza valutare se e come agire a tutela dei propri diritti. La consapevolezza del cliente, infatti, più che un auspicio, costituisce un vero e proprio obiettivo che l'ordinamento esige dall'avvocato.

Innanzitutto, la legge professionale stabilisce precisi obblighi informativi, che riguardano la natura dell'incarico, le soluzioni prospettabili, i prevedibili costi del giudizio. L'art. 27 cod. deont. for., pur nella sua completezza, non esaurisce in realtà il ventaglio di informazioni che l'avvocato è tenuto a fornire al proprio assistito. Molti obblighi, infatti, discendono da ulteriori disposizioni codicistiche, come quello di prospettare al cliente l'affiancamento di un collega che possieda specifiche conoscenze della materia della causa, in ossequio al dovere di competenza (art. 14 cod. deont. for.), oppure di informare il cliente dell'esistenza di procedure alternative di risoluzione del conflitto.

Peraltro, l'anzidetta genericità dei doveri induce a ritenere che il perimetro informativo possa essere esteso in via interpretativa: ad esempio, sarebbe incongruo escludere che l'avvocato non debba comunicare al cliente circostanze assai rilevanti come l'impossibilità a presenziare personalmente in udienza, la cui esigibilità potrebbe essere desunta dal dovere di diligenza, oppure l'esistenza di orientamenti prevalenti all'interno del foro adito. Può pertanto affermarsi che il novero degli obblighi informativi, pur ricavabile dalla lettura delle previsioni deontologiche, non è certamente tassativo, ma suscettibile di essere ampliato ermeneuticamente. Così, dal dovere di competenza discende l'obbligo di prospettare al cliente tutti i possibili rimedi alle violazioni subite, e non solamente la soluzione preferibile, che dovrà semmai essere esposta solo all'esito ad una spiegazione ampia ed esaustiva di tutte le possibili strade da percorrere.

È tuttavia innegabile che l'avvocato, avendo il compito di individuare la soluzione giuridica più confacente al caso, sarà indotto ad evidenziare tutti i profili rilevanti per lo sviluppo di una strategia processuale che possa rivelarsi vincente per il

proprio assistito. D'altronde, non bisogna ignorare che il tornaconto personale, che coesiste con la funzione difensiva, è un fattore fisiologico che connota parimenti l'attività libero-professionale. Poiché la *mission* dell'avvocato è quella di tutelare diritti, prestazione per la quale percepisce un compenso, sarebbe ipocrita immaginare che l'avvocato si esima dall'elaborare tutte le soluzioni giuridicamente sostenibili per perorare le ragioni del proprio assistito, salvo poi indicare quali di queste siano da suggerire o sconsigliare.

Dinanzi a questo quadro, scevro da futili perbenismi, è utile rilevare che le norme deontologiche stabiliscono precisi limiti alla naturale proattività del professionista. Difatti, quando il codice prevede che l'avvocato non deve sostenere cause che perseguano fini illeciti (art. 23, comma 5, cod. deont. for.), suggerire negozi nulli o fraudolenti (art. 23, comma 6, cod. deont. for.), minacciare azioni infondate (art. 65 cod. deont. for.) e, per sintetizzare, prospettare soluzioni impercorribili, non indica solamente una barriera all'iniziativa capziosa del cliente, ma pone un argine alla positiva intraprendenza del patrocinatore. L'avvocato, pertanto, non deve solamente astenersi dall'avallare le pretese fraudolente o infondate del proprio cliente, ma ha il dovere di prospettare soluzioni che non siano o appaiano tali. Ferme restando l'autonomia e la libertà che connotano l'attività dell'avvocato, l'ideazione di un racconto fedele, sincero e, per quanto concerne il merito della controversia, avveduto e puntuale, deriva dalla *summa* dei doveri deontologici pocanzi esaminati. Logico corollario è quindi che l'avvocato, nel consigliare il cliente, deve essere credibile, cioè, prediligere e suggerire soluzioni giuridicamente sostenibili, senza eccedere né in azioni, pur ammissibili, ma che si potrebbero poi rivelare infondate.

Un problema affine ma inversamente proporzionale è però il seguente: se l'avvocato ha il diritto di essere creduto, ha però il diritto-dovere di credere a quanto riferito dal cliente? L'interrogativo, che verrà meglio sviluppato nel prosieguo, non si pone soltanto con riferimento all'*an,* ma anche all'*usque tandem*, indicando cioè il grado di credulità che deve raggiungere l'avvocato per non incorrere in responsabilità. Il codice deontologico, infat-

ti, è tombale nel chiarire che l'avvocato non debba perseguire fini illeciti e avallare azioni fraudolente del cliente, a pena di rinuncia del mandato, anche qualora la falsità o la temerarietà vengano scoperte dopo l'istaurazione del giudizio.

Eppure, il sistema di responsabilità deontologica si basa sull'accertamento di un grado assai ridotto di volontarietà dell'azione (quel binomio di «coscienza e volontà» che nel diritto penale costituisce la c.d. *suitas*) ragion per cui non sarebbe errato ritenere che anche la semplice rappresentazione dell'ingiustizia di una data azione possa essere foriera di responsabilità per l'avvocato [17]. D'altro canto, invece, una rinuncia preventiva al mandato, sull'assunto, né verificato né accertato, che i fatti narrati dai clienti appaiano *ictu oculi* falsi o l'azione persegua obiettivi ingannevoli, potrebbe costituire serio *vulnus* alla libertà di iniziativa del professionista, al rapporto fiduciario istaurato con l'assistito, nonché potenzialmente al diritto di difesa dello stesso. Lungi dall'ammettere l'esistenza di un onere di ricerca della verità a carico dell'avvocato, il bilanciamento tra queste due opposte esigenze è però fondamentale per coordinare il diritto di difesa della parte con il superiore interesse della giustizia.

5. *La credibilità nel processo: raffronto con l'art. 88 cod. proc. civ.* — Si perviene poi al «momento del giudizio», ossia alla dimensione del processo, di cui l'avvocato è uno degli indiscussi protagonisti. Questo è il campo in cui la parte, tramite l'assistenza e la rappresentanza dell'avvocato, può ottenere l'agognata tutela del diritto soggettivo, esercitando i poteri e le prerogative previsti dall'ordinamento. Da questo punto di vista, qualsiasi disamina etico-deontologica che volesse definire il migliore *standard* comportamentale dell'avvocato dovrebbe necessariamente indugiare sulla portata di una disposizione, ossia l'art. 88 cod. proc. civ.,

[17] In proposito, v. M. Gradi, *L'obbligo di verità delle parti*, Torino, 2018, pp. 432-434, sostiene che «non appare accettabile la figura dell'avvocato "credulone", per quanto il controllo che il difensore deve effettuare in merito alla credibilità e alla completezza della storia del suo assistito non può che essere limitato».

su cui la dottrina si è ampiamente soffermata con conclusioni di vario tenore [18].

Nonostante le diverse opzioni interpretative, v'è un dato accomunante che può essere impiegato come solida base per una compiuta ricostruzione dell'istituto, ossia che la norma non esaurisce tutte le ipotesi di violazione etica e deontologica da parte dell'avvocato, avendo una portata ristretta [19].

Questa conclusione discende innanzitutto dalla ridotta estensione geografica della norma, che vale esclusivamente nel «giudizio», escludendo non solo le condotte della vita privata, che pure hanno rilievo deontologico, ma anche quelle propedeutiche all'istaurazione della causa, come la fase delle trattative, oppure le procedure alternative di risoluzione delle controversie. Inoltre, l'eccessiva vaghezza della disposizione, derivante dalla genericità dei concetti di «lealtà e probità», potrebbe in linea teorica far propendere per l'assunto che queste nozioni siano un «contenitore processuale» dei doveri deontologici.

Se però ogni infrazione disciplinare integrasse la violazione dell'art. 88 cod. proc. civ., dovremmo immaginare un obbligo del giudice di riferire all'autorità disciplinare di condotte che, pur scorrette, si esauriscono nel rapporto fiduciario con il cliente, attribuendo un inammissibile ruolo censorio e tutorio al magistrato. Per esemplificare, il giudice potrebbe reputare «sleale» l'impreparazione dell'avvocato su una determinata questione giuridica,

[18] L. P. Comoglio, *«Moralizzazione» del processo e ruolo del giudice nell'evoluzione dei modelli processuali europei*, in «Rivista di diritto processuale», 2015, spec. p. 152 ss., secondo cui il rispetto della buona fede processuale è soggetta al controllo del giudice, sicché una «moralizzazione dei comportamenti processuali abusivi e sleali delle parti, è ben lungi dall'essere incompatibile con le garanzie fondamentali del processo giusto». *Contra*, G. Scarselli, *Lealtà e probità nel compimento degli atti processuali*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1998, spec. p. 91 ss., su cui si veda la nota successiva, il quale ritiene che la violazione del precetto normativo non possa dar luogo ad ipotesi di nullità e/o inammissibilità. In argomento si vedano altresì i saggi raccolti nel volume *Etica del processo e poteri delle parti*, Atti del XXIX Convegno dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile, Bologna, 2015.

[19] G. Scarselli, *Lealtà e probità nel compimento degli atti processuali*, cit., spec. p. 94 ss.

in quanto contraria al dovere di competenza, oppure ritenere improba una decadenza colpevole oppure un'errata strategia processuale, in ossequio al dovere di diligenza. Ed invero, tale postulato sarebbe inconciliabile sia con l'esercizio del diritto di difesa, che presuppone l'autonomia del difensore, sia con il ruolo del giudice, che svolge semmai una funzione di garanzia del rispetto delle regole processuali.

Chiarito che non ogni inosservanza deontologica presuppone una violazione del dovere di lealtà e probità, bisognerebbe comunque circoscrivere la portata applicativa della norma. Dalle superiori considerazioni emerge che le condotte che esulano dal rapporto giuridico processuale fuoriescono dalla portata dell'art. 88 cod. proc. civ., quantunque abbiano rilievo deontologico. Così, ad esempio, la divulgazione a terzi di fatti riguardanti il giudizio, in violazione dell'obbligo di segretezza, pur riguardante lo svolgimento del processo, non possiede una diretta concatenazione con l'evoluzione procedimentale, incidendo vieppiù nel rapporto bilaterale con l'assistito. Condotte del medesimo tenore, poi, spaziano dal (mancato) compimento degli atti processuali, se effettuato in modo legittimo ma errato (e quindi, senza abusività), alla narrazione diversa o distorta dei fatti storici, all'elaborazione di una tesi giuridica incongruente; per sintetizzare, tutte quelle condotte che non intaccano il corretto fluire del processo ed incidono, invece, esclusivamente sul rapporto di mandato.

L'orizzonte deontico dell'avvocato nella dimensione processuale, dunque, ricomprende ma non si esaurisce nell'osservanza del dovere di lealtà e probità, includendo un universo assai variegato, a cui l'avvocato deve prestare attenzione per non incorrere in responsabilità disciplinare e professionale, avendo come faro il diritto di difesa della parte. Proprio questo aspetto, ossia il pregiudizio del diritto di difesa, è il parametro che la giurisprudenza valorizza per discernere le condotte negligenti dell'avvocato, dalle condotte, pur erronee, che tale rilievo non possano assumere ([20]).

([20]) Ad esempio, è stata sanzionata la condotta del difensore che, essendo stato revocato, ometta di notiziare la parte dell'avvenuta notificazione di un atto, cagionando la maturazione di una decadenza: v. Cass. civ., sez. un., 30

Eccettuate situazioni estreme, ove l'omissione o il ritardo nel compimento dell'atto processuale determina una decadenza colpevole, oppure l'ipotesi di allegazione di fatti diversi da quelli narrati dal cliente, vi sono tuttavia casi limite nei quali l'autonomia dell'avvocato e il dovere di diligenza confliggono, dando vita a perplessità interpretative. Si, pensi, ad esempio, alla selezione dei fatti operata dall'avvocato, nel presupposto che quelli versati siano in realtà sufficienti ad impostare la difesa in modo adeguato, oppure all'esposizione di una tesi giuridica assurda, totalmente incoerente con l'oggetto del giudizio.

In questi casi, si potrebbe verificare uno scollamento tra responsabilità professionale e responsabilità deontologica perché, se da un lato l'inadempimento dell'avvocato incontra il limite del pregiudizio effettivo del diritto di difesa, secondo i dettami della giurisprudenza, dall'altro l'illecito deontologico si fonda su un accertamento più blando, che non esclude l'ascrivibilità di una colpa dell'avvocato, ad esempio per violazione del dovere di competenza e aggiornamento professionale. Ciò significa che l'avvocato, fuori dai casi di violazione palese o accertata, ha il dovere di essere credibile nel compimento delle attività processuali, specie nell'allegazione dei fatti giuridici, e la violazione di tale dovere potrebbe non essere esente da responsabilità. Si pensi, ad esempio, all'avvocato che, nella selezione gli accadimenti rilevanti, omettesse di allegare aspetti assai favorevoli al proprio assistito, pur non alterando il quadro fattuale; oppure il difensore che, dinanzi ad una questione controversa, dimenticasse di citare precedenti giurisprudenziali decisivi. Indipendentemente dal pregiudizio effettivo alla difesa, non sarebbe possibile accettare la figura dell'avvocato impreparato o facilone, specialmente quando la condotta appaia imprudente e velleitaria, rischiando di compromettere (anche senza lesione definitiva) la difesa dell'assistito [21].

gennaio 2019, n. 2755, in «Il foro italiano», 2019, I, c. 2113 ss., con nota di L. Carbone, *Gli obblighi informativi dell'avvocato nei confronti del cliente in caso di revoca e rinuncia al mandato.*

[21] Cons. naz. for., 23 febbraio 2024, n. 23.

6. *Il dilemma «antico» dell'obbligo di verità dell'avvocato.* — Focalizzando l'attenzione sul delicato equilibrio tra esposizione dei fatti giuridici e responsabilità professionale, si introduce un'ulteriore questione di estremo interesse. Uno degli interrogativi più misteriosi e affascinanti nell'ambito di quel macrosettore di ricerca genericamente compendiato nell'espressione «*legal ethics*», è quello inerente alla dibattuta sussistenza di un obbligo di verità in capo all'avvocato. Sebbene il tema sia stato affrontato da varie latitudini, dalla sua matrice giuridico-filosofica, all'aspetto prettamente deontologico sino alle conseguenze squisitamente processuali, ogni nuova riflessione fa emergere l'estrema spigolosità del quesito, alimentando le difficoltà a fornire risposte scientificamente esatte e incontrovertibili.

Il rapporto tra avvocato e verità possiede indubbiamente radici antiche; nell'esperienza romanistica classica, ad esempio, il tema fu oggetto di numerose dissertazioni, soprattutto di matrice filosofica, tendenti per la soluzione negativa. In un ordinamento privo di un *corpus* normativo organico, la soluzione al problema doveva essere ricercata nel catalogo degli *officia defensionis*, ossia dei concetti di *decorum*, *probitas*, *prudentia*, che esaltavano l'archetipo del *vir bonus dicendi peritus* secondo la nota espressione catoniana. Da questi, invero, non veniva fatto discendere un obbligo generalizzato di affermare il vero, ché anzi l'impostazione conflittuale del giudizio romano manifestava quasi un'opposta tendenza, come emerge in alcuni passi di Cicerone [22].

Eccettuata la contrapposizione tra i concetti di verità e vero-

[22] F. Arcaria, *Il «dovere di verità»: contributo alla comparazione tra la deontologia forense italiana e l'esperienza giuridica romana*, in «Teoria e storia del diritto privato», 2016, p. 1 ss.; nel *De officiis*, ad esempio, l'Arpinate poneva con grande chiarezza una netta distinzione tra funzione del giudice, che è quella di ricercare in ogni causa il vero (*iudicis est semper in causis verum sequi)*, e compito dell'avvocato, il quale invece ha il dovere di sostenere il verosimile, anche se non del tutto vero (*patroni non numquam veri simile, etiam si minus sit verum, defendere*). In argomento, sulle interconnessioni tra eloquenza forense e deontologia nel periodo romano, v. A. Bellodi Ansaloni, *L'arte dell'avvocato,* actor veritatis: *studi di retorica e deontologia forense*, Bologna, 2016, spec. p. 117 ss.

simiglianza, la ricerca del verosimile non era intesa come mera opportunità, ossia come scappatoia al divieto di mentire, ma come dovere da coltivare per tutelare al meglio gli interessi della parte. La preminenza della retorica come tecnica di difesa suggeriva l'impiego di affermazioni, né vere né false, che fossero tali da convincere il giudice della bontà della ricostruzione fattuale e giuridica proposta dal patrocinatore. Naturalmente, la necessità di sostenere il verosimile non fu mai tradotta in una licenza assoluta dalle regole processuali, che avrebbe potuto nuocere agli stessi *officia* fondativi dello *status* dell'avvocato, sicché rimasero comunque punite condotte quali l'invenzione o la falsificazione delle prove, l'accusa ingiusta di un innocente, la proposizione di azioni temerarie o palesemente infondate [23].

Nel diritto post-classico [24], la situazione non fu tendenzialmente diversa, permanendo un'impostazione avversariale (quasi militaresca) del giudizio, che si poneva in netta antitesi con la postulazione di un obbligo di verità delle parti. Nel diritto comune, invece, avendo acquisito maggiore coscienza sul ruolo dell'avvocato, vennero prescritti divieti più stringenti, come quello di assumere cause ingiuste, dire il falso; cionondimeno, la distinzione tra dovere dell'avvocato e obbligo della parte diveniva quasi impercettibile nella misura in cui non fosse riconosciuta al procuratore libertà tale da potersi discostare dalle posizioni del cliente.

Nell'era delle codificazioni, invece, la disciplina dei doveri dell'avvocato fu relegata esclusivamente al diritto penale; nel codice penale sardo del 1859, al capo IV rubricato «Degli abusi degli avvocati o dei causidici nell'esercizio del loro ministero, di chi si intromette negli affari come sollecitatore o difensore», venivano punite diverse condotte infedeli del patrocinatore, tra

[23] Un riferimento alla punibilità di simili condotte si riscontra anche in Gaio, 4.178: «*calumniae iudicio decimae partis nemo damnatur nisi qui intellegit non recte se agere, sed vexandi adversarii gratia actionem instituit, potiusque ex iudicis errore vel iniquitate victoriam sperat quam ex causa veritatis; calumnia enim in adfectu est, sicut furti crimen*».

[24] Si veda in proposito R. Bianchi Riva, *Il dovere di verità fra tecniche della difesa e deontologia forense nel medioevo e nell'età moderna*, in «Italian Review of Legal History», 2015, p. 1 ss.

cui quella di «pregiudicare dolosamente con fatti od omissioni la causa di un imputato». Da questa disposizione, allora, emergeva come il mendacio avesse rilevanza processuale laddove idoneo a ledere il diritto d'azione della parte, donde si sarebbe potuto ricavare *a contrario* che la menzogna «a fin di bene» non potesse essere perseguita in quanto giuridicamente lecita. In effetti, anche le fonti dell'epoca, pur inquadrando il dovere di verità in quell'armamentario di precetti non scritti, parevano limitarne la portata al vero soggettivo, ricollegando la conformità a giustizia non all'esclusione di infingimenti o espedienti giudiziali, bensì alla tutela dell'interesse di parte.

Nell'ordinamento italiano, invece, già il progetto Chiovenda, risalente al 1919, proponeva di introdurre espressamente un obbligo degli avvocati di «non dire cosa consapevolmente contraria al vero», ossia un divieto di menzogna, che l'illustre autore riteneva peraltro già ricavabile dal sistema processuale disegnato dal codice del 1865. Nell'avanprogetto Carnelutti del 1926, invece, similmente all'impianto attuale, si prevedeva un obbligo a carico del giudice di riferire all'autorità giudiziaria circa il comportamento dell'avvocato che si fosse reso artefice di lite temeraria.

Nonostante l'anzianità del tema, ogni nuova riflessione si scontra inevitabilmente con il dilemma biblico: «cos'è la verità?» (Τί ἐστιν ἀλήθεια;) [25]. Rispetto a questo interrogativo «senza tempo», sempre presente in millenarie divagazioni filosofiche, dalla verità aristotelica come incontrovertibilità o, nella concezione galileiana, come esattezza scientifica, al relativismo protagoreo, fino al «disvelamento dell'essere» di Martin Heidegger, ognuno, in fondo, matura la propria convinzione, laddove una risposta giusta effettivamente ci sia. Eppure, chiunque si accinga a studiare il tema odierno è costretto a dare una risposta ad un simile interrogativo, se non altro per delimitare il campo di indagine e muoversi in un terreno il più possibile confinato.

Se tentassimo quindi di fornire una risposta che muova da una prospettiva fedelmente giuridica, ci accorgeremmo comunque dell'ampiezza dei casi in cui, da un punto di vista assolutistico,

[25] Vangelo secondo Giovanni, 18:39.

l'avvocato possa incorrere in una violazione dell'obbligo di verità. Anzitutto, dire la verità significa non mentire: ciò, in linea generale, può avvenire quando l'avvocato, tanto nei propri scritti difensivi, quanto in sede di discussione orale, esponga un fatto mai avvenuto, rappresenti un fatto diverso di quello realmente accaduto, ometta delle circostanze che rendono il fatto diverso da quello avvenuto e/o adduca o ometta circostanze di fatto mai accadute, depositi o esibisca in giudizio documenti falsi, assuma prove false, sostenga delle tesi giuridiche inesistenti, citi dei precedenti giurisprudenziali inventati e/o inesatti, renda autodichiarazioni mendaci.

È facile dunque avvedersi che una generalizzazione del dovere di verità rischia di ricomprendere in un unico calderone condotte differenti per natura e rilevanza, rischiando di sganciare la valutazione da un'attenta lettura delle norme di diritto positivo che regolano l'esplicarsi del diritto di difesa e l'operato dell'avvocato. Infatti, se continuassimo a ragionare in termini assolutistici, senza cioè operare un contro-bilanciamento tra opposte esigenze, si potrebbe affermare, per assurdo, che il difensore possa essere legittimato anche a dichiarare il falso. Estremizzando ad esempio il concetto di inviolabilità del diritto di difesa, che trova riscontro, quanto alla posizione del difensore, nel divieto di pregiudicare la difesa dell'assistito, nonché il diritto al silenzio che compete alla parte nel processo penale (e quindi al difensore), si potrebbe ammettere che l'avvocato possa dire il falso laddove sia necessario per ragioni difensive.

Questi rapidi cenni mostrano che la riflessione non debba essere preconcetta, ma anzi cosciente dell'esistenza di molteplici esigenze ordinamentali. Difatti, se da un lato è stato recentemente rimarcato in dottrina che il «problema, quindi, non è quello di verificare se esista un dovere di verità dell'avvocato [che da questa rapida pennellata espositiva parrebbe codificato a livello positivo], bensì quello di individuare quale ne sia la portata» [(26)], dall'altro molteplici paiono ancora gli interrogativi e i nodi da ri-

[(26)] M. Bina, *Il dovere di verità dell'avvocato nel processo civile*, in «Rivista di diritto processuale», 2021, p. 525.

solvere: se il dovere dell'avvocato sia speculare a quello della parte o sia in qualche modo di diversa estensione, ed in caso di risposta affermativa, se sia opportuno discorrere per l'avvocato di verità piuttosto che di verosimiglianza, plausibilità, o credibilità.

Nell'analizzare il rapporto con il cliente, si è esclusa l'esistenza di un obbligo di ricerca della verità da parte dell'avvocato. Se così fosse, infatti, al difensore verrebbe attribuito un incombente pressoché analogo a quello del giudice, allorché si dovesse aderire all'idea che il fine del processo, e quindi della decisione giurisdizionale, sia quella di accertare la c.d. verità materiale, con conseguenziale responsabilità del difensore anche nelle ipotesi di falsità inconsapevoli emerse nel corso del giudizio. Tale conclusione è indubbiamente da escludere in forza di quelle previsioni deontologiche che vietano al difensore di impegnare la propria parola dinanzi al giudice sulla verità dei fatti di causa (art. 50, comma 4, cod. deont. for.), e al contrario lo puniscono nel caso in cui versi scientemente in giudizio dichiarazioni o prove false (art. 50, commi da 1 a 3 e comma 5, cod. deont. for.). Poiché la conoscenza dei fatti non può che derivare dall'assistito, se gli stessi fossero veri o vi fosse un obbligo a carico dell'avvocato di ricercare fatti non conosciuti, non si comprenderebbe la *ratio* del divieto di cui al comma 4; ma poiché i fatti potrebbero essere falsi, ancorché non conosciuti dal professionista, si comprende come la legge professionale tenda a salvaguardare l'avvocato dal commettere i più gravi illeciti dei commi precedenti, incorrendo in responsabilità penale e disciplinare.

Ammesso dunque che la ricerca della verità storica sia un semplice onere, derivante dall'esigenza che il cliente chiarisca o integri i fatti narrati per una migliore conduzione della difesa, si comprende come l'obbligo della parte non sia in realtà speculare a quello dell'avvocato. Il professionista, infatti, non può essere responsabile per la menzogna o per la reticenza del cliente, salvo l'obbligo di rinunciare al mandato nel corso del giudizio.

Il regime di irresponsabilità, tuttavia, vale fintantoché il professionista sia *ab origine* ignaro della falsità, oppure quando essa emerga nel corso del giudizio sulla base degli atti di causa. Il dubbio, invece, permane nel caso in cui il racconto del cliente, la cui

verità è indifferente per l'avvocato, appaia invece probabilmente falso, sicché l'avvocato, in virtù del modesto grado di imputabilità previsto dal codice deontologico, possa comunque andare incontro a qualche responsabilità. La soluzione, a nostro avviso, deve essere ricercata nella valutazione di credibilità operata dall'avvocato sui fatti narrati dal cliente; nel senso che, qualora il racconto appaia totalmente incredibile o inverosimile, l'avvocato non dovrebbe accettare il mandato, al fine di non apparire (o essere) compartecipe nella violazione del dovere di verità. Il dovere di credibilità impone infatti che l'avvocato possa sostenere la realtà dei fatti in maniera credibile.

Il medesimo ragionamento può essere replicato anche con riferimento alle allegazioni. L'obbligo di verità, infatti, non si estende alla dichiarazione di fatti noti sfavorevoli per l'assistito, benché la reticenza non sia idonea a mutare i fatti principali e a modificare, dunque, l'oggetto del giudizio; allora, il dovere dell'avvocato sarà quello di impostare, sulla base degli elementi in possesso, un racconto credibile, che evidenzi i lati maggiormente convenienti del fatto, senza alcun obbligo di riferire dei fatti invece sfavorevoli, la cui introduzione dovrebbe essere semmai curata dalla controparte [27].

7. *Lealtà e probità con le controparti e il giudice*. — Se l'analisi del «rapporto interno» ha permesso di evidenziare che tra le condotte dell'avvocato possono esserci delle zone d'ombra in cui la rilevanza deontologica deve essere valutata casisticamente, nel «rapporto esterno», ossia quello che si istaura con gli attori istituzionali del processo, la situazione è apparentemente più semplice. Le nozioni di lealtà e probità, infatti, riacquisiscono valenza specie nelle relazioni che l'avvocato è tenuto ad istaurare con la con-

[27] Si richiama pertanto il concetto dell'«onere di veridicità» (*Wahrhaftigkeitspflicht*), in base al quale, in estrema sintesi, l'avvocato «non può allegare in giudizio fatti che sa o avrebbe potuto sapere essere falsi» (così A. Carratta, *Dovere di verità e completezza nel processo civile*, I, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 2014, p. 72, spec. nota 90, con ampi richiami alla dottrina tedesca), ossia una «verità soggettiva» di secondo grado rispetto a quanto narrato dal cliente. Cfr. M. Gradi, *L'obbligo di verità delle parti*, cit., p. 401 ss.

troparte e con il giudice, connotando quei valori di correttezza, contegno e decoro che contraddistinguono la categoria. Eppure, anche in questi casi non ogni condotta può essere positivamente inquadrata nel disposto di cui all'art. 88 cod. proc. civ., residuando un'area di comportamenti che, benché sottratti al doveroso rilievo dell'autorità giudiziaria, assume comunque rilevanza deontologica.

Quanto ai rapporti con le controparti, il dovere di colleganza, dalla chiara impronta solidaristica, riveste una posizione peculiare all'interno dell'architettura deontologica, dal momento che numerose disposizioni disciplinano il comportamento che l'avvocato deve mantenere nei confronti dei colleghi. Nonostante le previsioni testuali disciplinino, ad esempio, l'informazione preventiva al collega, il divieto di divulgazione di fatti attinenti alla professione, il divieto di produzione della corrispondenza scambiata con il collega, il divieto di utilizzo di frasi sconvenienti, residuano fattispecie non tipizzate ma di frequente applicazione nella prassi.

Così, ad esempio, nell'ampio concetto di lealtà è ricompreso il dovere di non sottacere circostanze rilevanti in sede di conciliazione che possano incidere sulla definizione dell'accordo [28]; *a contrario,* dunque, bisogna ritenere che l'avvocato dovrà essere credibile nella conduzione delle trattative stragiudiziali, non cercando di raggirare l'avversario per ottenere un risultato a sé favorevole. Il dovere di credibilità impone inoltre che l'avvocato non sfrutti gli errori processuali altrui qualora il proprio assistito non possa trarne un immediato vantaggio o qualora l'omissione di un dato atto non pregiudichi la difesa del cliente. Ad esempio, benché la norma preveda l'integrazione dell'illecito deontologico quando la violazione della puntualità sia ripetuta, è stato ritenuto lesivo il comportamento dell'avvocato che non attenda un tempo ragionevole per svolgere l'udienza. La casistica, in realtà, è molto ampia, ma i superiori esempi dimostrano, ancora una volta, che lo *standard* comportamentale dell'avvocato non sia sempre disciplinato da norme di condotta tassative e puntuali, dovendo essere improntato a canoni di serietà, morigeratezza ed equilibrio.

[28] Cons. naz. for., 23 settembre 2020, n. 167.

In ordine al rapporto con il giudice, l'art. 53 cod. deont. for., pur elencando alcune condotte significative, è norma assai limitativa delle interrelazioni che possono sorgere tra avvocati e magistrati nella prassi giudiziaria. Il dialogo con il magistrato è continuo, e se è vero che nel processo civile sussiste un dovere reciproco di collaborazione, questo deve essere non solo improntato a criteri di lealtà e correttezza, ma anche di credibilità, specialmente con riferimento alla materia del contendere. Quando il codice prescrive che l'avvocato deve opporsi alle istanze irrituali o ingiustificate, della controparte, dirette sia al giudice che all'avversario, impone implicitamente un dovere di predisporre istanze tempestive e sempre motivate. Si pensi, ad esempio, al caso delle istanze meramente dilatorie che possono essere valutate dal giudice negativamente ai fini della ripartizione delle spese, connotando una fattispecie di responsabilità processuale aggravata.

Considerando poi il dovere di competenza in combinato disposto alle previsioni che tutelano l'integrità del rapporto con il magistrato, non sarebbe incongruo ritenere anche che il dovere di credibilità imponga all'avvocato che gli atti di causa siano sempre sorretti da un'adeguata conoscenza della materia, anche in caso di delega processuale. L'esposizione della tesi assurda, probabilmente sfornita di rilievo civilistico se non sotto il profilo del pregiudizio alla difesa del cliente, mal si concilia tuttavia con il ruolo che l'avvocato dovrebbe assumere all'interno del processo, potendo connotare negativamente il decoro della classe professionale di appartenenza.

8. *Giustizia della decisione ed etica dell'avvocato.* — Nell'*incipit* di questo breve contributo, dopo aver passato in rassegna alcuni stereotipi che caratterizzano la professione forense, ci si è posti l'interrogativo se l'avvocatura abbia necessità di recuperare credibilità. Da un punto di vista statistico, certamente irrilevante ai fini scientifici, i dati dimostrano che la crescente sfiducia dei cittadini verso il mondo della giustizia deriva perlopiù da cause strutturali, quali l'elevata burocratizzazione della macchina giudiziale, l'eccessiva lungaggine delle procedure, ed ancor più la diffusa disistima nell'operato dei giudici. Secondo questa indagine, inoltre,

l'avvocatura sarebbe immune da corresponsabilità in merito alla distorta percezione che i cittadini hanno della giustizia. L'analisi sinora effettuata induce però a ritenere che il quesito iniziale, pur avendo un'apprezzabile utilità, è meramente retorico ancorché sterile, giacché la credibilità per l'avvocatura, indipendentemente dal suo effettivo bisogno, è una necessità o, per meglio dire, un dovere. Il rafforzamento della categoria, sia in termini di fiducia da parte degli operatori che di riconoscimento della funzione sociale, è un sicuro viatico per migliorare l'attuazione dei principi del giusto processo, contribuendo direttamente al raggiungimento dei fini di giustizia.

Tale conclusione si ricava riannodando quel sottile *file rouge* intercorrente tra prestigio della professione, osservanza delle norme deontologiche e rispetto dei principi del *fair trial* che consente di affermare la sussistenza di un dovere per l'avvocatura di essere credibile nello svolgimento delle proprie funzioni. Si è infatti visto come l'assolvimento del proprio ufficio non sia confinato alla dimensione tecnica del processo, ma che esso princìpi fuori delle aule di giustizia, allorché l'avvocato debba orientare la propria vita privata al rispetto di determinati canoni etici. L'estensione della normativa disciplinare alla sfera individuale del professionista, infatti, non costituisce orientazione deontica fine a sé stessa, ma possiede una stretta associazione con l'attuazione della giurisdizione, che si esplica in prima battuta proprio con la domanda di tutela. In proposito il tentativo è stato quello di ricondurre tale intimo collegamento alla fase embrionale (ma altrettanto centrale) dell'accesso alla giustizia, avvalorando la tesi secondo cui il rispetto delle norme deontologiche fuori dal processo, in quanto teso alla cura dell'immagine della categoria, costituisca fattore di avvicinamento al mondo della giustizia, facilitando nel complesso la funzione sociale dell'avvocato.

Il profilo della rilevanza esterna si ripercuote inevitabilmente nel momento centrale del rapporto professionale, ossia nell'incontro con il cliente, nel quale il dato formale dell'apparenza deve tradursi in credibilità sostanziale, tramite l'erogazione di un'offerta di tutela efficacia e appropriata. Non si ritiene che la naturale diffidenza verso il cliente possa portare ad ammettere l'esistenza

di un onere di ricerca della verità propedeutico all'istaurazione del giudizio, ma che l'avvocato, sulla base degli elementi in possesso, dovrà valutarne la credibilità, ed in caso negativo, rifiutare l'accettazione dell'incarico. La (pre)valutazione dell'avvocato, purché fedele e realistica, costituisce la (pre)condizione di una difesa credibile, di cui il giudizio ha incessante bisogno.

L'esigenza che la causa venga proposta, sin dagli inizi, in modo credibile si traduce nell'onere di rappresentare fedelmente le circostanze fattuali a sostegno della propria domanda sulla base delle informazioni ricevute dal cliente. Indagando il tema del dovere di verità dell'avvocato, infatti, si è smentita l'esistenza di una corrispondenza biunivoca con l'obbligo della parte, contrariamente all'opinione maggioritaria della dottrina, quantomeno sotto il profilo della responsabilità ([29]). All'avvocato non può essere attribuito né l'obbligo di smascherare eventuali reticenze o dichiarazioni mendaci del proprio cliente, salvo quelle che appaiano *ictu oculi* manifestamente false, né quello di rendere in giudizio circostanze sfavorevoli al proprio assistito, purché non alterino o modifichino integralmente il fatto storico. Il giusto equilibrio tra dovere di verità e diritto di difesa si determina costruendo un racconto credibile, che valorizzi in punto di fatto gli elementi maggiormente favorevoli da sottoporre al magistrato, offrendo una versione sì di parte, ma verosimile in quanto fondata su dati concreti e reali. Conseguentemente, si è escluso che la violazione del dovere di verità possa profilarsi con riferimento all'individuazione della fattispecie corretta o all'esplicazione delle questioni giuridiche, rispetto alle quali il difensore mantiene una libertà incensurabile, persino quando esponga tesi apparentemente assurde.

Rispetto all'esposizione dei fatti giuridici, invece, sussiste un dovere di credibilità per meglio tutelare l'interesse della parte as-

[29] In senso conforme, v. B. CAVALLONE, *In difesa della* veriphobia, cit., p. 7, secondo cui «la presenza di qualche artificio retorico in una narrazione complessivamente veritiera non basta certo a "falsificarla" in toto. E deve presumersi che un giudice intelligente sia in grado di capire in quale rispettiva misura l'una e l'altra siano fondate, sia con gli strumenti della logica e della comune esperienza, sia soprattutto, al momento della decisione, mediante il riscontro con i risultati dell'istruzione probatoria».

sistita nell'ottica del ministero della difesa. In ossequio al dovere di competenza, che esula dal campo di applicazione dell'art. 88 cod. proc. civ., l'avvocato ha il dovere non solo di conoscere la materia del contendere e il funzionamento del rito prescelto, ma anche quello di proporre tesi giuridicamente sostenibili, che possano convincere il giudice della bontà del ragionamento logico, della profonda conoscenza del diritto, ed anche dell'inconsistenza delle asserzioni di controparte. L'inosservanza di tale dovere, pur sottratta al rilievo ufficioso del giudice, mantiene rilievo disciplinare nella misura in cui sia potenzialmente in grado di compromettere la difesa dell'assistito, ledendo il dovere di diligenza nell'esecuzione del mandato.

Nel terreno elettivo dell'art. 88 cod. proc. civ. rientrano invece quelle condotte *latu sensu* collaborative con la controparte e il giudice, la cui osservanza costituisce attuazione dei principi del giusto processo. Il mantenimento di uno *standard* comportamentale adeguato, non deferente ma rispettoso del dettato deontologico, rappresenta un sicuro ausilio per il raggiungimento di una decisione giusta. Peraltro, non si può certo pensare che la cura di determinati canoni etici, tanto nei rapporti dialettici con l'avversario, quanto nel confronto con l'autorità giudiziaria, sia un fattore inerme nel giudizio complessivo che il decisore adotta nella camera di consiglio.

Chiudendo il cerchio, si è pertanto in grado di riavvolgere la cartina di tornasole, ossia di stabilire quale sia il fondamento positivo del dovere di credibilità. Il codice, invero, contiene un catalogo di doveri sin troppo ampio, la cui forza precettiva è spesso indebolita dall'eccessiva genericità del precetto. Nessuna disposizione, infatti, discorre di «credibilità», sicché l'elaborazione della nozione potrebbe apparire improvvida ancorché sprovvista di giustificazione testuale. Si tratta, in realtà, di una nozione trasversale che valorizza la necessità, presente nello stesso codice, che l'osservanza complessiva delle norme deontologiche divenga essenziale «per la realizzazione e la tutela dell'affidamento della collettività e della clientela, della correttezza dei comportamenti, della qualità ed efficacia della prestazione professionale» (art. 1, comma 3, cod. deont. for.).

La credibilità dell'avvocato ha un significato finalistico, perché mira all'ottenimento di obiettivi superiori, i quali altro non sono altro che componenti sostanziali del concetto di giustizia. Sconfessando la presunta antinomia tra interesse di parte e *fairness* processuale, il raggiungimento di un elevato livello di credibilità costituisce il miglior *standard* che l'avvocato debba adottare per garantire al contempo la tutela dei diritti dell'assistito e l'attuazione dei principi del giusto processo.

In definitiva, se volessimo contribuire, da avvocati, al funzionamento della giustizia, dovremmo ispirare il nostro operato alle geniali parole di Calamandrei, quando nel celebre *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, si chiese: che vuol dire «grande avvocato»? Vuol dire avvocato utile ai giudici per aiutarli a decidere secondo giustizia, utile al cliente a far valere le proprie ragioni [30].

[30] P. Calamandrei, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, nella rist., Milano, 2020, p. 128.

Filippo Nicolai
Dottorando di ricerca nell'Università di Roma Tre

L'INGIUSTIZIA DELLA DECISIONE CIVILE CAUSATA DALL'INFEDELTÀ DEL DIFENSORE

Sommario: 1. Premesse. – 2. La fattispecie di reato. – 3. L'ingiustizia della decisione civile. – 4. L'interpretazione assiologica delle norme processuali. – 5. Brevi conclusioni.

1. *Premesse.* — Nell'antica Roma repubblicana, nell'ottava delle dodici tavole, dedicata agli illeciti, veniva sancito che il patrono – investito della tutela in giudizio del proprio «cliente» nel più ampio contesto del rapporto esistente tra i due soggetti – dovesse esser tacciato di *sacertas* (in estrema sintesi, consacrato agli dèi inferi) nel caso in cui avesse agito «fraudolentemente» al fine di arrecare un pregiudizio agli interessi del proprio assistito [1].

Tale sanzione, a matrice giuridico-religiosa, comportava la facoltà per chiunque di uccidere il patrono senza incorrere in conseguenze, in quanto il delitto, stante la sacralità e l'inviolabilità del rapporto fiduciario intercorrente tra tale soggetto e il cliente, era considerato di una gravità tale da poter arrecare minaccia alla *pax*

[1] Legge delle XII tavole, 8.21: «*Patronus si clienti fraudem fecerit, sacer esto*». Sul concetto di «*homo sacer*», si può certamente rinviare all'ampio studio di R. Fiori, Homo sacer*: dinamica politico-costituzionale di una sanzione giuridico-religiosa*, Napoli, 1996; invece, più specificamente sul «rapporto clientelare» cfr. F. Serrao, *Patrono e cliente da Romolo alle XII tavole*, in *Studi in onore di A. Biscardi*, Milano, 1987, p. 293 ss.; e in F. Serrao, Ius lex edicta*: altri studi di diritto romano*, Napoli, 2015, vol. I, p. 149 ss.

Quaderni di «Etica e giustizia», n. 1
L'avvocato e la giustizia, a cura di M. Gradi, Napoli, 2025

deorum, la delicata armonia tra i consociati e gli dèi, imprescindibile per assicurare la prosperità della *civitas* romana.

Il ripudio della collettività per tale tipologia di condotta, seppur privato degli originali connotati di sacralità e tradotto secondo una visione laica del diritto criminale, si è mantenuto vivo fino ai giorni nostri (2), essendo ancor oggi esposto a pena – e precisamente alla reclusione da uno a tre anni a cui si accompagna una multa per un importo non inferiore a 516 euro – il «patrocinatore» (3) o il consulente tecnico (4) che, «rendendosi infedele ai suoi doveri professionali, arreca nocumento agli interessi della

(2) Invero, reati volti a censurare sostanzialmente le medesime condotte erano presenti anche nel codice penale del 1889 (r.d. 30 giugno 1889, c.d. «codice Zanardelli»), nel quale, in un titolo appositamente dedicato alla «prevaricazione» (termine con cui venivano diffusamente accomunati tali reati, cfr. R. Pannain, *Prevaricazione e infedeltà dei patrocinatori*, in *Novissimo digesto italiano*, vol. XIII, Torino, 1966, p. 808 ss.), veniva sanzionato il patrocinatore che «colludendo con la parte avversaria od in altro modo fraudolento, pregiudica la causa affidatagli» (art. 222) ovvero che «in una causa penale (…) fuori dai casi preveduti nell'articolo precedente, redendosi infedele ai doveri del proprio ufficio pregiudica l'imputato da lui difeso» (art. 223). Il termine «prevaricazione» affonda, anch'esso, le proprie radici nel diritto romano. In particolare, in epoca tardo-classica in un frammento di Ulpiano si legge: «*Prevaricatores eos appellamus, qui causam adversariis suis, et ex parte actoris in partem rei concedunt; a varicando enim prevaricatores dicti sunt*» (D. 50. 16, I, 212).

(3) Il termine si differenzia volutamente dalle dizioni contenute nei codici di procedura (sia civile sia penale) nella parte dedicata alla difesa ovvero assistenza delle parti, in quanto il legislatore penale ha inteso esporre alla pena «ogni specie di persone abilitate al patrocinio» (R. Pannain, *Prevaricazione e infedeltà dei patrocinatori*, cit., p. 808), le quali al momento della stesura del codice penale erano ben più numerose rispetto a quelle ad oggi previste (comprendendo, ad esempio, anche i c.d. «causidici» ammessi al patrocinio davanti alla pretura»; F. Antolisei, *Manuale di diritto penale: parte speciale*, 18ª ed., Milano, 2022, vol. II, p. 720 ss.). La disposizione è interpretata comunque in modo tale da essere ritenuta applicabile anche gli avvocati dello Stato e agli ufficiali difensori dinanzi ai tribunali militari (cfr. G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale: parte speciale*, 6ª ed., Torino, 2021, vol. I, p. 418).

(4) La disposizione, per opinione unanime, è riferita al solo consulente tecnico di parte in virtù del rapporto fiduciario che quest'ultimo intrattiene, al pari del difensore, con la parte potenzialmente lesa dal reato, cfr. A. Pagliaro, *Principi di diritto penale: parte speciale*, vol. II, Milano, 2000, p. 179.

parte da lui difesa, assistita o rappresentata dinanzi all'Autorità giudiziaria o alla Corte penale internazionale» (art. 380 cod. pen., rubricato «Patrocinio o consulenza infedele») (5).

La pena è aumentata fino a un terzo (trattandosi di circostanze aggravanti speciali ad effetto comune) se il colpevole ha commesso il fatto colludendo con la parte avversaria oppure se il fatto è stato commesso a danno di un imputato; in quest'ultima ipotesi, inoltre, se la persona è imputata per un delitto per il quale la legge commina l'ergastolo ovvero la reclusione superiore a cinque anni, la cornice edittale di pena diviene invece compresa tra un minimo di tre e un massimo di dieci anni di reclusione a cui si accompagna una multa per un importo non inferiore a 1.032 euro (trattandosi in quest'ultimo caso di una circostanza aggravante speciale ad effetto speciale) (6).

Tale fattispecie criminosa – a differenza delle «altre infedeltà» punite ai sensi dell'art. 381 cod. pen. quali reati di «mera condotta», ossia, sanzionati per il sol fatto che il difensore o il consulente abbiano posto in essere il comportamento tipizzato dalla norma incriminatrice, a prescindere dal realizzarsi di un evento dannoso (7) – oltre a voler garantire un corretto esercizio della giurisdi-

(5) Il riferimento alla «Corte penale internazionale» è stato da ultimo inserito nel solo art. 380, comma 1, cod. pen. dall'art. 10, comma 10, della legge 20 dicembre 2012, n. 237, senza che analoga modifica abbia interessato il successivo art. 381 cod. pen.

(6) In dottrina, è discusso se la circostanza aggravante relativa alla commissione del fatto colludendo con la parte avversaria sia da considerarsi quale aggravante oggettiva (al pari delle restanti, in relazione alle quali vi è invece unanimità di vedute) e dunque comunicabile ai concorrenti; favorevole A. Pagliaro, *Principi di diritto penale: parte speciale*, vol. II, cit., p. 189; contraria, invece, M.C. Del Re, *Patrocinio o consulenza infedele e le altre infedeltà del patrocinatore*, in *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, a cura di F. Coppi, Torino, 1996, p. 479, la quale ritiene, per l'appunto, che si tratti di una circostanza aggravante soggettiva.

(7) La legge penale, come detto, sanziona, inoltre, anche «altre infedeltà», esponendo a pena il patrocinatore o il consulente tecnico che «presta contemporaneamente, anche per interposta persona, il suo patrocinio o la sua consulenza a favore di parti contrarie» ovvero che «dopo aver difeso, assistito o rappresentato una parte, assume, senza il consenso di questa, nello stesso pro-

zione, tutela evidentemente anche gli interessi della parte rappresentata o assistita, avendo quale obiettivo quello di impedire che quest'ultima risulti pregiudicata dal comportamento fraudolento del difensore o del consulente tecnico (assolvendo, dunque, ad una funzione general-preventiva volta ad evitare che si realizzi il «nocumento» richiamato dalla disposizione) [8].

In estrema sintesi, questo delitto, in nome del superiore interesse al regolare funzionamento dell'attività giudiziaria (avente evidentemente un suo primo fondamento nella assoluta inviolabilità, in ogni stato e grado del processo, del diritto di difesa),

cedimento, il patrocinio o la consulenza della parte avversaria» (art. 381 cod. pen.). Spiega la consumazione del reato mediante la sola integrazione del comportamento tipizzato, F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale: parte speciale*, 18ª ed., cit., vol. II, p. 724. In particolare, il momento consumativo del reato rispetto all'ipotesi di cui all'art. 381, comma 1, cod. pen., ossia nell'ipotesi di consulenza o patrocinio prestati contemporaneamente a beneficio di più parti, è individuato nel compimento del primo atto in favore della «parte contraria» rispetto a quella che per prima ha beneficiato della rappresentanza o assistenza del «patrocinatore» o del consulente tecnico infedele; mentre, nella diversa ipotesi di cui all'art. 381, comma 2, cod. pen., si ritiene che il reato si consumi con la sola assunzione incarico di rappresentanza o assistenza (E. CALCAGNO, *I reati di infedeltà e di millantato credito del patrocinatore e del consulente tecnico*, in *I reati contro l'amministrazione della giustizia*, a cura di P. Pisa, vol. del *Trattato di diritto penale*, diretto da C.F. Grosso, T. Padovani, A. Pagliaro, Milano, 2009, p. 282). Rispetto a quest'ultima fattispecie di cui all'art. 381, comma 2, cod. pen., la giurisprudenza ha avuto altresì modo di precisare che tale delitto deve essere qualificato quale «reato istantaneo», in quanto la condotta vietata, come detto, consiste nella mera assunzione dell'incarico e non già nell'espletamento delle relative attività, la quale ben può rimanere su un piano di mera eventualità (cfr. Cass. pen., 2 ottobre 1995, in «Cassazione penale», 1996, p. 2966). Sulle diverse caratteristiche dei due delitti di infedeltà di cui agli artt. 380 e 381 cod. pen., come esplicitate brevemente nel testo, si può anche fare riferimento alla pubblicazione del Ministero della Giustizia e degli affari di culto, *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, Roma, 1929, vol. V, *Progetto di un nuovo codice penale con la relazione del Guardasigilli*, t. 2, p. 177 ss.

[8] Secondo la giurisprudenza di legittimità si tratterebbe, invero, di un reato «plurioffensivo» (cfr. Cass. pen., sez. VI, 30 ottobre 2014, n. 45059), lesivo sia degli interessi della parte assistita o rappresentata sia del superiore interesse ad una retta amministrazione della giustizia.

sanziona il comportamento del difensore (o del consulente) che, falcidiando le possibilità difensive di una delle parti, pregiudichi volontariamente il raggiungimento di una decisione conforme a giustizia (o che, comunque, disattendendo i propri doveri professionali, arrechi intenzionalmente un danno alla stessa) (9).

A fini di maggior precisione, giova, però, indugiare in una ricostruzione, pur breve, della fattispecie in commento secondo la scomposizione analitica tipica dell'analisi dei reati.

2. *La fattispecie di reato.* — Il delitto di patrocinio o consulenza infedele costituisce un reato proprio (10), d'evento a forma libera (11), che si può manifestare in un qualunque procedimento pendente di fronte all'autorità giudiziaria (12), indipendentemente

(9) Diversamente, ma in termini sostanzialmente assimilabili, cfr. V. MANZINI, *Dei delitti contro la pubblica amministrazione e l'autorità giudiziaria*, 5ª ed. aggiornata da P. Nuvolone e G.D. Prisapia, vol. V del *Trattato di diritto penale italiano*, Torino, 1981 (rist. 1986), p. 1009, il quale afferma che «l'oggetto essenziale della tutela penale non è costituito da interessi privati o professionali, bensì dall'interesse relativo all'attività giudiziaria, che deve essere salvaguardata dal danno o dal pericolo di traviamenti determinati da un patrocinio infedele o altrimenti insidioso. Gli interessi privati e professionali ricevono protezione riflessa, per effetto della tutela dell'interesse pubblico essenziale».

(10) M. B. MIRRI, *Infedeltà del patrocinatore o consulente tecnico*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, vol. VI, Torino, 1992, p. 421.

(11) Secondo alcuni, invece, si tratterebbe di un reato a condotta vincolata: v. S. TENTORI MONTALTO, *Le infedeltà del patrocinatore e del consulente tecnico*, in «Rivista penale», 1993, p. 156. Tuttavia, la qualificazione non convince, in quanto, come evidenziato da B. ROMANO, *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, 4ª ed., Padova, 2009, p. 240 s., nella disposizione non sono descritte precise modalità della condotta, ma sono solamente richiamati in modo generico gli obblighi disciplinari (ovvero generalmente gli obblighi imposti da normativa non penale) dal cui inadempimento, che ontologicamente può concretarsi in molteplici comportamenti differenti, può potenzialmente discendere l'applicazione della sanzione penale.

(12) Rispetto all'individuazione della portata di tale presupposto del reato, si registrano alcune divergenze, principalmente giurisprudenziali. Secondo un primo orientamento, infatti, per ritenere integrata la fattispecie sarebbe sufficiente che «l'esercente la professione forense si renda infedele ai doveri connessi alla accettazione dell'incarico di difendere taluno dinanzi all'autorità giudiziaria, indipendentemente dall'attuale svolgimento di una

dalla natura e dall'oggetto del giudizio (13), qualora il patrocinatore (ovvero il consulente) si «renda infedele» o, più semplicemente, violi (14) i propri doveri professionali, con l'intenzione di provocare un danno alla parte dallo stesso rappresentata o assistita.

Innanzitutto, il reato è da definirsi «proprio» in quanto il soggetto attivo può essere rappresentato solamente da coloro che rivestono le qualifiche tassativamente indicate all'interno della disposizione (15), le quali sono accomunate, rispetto all'esigenza

attività processuale e financo dalla pendenza della lite, giacché il pregiudizio in danno della parte può concretarsi nella dolosa astensione dalla doverosa attività processuale»: così Cass. pen., sez. VI, 19 novembre 1998, n. 1410, in «Cassazione penale», 2000, p. 626. Secondo un contrario e maggiormente condiviso (e condivisibile) orientamento, invece, sulla base del principio di necessaria tassatività delle fattispecie criminose, il tenore letterale della norma imporrebbe di escludere che attività prodromiche ad un giudizio possano consentire l'integrazione del reato, in quanto la richiamata pendenza del procedimento impedirebbe di estendere la fattispecie a casi in cui non vi sia stato ancora contatto con gli organi giudiziari: recentemente, tra le molteplici, cfr. Cass. pen., sez. VI, 26 febbraio 2019, n. 15318; Cass. pen., sez. VI, 14 giugno 2017, n. 29783, in «Repertorio del Foro italiano», 2017, voce *Patrocinio e consulenza infedele*, n. 2.

(13) V. Manzini, *Dei delitti contro la pubblica amministrazione e l'autorità giudiziaria*, 5ª ed., cit., p. 1014, invero al pari di tutti gli altri autori che si sono soffermati sul tema, precisa che può trattarsi «tanto d'una causa civile, amministrativa, o penale (salvo ciò che concerne le aggravanti), quanto di un affare della così detta giurisdizione onoraria».

(14) G. Zuccalà, *L'infedeltà nel diritto penale*, Padova, 1961, p. 84: «L'infedeltà al dovere non può che volere significare, al pari dell'inadempimento, condotta non conforme al dovere, qualunque esso sia in concreto».

(15) Si dibatte in dottrina se il reato in questione punisca anche colui che esercita abusivamente la professione forense. Secondo un primo ordine di idee, soggetto attivo del reato può essere solamente chi eserciti legittimamente il patrocinio, essendo l'esercente abusivo svincolato dai doveri deontologici, non avendo egli superato lo specifico esame abilitante (e adempiuto a tutti gli ulteriori oneri formali, come ad esempio il giuramento prestato dall'avvocato ai sensi dell'art. 8 della legge 31 dicembre 2012, n. 247), dai quali solamente può discendere l'assoggettamento agli obblighi propri del professionista: v. G. Piffer, *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, vol. IV, t. 1, vol. del *Trattato di diritto penale: parte speciale*, diretto da G. Marinucci e E. Dolcini,

di repressione espressa dalla norma incriminatrice, dal fatto di svolgere una funzione servente alla piena estrinsecazione, tramite la spendita di competenze tecnico-specialistiche, delle ragioni difensive della parte in virtù di un rapporto fiduciario intercorrente con quest'ultima.

La condotta del reato può essere costituita da un qualsiasi inadempimento ai doveri professionali, «stabiliti per fini superiori di giustizia a tutela della parte assistita» (16) (ad esempio, doveri di lealtà, probità, fedeltà, segretezza, diligenza, etc.) e individuati da fonti del diritto di rango primario ovvero da specifiche norme di deontologia (17), rimanendo invece irrilevante, ai fini dell'integrazione del reato, l'assunzione di specifici obblighi con il contratto d'opera professionale, ritenuti dunque inidonei ad integrare il precetto penale (18).

Padova, 2005, p. 808; R. PANNAIN, *Prevaricazione e infedeltà dei patrocinatori*, cit., p. 809. L'esigenza di pena sarebbe comunque soddisfatta dall'applicazione dell'art. 348 cod. pen., che, per l'appunto, sanziona l'esercizio abusivo di una professione. Contrario a tale conclusione, è, invece, V. MANZINI, *Dei delitti contro la pubblica amministrazione e l'autorità giudiziaria*, 5ª ed., cit., p. 1012, il quale è portato a sostenere che il solo fatto di svolgere, pur abusivamente, un incarico professionale di fronte all'autorità giudiziaria comporta indefettibilmente l'assunzione dei doveri tipici del professionista.

(16) L'espressione è tratta da Cass. pen., sez. VI, 13 marzo 1996, n. 2689.

(17) La rilevanza anche delle sole norme deontologiche è condivisa anche dalla giurisprudenza di legittimità: cfr. a titolo esemplificativo, Cass. pen., sez. VI, 3 novembre 2011, n. 6703, in «Giurisprudenza italiana», 2012, p. 2636 ss., con nota di F. APREA, *Irrilevanza del consenso al patrocinio infedele prestato dal cliente*, la quale ha affermato che ai fini dell'integrazione del reato di infedele patrocinio è rilevante la violazione del dovere di correttezza sancito dalle norme dell'ordinamento professionale forense. Precisa, inoltre, M.B. MIRRI, *Infedeltà del patrocinatore o consulente tecnico*, cit., p. 420, che l'opera del consulente tecnico solo eventualmente può comportare il compimento delle attività caratteristiche di una professione, con la conseguenza che alcune condotte, pur gravemente lesive, potrebbero esulare dall'ambito applicativo dell'art. 380 cod. pen.

(18) V. MANZINI, *Dei delitti contro la pubblica amministrazione e l'autorità giudiziaria*, 5ª ed., cit., p. 1014; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale: parte speciale*, 18ª ed., cit., vol. II, p. 721. In giurisprudenza, cfr. Cass. pen., sez. VI, 20 febbraio 2012, n. 6703.

La violazione dei doveri professionali può estrinsecarsi sia in un comportamento meramente omissivo (quale, ad esempio, il mancato deposito di un atto processuale) sia in un comportamento attivo (quale, ad esempio, l'ammissione, pregiudizievole per la parte assistita, di un fatto a quest'ultima sfavorevole e non rispondente al vero) (19).

L'evento del reato è invece costituito dalla venuta in essere del «nocumento agli interessi della parte», da intendersi, secondo giurisprudenza consolidata, non solo quale danno patrimoniale, ma più ampiamente quale mancato conseguimento di benefici, di ordine anche soltanto morale, posti alla base del giudizio ed aventi natura sostanziale (20), non potendosi ritenere integrata la fattispecie criminosa, in applicazione del principio di necessaria offensività, in ragione del solo pregiudizio afferente al mancato o incorretto esercizio di facoltà processuali che non si traduca in un detrimento rilevante al di fuori delle dinamiche del giudizio (21).

(19) A. Pagliaro, *Principi di diritto penale: parte speciale*, cit., p. 181.

(20) Particolarmente copiosa la giurisprudenza di legittimità che avalla tale interpretazione: cfr., tra le ultime, Cass. pen., sez. II, 20 marzo 2019, n. 12361, in «Repertorio del Foro italiano», 2019, voce *Patrocinio e consulenza infedele*, n. 2; Cass. pen., sez. V, 11 maggio 2017, n. 22978, in «Repertorio del Foro italiano», 2017, voce *Patrocinio e consulenza infedele*, n. 1; Cass. pen., sez. VI, 28 ottobre 2015, n. 43467; Cass. pen., sez. VI, 26 maggio 2011, n. 29653, in «Rivista penale», 2011, p. 1171, la quale precisa che la sola «dolosa astensione dalla doverosa attività processuale» non può presumersi produttiva di danno, essendo comunque necessario che derivino conseguenze negative della parte, come l'omessa costituzione in giudizio, la mancata produzione di mezzi di prova ovvero l'infruttuosa scadenza di un termine perentorio, dalle quali possa discendere, per l'appunto, l'incompiuto conseguimento di un interesse avente natura sostanziale. È stato, inoltre, affermato dalla giurisprudenza di legittimità che il pregiudizio agli interessi della parte possa afferire anche al «mancato conseguimento dei beni e vantaggi formanti oggetto di decisioni assunte dal giudice nelle fasi intermedie o incidentali di una procedura» (cfr. Cass. pen., sez. VI, 13 marzo 1996, n. 2689).

(21) *Contra*, L. Durigato, *Sul delitto di infedele patrocinio*, Padova, 1966, p. 135 ss., che ritiene che il dettato legislativo sia volto a tutelare esclusivamente gli interessi processuali della parte, a prescindere dal riverberarsi, a causa della lesione di questi ultimi, di un danno di natura sostanziale in capo alla stessa.

Nonostante una contraria giurisprudenza di legittimità (avallata, invero, anche da parte di autorevole dottrina, ma diffusamente avversata) (22), tale danno deve, per l'appunto, intendersi quale elemento costitutivo del reato e non già quale avvenimento esterno alla fattispecie il cui avveramento condizioni la punibilità del fatto ai sensi dell'art. 44 cod. pen. (il quale dispone che «[q]uando, per la punibilità del reato, la legge richiede il verificarsi di una condizione, il colpevole risponde del reato, anche se l'evento, da cui dipende il verificarsi della condizione, non è da lui voluto»).

In particolare, come testimoniato anche dalle intenzioni del legislatore storico (23), la correttezza di tale interpretazione è suggerita dalla necessità di restringere l'alveo delle condotte penalmente rilevanti, il quale subirebbe un'eccessiva dilatazione, qualora la responsabilità penale fosse attribuita al soggetto oggettivamente, per il sol fatto che il danno si sia realizzato a prescindere dall'intenzione del difensore o del consulente tecnico.

Al contrario, imporre, al fine della ritenuta sussistenza dell'elemento psichico del reato, che il dolo – unico criterio di imputazione soggettiva rilevante, non essendo ammessa la punibilità del fatto a titolo di colpa (24) – debba investire non già la mera viola-

(22) Tale orientamento sostiene, in sintesi, che ai fini della sussistenza dell'elemento soggettivo del delitto di infedele patrocinio non sarebbe necessaria la specifica volontà dell'agente di nuocere alla parte assistita: cfr. Cass. pen., sez. VI, 19 novembre 2010, n. 42913, in «Repertorio del Foro italiano», 2011, voce *Patrocinio e consulenza infedele*, n. 3; Cass. pen., sez. VI, 2 aprile 1992, n. 3785, in «Rivista penale», 1992, p. 846; Cass. pen., sez. III, 19 dicembre 1978, in «Cassazione penale», 1981, p. 207 ss., con nota contraria di A. Ferraro, *Il nocumento agli interessi della parte nella struttura del delitto previsto dall'art. 380 c.p.*; Cass. pen., sez. VI, 5 dicembre 1975, in «Cassazione penale», 1977, p. 352; in dottrina, v. V. Manzini, *Dei delitti contro la pubblica amministrazione e l'autorità giudiziaria*, 5ª ed., cit., p. 1018; *contra*, si può rinviare, tra i tantissimi, ad A. Calamaniti, *Il diritto di difesa tra favoreggiamento e patrocinio infedele*, Milano, 1987, p. 63 ss.; G. Piffer, *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., p. 813.

(23) Cfr. § 1, nota 6, e in particolare il *Progetto di un nuovo codice penale con la relazione del Guardasigilli*, cit., p. 177 ss.

(24) M.C. Del Re, *Patrocinio o consulenza infedele e le altre infedeltà del pa-*

zione dei doveri professionali, ma il danno da arrecare al soggetto assistito o rappresentato, consente di escludere dalla scure della sanzione penale fattispecie concrete che fisiologicamente dovrebbero essere confinate al mero ambito disciplinare, mitigando di conseguenza il rischio di incorrere in un'indebita sovrapposizione tra le due diverse tipologie di valutazioni di illiceità.

Inoltre, la stessa struttura della fattispecie concentra il disvalore dell'accaduto sul detrimento arrecato agli interessi della parte rappresentata o assistita in modo infedele, la quale, conseguentemente, non potrebbe non essere elevata a «persona offesa dal reato» ai sensi dell'art. 90 cod. proc. pen., con tutte le attribuzioni, in termini di diritti e facoltà, che ne derivano [25]; all'opposto, tale qualificazione risulterebbe quantomeno incongruente con l'inter-

trocinatore, cit., p. 479, specifica la punibilità del reato a titolo di dolo generico; per alcuni, anche eventuale (A. FERRARO, *Il nocumento agli interessi della parte nella struttura del delitto previsto dall'art. 380 c.p.*, in «Cassazione penale», 1981, p. 210 ss., spec. p. 214).

[25] Sulla qualifica della parte pregiudicata dal comportamento del difensore o del consulente infedele quale persona offesa dal reato, cfr. F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale: parte speciale*, 18ª ed., cit., vol. II, p. 722; in giurisprudenza cfr. Cass. pen., sez. VI, 28 gennaio 2014, n. 45059, in «Repertorio del Foro italiano», 2014, voce *Patrocinio e consulenza infedele*, n. 1. Diverso è, invece, il tema della concreta ricognizione dell'elemento soggettivo del reato, il quale, attenendo ad uno stato d'animo, o comunque intellettivo, della singola persona fisica, non è una questione che possa essere resa fattualmente oggetto di accertamento, ma solo ricostruita per inferenza. Ai fini dell'indagine sulla sussistenza dell'elemento psichico del reato risulta, indubitabilmente, rilevante accertare il grado di intenzionalità dell'intervenuta violazione dei doveri professionali, nonché il livello di prevedibilità della realizzazione del danno in capo al soggetto rappresentato o assistito (similmente, cfr. A. FERRARO, *Il nocumento agli interessi della parte nella struttura del delitto previsto dall'art. 380 c.p.*, cit., p. 213 s.). Inoltre, la giurisprudenza di legittimità specifica che «nell'accertamento del reato di infedele patrocinio il giudice non può limitarsi alla valutazione di singoli atti o di scelte avulsi dal contesto nel quale sono inseriti, ma deve collocare l'attività professionale svolta nel quadro della linea difensiva e della strategia di conduzione del processo adottata per il conseguimento del risultato voluto dalla parte, al fine di valutare se il patrocinatore si sia reso volontariamente infedele all'obbligo di curare gli interessi della parte assistita o rappresentata nel processo» (cfr. Cass. pen., sez. VI, 3 novembre 2005, n. 39924).

pretazione dell'elemento in analisi quale condizione obiettiva di punibilità [26].

Trattandosi di un reato d'evento, inoltre, ai fini dell'attribuibilità del fatto all'autore è altresì necessario riscontrare l'esistenza di una relazione causale tra la condotta infedele e il pregiudizio subìto dalla parte; in altri termini, secondo un giudizio di verosimiglianza, da compiersi in relazione alla situazione esistente al momento della venuta in essere della condotta dell'agente, si deve valutare se l'evento possa essere considerato quale conseguenza normale, o quantomeno probabile, di quest'ultima secondo un nesso di c.d. «causalità adeguata».

3. *L'ingiustizia della decisione civile.* — Sulla base di queste premesse, nell'ipotesi di esercizio della rappresentanza tecnica (o di espletamento dell'attività peritale quale consulente tecnico di parte) in un giudizio civile, la fattispecie criminosa si può quindi ritenere certamente perfezionata (ma non è l'unica casistica possibile) al momento dell'adozione della decisione finale di merito avente contenuto sfavorevole rispetto agli interessi della parte assistita dal difensore (o dal consulente) infedele, qualora la condotta di tale ultimo soggetto – secondo un giudizio di prognosi postuma basata su un criterio di causalità adeguata – abbia determinato, anche solamente quale fattore causale concorrente ma comunque necessario, un'alterazione pregiudizievole dell'esito della lite.

[26] Cfr. anche A. Ferraro, *Il nocumento agli interessi della parte nella struttura del delitto previsto dall'art. 380 c.p.*, cit., p. 213 s. il quale, oltre a sostenere, quantomeno in parte, gli argomenti proposti nel testo, sottolinea come la descritta configurazione del reato garantirebbe altresì «una più convincente costruzione dogmatica sia dell'ipotesi del tentativo sia, nell'ambito di questa, dell'attenuante di cui all'ultimo cpv. dell'art. 56 cod. pen., sia della rilevanza della scriminante di cui all'art. 50 cod. pen.», in quanto l'efficacia scriminante del consenso può derivare solamente da un'esternazione proveniente dal soggetto titolare dell'interesse protetto dalla norma penale. È comunemente ammessa, infatti, la punibilità a titolo di tentativo (cfr. A Pagliaro, *Principi di diritto penale: parte speciale*, cit., p. 191), come anche la desistenza volontaria e il pentimento operoso (V. Manzini, *Dei delitti contro la pubblica amministrazione e l'autorità giudiziaria*, 5ª ed., cit., p. 1017).

Il reato, infatti, sulla scorta dei principi di causalità e necessaria offensività, si consuma (ed è punibile) se il comportamento del «patrocinatore» risulta effettivamente in grado di condizionare l'esito della controversia, non potendo seguire l'applicazione della pena a fronte del certo accadimento dell'evento (il realizzarsi del nocumento per gli interessi della parte tramite l'adozione del provvedimento a quest'ultima sfavorevole), rispetto al quale risulti ininfluente la venuta in essere della condotta (esercizio della rappresentanza tecnica contrario ai doveri professionali), ad esempio perché irrilevante per inidoneità dell'azione (*ex* art. 49, comma 2, cod. pen.) ovvero per carenza (o interruzione) del nesso causale (*ex* artt. 40 e 41 cod. pen.).

All'accertata consumazione del reato viene in tal modo fatta corrispondere una decisione finale di merito irrimediabilmente affetta da una patente «ingiustizia», la quale ultima, però, per opinione diffusa, si ritiene che non incida in nessun modo sulla validità del provvedimento, legittimando al più, oltre l'applicazione dell'eventuale sanzione disciplinare, la richiesta di risarcimento dei danni subiti avverso il difensore reo, che ha violato i propri doveri professionali ([27]).

Ciò sembra tradursi in una rassegnata accettazione del fatto che il risultato del processo possa sfociare, senza possibilità di soluzione, in un'ingiusta offesa ai diritti o agli interessi della parte, determinandone la certa insoddisfazione, nonostante la stessa abbia subìto un'intollerabile lesione del diritto di difesa, così grave da integrare gli estremi di un reato ([28]).

([27]) Si occupa del tema A. CALAMANITI, *Il diritto di difesa tra favoreggiamento e patrocinio infedele*, cit., p. 54, il quale è portato a sostenere che la condotta infedele del difensore atta ad integrare il reato non esplica alcuna «funzione invalidatrice degli atti processuali», né importa alcun dubbio di costituzionalità in quanto il diritto di difesa «è garantito dalla nomina di un difensore», mentre «l'esercizio concreto dell'attività difensiva è rimesso all'apprezzamento discrezionale del patrono e all'etica o capacità professionale», così che non può «raffigurarsi violazione del diritto di difesa nel comportamento del difensore eventualmente lesivo degli interessi dell'imputato».

([28]) Per un caso di giurisprudenza fortemente «antiformalistica» e cosciente del pregiudizio che può essere arrecato agli interessi dell'assistito imputato

Peraltro, l'insieme dei rimedi previsti dal codice di rito civile parrebbe confermare tale lettura, atteso che forme d'impugnazione (straordinaria) sembrano poter al più trovare esplicazione nelle sole ipotesi in cui la condotta del difensore: *a)* si inserisca in un più ampio contesto tale da potersi ritenere integrata un'ipotesi di dolo «revocatorio» ascrivibile all'operato della controparte della vittima del reato ai sensi dell'art. 395, n. 1, cod. proc. civ.; oppure *b)* abbia dato adito a ipotesi di «inquinamento probatorio» rilevanti ai sensi dell'art. 395, n. 2, cod. proc. civ.

In particolare, mentre è difficilmente dubitabile che, perlomeno in alcuni casi, la condanna per la fattispecie circostanziata di cui all'art. 380, comma 2, n. 1, cod. pen. (l'aver commesso il fatto colludendo con la parte avversaria) [29] possa teoricamente dar adito ad un provvedimento revocabile (essendo possibile considerare lo stesso quale «effetto del dolo» di una parte in danno dell'altra ai sensi dell'art. 395, n. 1, cod. proc. civ.), al contrario l'ipotesi base del delitto non sembrerebbe in nessun caso poter integrare i presupposti di ammissibilità di alcuno dei mezzi di impugnazione straordinari disciplinati all'interno del codice di rito.

Tuttavia, nonostante la commissione del reato mediante collusione con la parte avversaria esprima certamente una maggior riprovevolezza sociale del comportamento sanzionato dalla disposizione (e conseguentemente imponga una rinforzata esigenza di pena), tale elemento accessorio del reato, nulla aggiunge rispetto all'effet-

nel processo penale dal comportamento del difensore, cfr. Cass. pen., sez. VI, 26 giugno 2009, n. 35149, in «Cassazione penale», 2010, p. 1052, con nota di L. Ludovici, *La rilevanza dell'errore di diritto del difensore in tema di restituzione nel termine per impugnare*, la quale ha restituito nei termini per impugnare un soggetto che non aveva proposto appello perché leso nei suoi diritti da un difensore sprovvisto della «padronanza di ordinarie regole di diritto che dovrebbero costituire bagaglio tecnico di qualsiasi soggetto legittimato alla professione forense attraverso il superamento dell'esame di Stato».

[29] Il concetto di «collusione» rilevante ai fini del perfezionamento della fattispecie criminosa viene inteso quale «intesa maliziosa e segreta con la controparte a danno del proprio patrocinato»: così R. Pannain, *Prevaricazione e infedeltà dei patrocinatori*, cit., p. 811; in termini sostanzialmente analoghi, L. Durigato, *Sul delitto di infedele patrocinio*, cit., p. 156; V. Manzini, *Dei delitti contro la pubblica amministrazione e l'autorità giudiziaria*, 5ª ed., cit., p. 1019.

tiva incidenza che il contegno del patrocinatore o del consulente tecnico abbia avuto sull'esito della lite. Per dirla diversamente, il fatto che il reato sia stato realizzato o meno mediante collusione con la controparte non muta l'intensità del pregiudizio subito dall'offeso, il quale, in entrambi casi, deve comunque risultare destinatario, affinché il fatto sia punibile, di una decisione il cui esito sia stato fraudolentemente alterato in senso ad egli pregiudizievole.

L'inadeguatezza della sola tutela risarcitoria sembra emergere con evidenza anche in ragione di due ulteriori ordini di considerazioni. Limitare il ristoro degli interessi della parte offesa del reato alla sola possibilità di ottenere il risarcimento del danno, infatti, non sempre consente di pervenire ad una soddisfacente regolamentazione degli interessi delle parti coinvolte nel procedimento nel corso del quale è stato compiuto il delitto.

In primo luogo, la tutela per equivalente – indipendentemente da qualsivoglia considerazione quanto alla capienza e alla sufficienza del patrimonio del difensore o del consulente per consentire la corresponsione del giusto ristoro al danneggiato – non è evidentemente satisfattiva in tutti i casi del reale, essendo alle volte imprescindibile ottenere la rimozione del provvedimento per consentire di togliere di mezzo, o quantomeno di mitigare, le conseguenze di una decisione ingiusta. Si pensi all'ipotesi in cui un figlio non nato in costanza del matrimonio subisca il rigetto dell'azione di accertamento giudiziale di paternità a causa del comportamento fraudolento del consulente tecnico di parte, che intenzionalmente abbia omesso di prendere posizione in modo concludente sulle errate conclusioni del consulente nominato dal giudice, così da determinare il mancato riconoscimento dello *status filiationis*.

In secondo luogo, anche in presenza di un pregiudizio economicamente ristorabile (e per l'ipotesi ristorato), optare per la tutela per equivalente, da ottenere nei confronti del soggetto resosi infedele ai propri doveri professionali, corrisponde alla realizzazione di un'indebita locupletazione della parte avversaria, la quale di fatto, pur incolpevole ed inconsapevole, beneficia della condotta del reo, ottenendo così un'attribuzione patrimoniale (o in generale un indebito vantaggio) che non le spettava. Il nostro sistema, in materia di diritti disponibili, si muove sulla base del

principio di necessaria causalità delle attribuzioni patrimoniali, il quale impedisce un trasferimento di ricchezza tra i consociati in assenza di idonea giustificazione ([30]).

4. *L'interpretazione assiologica delle norme processuali.* — Sulla scorta di tali premesse, occorre, dunque, domandarsi se, nonostante la ritenuta e condivisa tassatività dei mezzi di impugnazione, sia configurabile uno strumento che consenta alla parte infedelmente rappresentata o assistita di rimuovere dall'ordinamento il provvedimento civile ad essa sfavorevole, a prescindere dall'eventuale ottenimento del risarcimento del danno.

Il problema in commento, invero, disvela un interrogativo più profondo concernente i rapporti, nell'interpretazione delle disposizioni processuali, tra le regole di ermeneutica legale (intesa quale insieme di metodologie e criteri dettati dal legislatore per l'interpretazione delle fonti del diritto) e quelle di ermeneutica razionale (intesa quale insieme di principi logici, di ragionevolezza ed equità che dovrebbero guidare l'interprete nell'attribuire un senso alla proposizione normativa o comunque consentire allo stesso di estrapolare una norma dal sistema per risolvere il caso concreto).

Attenersi, infatti, ai criteri e alle metodologie fatti propri dal legislatore (ed in particolare al dettato dell'art. 12 delle disp. prel. cod. civ.), nel caso in commento, non può che condurre ad escludere ogni possibilità di impugnazione del provvedimento il cui esito sia stato alterato a causa della condotta infedele del reo.

La lettera della legge dell'art. 395, n. 1, cod. proc. civ. ([31]) – nonostante la potenziale equivalenza del risultato del processo

([30]) Il principio permea l'intero orientamento civilistico, ancorché lo stesso sorge in riferimento all'esercizio dell'autonomia negoziale delle parti, la quale, come ammoniva, autorevole dottrina «è ammessa dall'ordinamento in vista ed in dipendenza dello scopo che essa persegue»: cfr. F. Santoro Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, 9ª ed., Napoli, 1983, p. 172.

([31]) Una diversa ipotesi percorribile, quantomeno a livello teorico, sarebbe quella di equiparare la situazione in esame a quella del soggetto «falsamente rappresentato»; tale approfondimento per la complessità d'analisi che richiederebbe – tanto che anche autorevole dottrina ha ritenuto di lasciare lo stesso sullo sfondo i ben più ampi, complessi e pregevoli studi: cfr. A. Proto Pisani,

in presenza dal dolo del proprio rappresentante tecnico o della controparte – è, infatti, inequivocabilmente chiara nell'affermare che revocabile è solo il solo provvedimento che sia «l'effetto del dolo di una delle parti in danno dell'altra», così da escludere con certezza che «artifizi o raggiri» ([32]) (o comunque comportamenti volutamente lesivi degli interessi della parte) provenienti da altro soggetto siano idonei a legittimare la fondata introduzione di tale giudizio di impugnazione straordinaria ([33]).

È, invero, a tutti noto l'antico brocardo «*in claris non fit interpretatio*», il quale, se da una parte, esprime la necessità di escludere la ricerca di significati nascosti in una disposizione quando

Opposizione di terzo ordinaria, Napoli, 1965, p. 604 – non può essere oggetto della presente trattazione.

[32] Sul concetto di «dolo» rilevante ai sensi dell'art. 395, n. 1, cod. proc. civ., si può certamente rinviare a M. Russo, *Revocazione*, vol. del *Commentario del codice di procedura civile*, a cura di S. Chiarloni, Bologna, 2018, p. 29 ss.; F. De Stefano, *Revocazione e opposizione di terzo*, Milano, 2013, p. 90 ss.; in giurisprudenza, tra le ultime, devono essere segnalate Cass. civ., sez. III, 21 luglio 2023, n. 21980; Cass. civ., sez. I, 31 gennaio 2023, n. 2862. Sostanzialmente viene affermato che il dolo deve consistere in un'attività deliberatamente fraudolenta, che si sia concretizzata in artifici o raggiri, tali da paralizzare o sviare la difesa avversaria ed impedire al giudice l'accertamento della verità, facendo apparire una situazione diversa da quella reale; cfr. Cass. civ., sez. VI, 17 ottobre 2018, n. 26078, in «Repertorio del Foro italiano», 2020, voce *Revocazione (giudizio di)*, n. 8. Inoltre, la giurisprudenza di legittimità al riguardo è ferma nel sostenere che il dolo della parte debba avere un'efficacia causale sul convincimento del giudice, nel senso che ove la condotta fraudolenta della controparte non abbia inciso sull'esito della lite, non è consentito il fondato esperimento di tale mezzo di impugnazione (cfr. Cass. civ., sez. III, 26 settembre 2000, n. 12756, in «Repertorio del Foro italiano», 2000, voce *Revocazione (giudizio di)*, n. 7; Cass. civ., sez. II, 16 maggio 1996, n. 4508, in «Repertorio del Foro italiano», 1996, voce *Revocazione (giudizio di)*, n. 5. In ultimo condivisibile appare la posizione ampiamente argomentata di M. Gradi, *L'obbligo di verità delle parti*, Torino, 2018, p. 725 ss., volta ad evidenziare, contrariamente all'opinione maggioritaria, la sufficienza della violazione del solo «obbligo di verità» ad integrare i presupposti del dolo revocatorio; *contra*, tra le ultime, in giurisprudenza Cass. civ., sez. I, 21 ottobre 2022, n. 31211, in «Repertorio del Foro italiano», 2022, voce *Revocazione (giudizio di)*, n. 17; Cass. civ., sez. II, 21 gennaio 2020, n. 1207, in «Repertorio del Foro italiano», 2020, voce *Revocazione (giudizio di)*, n. 7.

[33] Sul punto, cfr. Cass. civ., sez. un, 7 giugno 2012, n. 9186.

la lettera della legge non lascia adito a dubbi, dall'altra impedisce di interpretare estensivamente o di applicare analogicamente una previsione oltre alle ipotesi nella stessa chiaramente disciplinate. In tale situazione, il risultato dell'indagine semantica, oltre ad escludere la polisemia del precetto normativo quanto al suo contenuto oggettivo, interdice l'applicazione dello stesso al di fuori dei casi e nei confronti dei destinatari ivi, rispettivamente, previsti e individuati (34).

In conseguenza di ciò, non si potrebbe fare a meno di concludere nel senso di una voluta esclusione dall'ambito applicativo di cui all'art. 395, n. 1, cod. proc. civ. della casistica in commento.

Tuttavia, accettare la bontà di tale conclusione significa pervenire ad una soluzione sistematicamente insoddisfacente, in quanto l'alterazione dell'esito della lite – ingenerata dal pregiudizio di un diritto costituzionalmente proclamato inviolabile e avente una funzione strumentale ed essenziale per la tutela di interessi fondamentali della persona – non consente certamente l'inverarsi di un sistema processuale «giusto», ossia, per utilizzare una famosa locuzione manifesto, che possa dirsi idoneo ad attribuire a ciascuno il suo.

In realtà, in ragione della venuta in essere del fatto di reato, pare realizzarsi null'altro se non un'ipotesi specifica di «ingiustizia» analoga a quella tipicamente posta alla base di ogni mezzo di impugnazione, atta a giustificare l'esigenza di rimuovere il provvedimento dalla realtà dell'ordinamento giuridico (35).

(34) Cfr. R. Quadri, *Dell'applicazione della legge in generale*, vol. del *Commentario al codice civile*, diretto da V. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1974, p. 240, secondo il quale, il testo che abbia con evidenza un suo proprio e unico significato «non dovrebbe dar luogo a ragionamenti di alcun genere di carattere logico, circa la sua coerenza o incoerenza nel sistema, rispetto al regolamento di altre ipotesi, né dovrebbe dar luogo a ricerche estrinseche di carattere ontologico (intenzione del legislatore), teleologico ecc.».

(35) E. Odorisio, G. Ruffini, *Le impugnazioni in generale*, in *Diritto processuale civile*, a cura di G. Ruffini, vol. II, Bologna, 2024, p. 321, i quali evidenziano correttamente che «[t]utti i mezzi di impugnazione hanno come fondamento l'ingiustizia del provvedimento del giudice e come scopo la rimozione del pregiudizio derivante da tale ingiustizia».

Al riguardo, sembra quindi condivisibile l'opinione secondo cui, ogni volta in cui il risultato interpretativo derivante dall'applicazione dei criteri di ermeneutica legale (che, in questo, caso sembrerebbe evidenziare la volontaria assenza di regolamentazione) si traduca in una lesione di valori aventi rango super-primario, diviene imprescindibile fare ricorso all'applicazione dei criteri di ermeneutica razionale, al fine di raggiungere una soluzione il più possibile conforme a «giustizia» ed equità.

In particolare, in un sistema caratterizzato dall'esistenza di una costituzione rigida (per definizione sovraordinata alla legislazione primaria), è stato a ragione sostenuto da autorevole dottrina che l'applicazione dei criteri di ermeneutica legale debba esser sempre considerata recessiva – anche per un mero rapporto di gerarchia tra fonti del diritto – rispetto ad una forma di interpretazione c.d. «assiologica», qualora la stessa conduca ad una soluzione incoerente con la finalità di garantire la piena realizzazione dei princìpi e dei valori riconosciuti come coessenziali all'esistenza stessa della società ([36]); tra i quali indubitabilmente rientra la «giustizia» del risultato del processo ([37]).

5. *Brevi conclusioni.* — Pertanto, tenuto in considerazione che la riprovevolezza collettiva per il comportamento del difensore (o del consulente) infedele è stata tradotta in una previsione incriminatrice, non sembra possibile pervenire ad altra soluzione se non ritenere che il provvedimento il cui esito sia stato alterato dalla condotta integrante il reato di cui all'art. 380 cod. pen. deb-

[36] In questo senso, cfr. P. Perlingeri, *L'interpretazione della legge come sistematica ed assiologica: il Broccardo* in claris non fit interpretatio*, il ruolo dell'art. 12 disp. prel. codice civile e la nuova scuola dell'esegesi*, in *Scritti in onore di Angelo Falzea*, vol. I, Milano, 1991, p. 530 ss.; Id., *Interpretazione assiologica e diritto civile*, in «Le corti salernitane», 2013, p. 465 ss.; che sostanzialmente avversa la correttezza del famoso brocardo riportato nel testo, sostenendo la necessità di pervenire in ogni caso all'interpretazione della proposizione normativa, avendo, per l'appunto, quale fine primo e principe quello di garantire l'inverarsi dell'ordinamento costituzionale.

[37] In argomento cfr. anche G. Ruffini, *Il giudice e la legge*, in «Rivista di diritto processuale», 2022, p. 830 ss.

ba essere considerato, di per sé, coperto da una valutazione di «ingiustizia» (quale inaccettabilità del risultato della giurisdizione) da parte del legislatore, tale da poter legittimare una lettura del «vuoto normativo» in commento come una mera dimenticanza o comunque quale mancanza di coordinamento tra diverse branche dell'ordinamento giuridico, così da consentire l'applicazione analogica al caso di specie dello strumento di cui all'art. 395, n. 1, cod. proc. civ.

D'altronde, tanto antico quanto la punibilità della condotta del difensore infedele è il convincimento di non fare applicazione del diritto in modo statico e rigido, dovendo, al contrario, ricercarsi una messa in atto dello stesso il più possibile plastica e rispondente all'esigenza di garantire la miglior realizzazione della «giustizia». Fa, infatti, ancora eco ai giorni nostri l'antico brocardo: «*Summum ius*, *summa iniuria*».

Francesco Maria Simoncini
Dottore di ricerca nell'Università di Roma La Sapienza

SULLE INTERFERENZE FRA PROCEDIMENTO DISCIPLINARE E GIUDIZIO CIVILE

Sommario: 1. Scopo dell'indagine: verificare in che misura sia possibile pervenire a decisioni armoniche fra procedimento disciplinare e processo civile. – 2. Oggetto del procedimento disciplinare, oggetto del processo civile e reciproche relazioni. – 3. Irrilevanza degli accertamenti compiuti in sede civile a fini disciplinari. – 4. Il valore degli accertamenti compiuti in sede disciplinare nel giudizio civile. – 5. Il fondamento dell'efficacia ultra-penale del giudicato penale e l'itinerario di ricerca. – 6. La natura della potestà disciplinare. – 7. La natura del procedimento disciplinare forense. – 8. Esiste un «giudicato disciplinare»? – 9. L'attitudine del procedimento disciplinare ad assicurare la «verità materiale». – 10. Limiti all'efficacia ultra-disciplinare del giudicato disciplinare. – 11. Limiti dell'efficacia ultra-disciplinare del giudicato disciplinare.

1. *Scopo dell'indagine: verificare in che misura sia possibile pervenire a decisioni armoniche fra procedimento disciplinare e processo civile*. — Mentre i rapporti fra procedimento disciplinare e processo penale nei confronti di un avvocato, per il caso in cui i due giudizi presuppongano l'accertamento di fatti almeno parzialmente coincidenti, trovano una compiuta disciplina tanto nel codice di procedura penale [1] quanto nella legge professionale

[1] L'art. 653 cod. proc. pen. («Efficacia della sentenza penale nel giudizio disciplinare») afferma, al comma 1, che «la sentenza penale irrevocabile di assoluzione ha efficacia di giudicato nel giudizio per responsabilità disciplinare davanti alle pubbliche autorità quanto all'accertamento che il fatto non sussiste

Quaderni di «Etica e giustizia», n. 1
L'avvocato e la giustizia, a cura di M. Gradi, Napoli, 2025

forense (legge n. 247 del 2012) [2], nessuna disposizione si occupa di regolare, per la medesima eventualità, le interferenze fra procedimento disciplinare e processo civile. Più nel dettaglio, nessuna norma regola esplicitamente meccanismi sospensivi dell'un giudizio nell'attesa che l'altro si definisca. Né alcuna disposizione regola gli effetti che le decisioni conclusive dei due giudizi manifestino reciprocamente nei rispettivi procedimenti.

L'assenza di regole si spiega tradizionalmente col triplice rilievo che procedimento disciplinare e processo civile sono concepiti per finalità drasticamente diverse, mirano all'adozione di provvedimenti con contenuto nettamente differente, e hanno a oggetto «entità» ancora una volta eterogenee [3]. L'indifferenza vicen-

o non costituisce illecito penale ovvero che l'imputato non lo ha commesso»; al comma 1-*bis* che «la sentenza penale irrevocabile di condanna ha efficacia di giudicato nel giudizio per responsabilità disciplinare davanti alle pubbliche autorità quanto all'accertamento della sussistenza del fatto, della sua illiceità penale e all'affermazione che l'imputato lo ha commesso».

[2] L'art. 54 della legge professionale forense («Rapporto con il processo penale») stabilisce al comma 1 che «il procedimento disciplinare si svolge ed è definito con procedura e con valutazioni autonome rispetto al processo penale avente per oggetto i medesimi fatti» e al comma 2 che «se, agli effetti della decisione, è indispensabile acquisire atti e notizie appartenenti al processo penale, il procedimento disciplinare può essere a tale scopo sospeso a tempo determinato. La durata della sospensione non può superare complessivamente i due anni; durante il suo decorso è sospeso il termine di prescrizione». Inoltre, l'art. 55 della legge professionale («Riapertura del procedimento») regola la riapertura del procedimento disciplinare, concluso con provvedimento definitivo, allorché la decisione definitiva sia risultata in contrasto con un successivo giudicato penale. Così, è stabilito, alla lett. a del comma 1, che «se è stata inflitta una sanzione disciplinare e, per gli stessi fatti, l'autorità giudiziaria ha emesso sentenza di assoluzione perché il fatto non sussiste o perché l'incolpato non lo ha commesso. In tale caso il procedimento è riaperto e deve essere pronunciato il proscioglimento anche in sede disciplinare»; e alla lett. b del comma 1 che «se è stato pronunciato il proscioglimento e l'autorità giudiziaria ha emesso sentenza di condanna per reato non colposo fondata su fatti rilevanti per l'accertamento della responsabilità disciplinare, che non sono stati valutati dal consiglio distrettuale di disciplina. In tale caso i nuovi fatti sono liberamente valutati nel procedimento disciplinare riaperto».

[3] Fa leva sulla diversità di «scopo» e di «oggetto» dei due giudizi, per negare la sospensione del procedimento disciplinare in ragione della pendenza

devole di ciascun giudizio agli accertamenti compiuti nell'altro, da sempre data per scontata, costituisce, quindi, niente più che la conseguenza logica di tali premesse (4).

L'esercizio della potestà disciplinare mira a preservare il «prestigio» (5) della professione forense, ed è manifestazione di una istanza di «controllo dell'operato del professionista da parte del consiglio dell'ordine o del collegio alla stregua delle norme giuridiche e deontologiche al fine di assicurare il corretto e retto esercizio della professione» (6). Culmina con l'adozione di provvedimenti sanzionatori che impongono al professionista un «male» (7), «morale» o «economico» (8), consistente, nella più grave delle ipotesi, nell'espulsione dall'ordine professionale (9). Infine, ha a oggetto, almeno in via di prima approssimazione e salvo

di un procedimento civile nel quale si sarebbero dovuti accertare fatti parzialmente coincidenti, Cons. naz. for., 24 aprile 2018, n. 37.

(4) Così H. Nézard, *Les principes généraux du droit disciplinaire*, Paris, 1903, p. 382, dove si afferma che «l'azione disciplinare, distinta e indipendente sia dall'azione pubblica che dall'azione civile, non paralizza nessuna delle due nel loro esercizio. Il giudizio che interviene sul primo non può avere effetto anche sugli altri due, non vi è né identità di causa, né identità di oggetto, né identità di parti, di conseguenza la cosa giudicata del procedimento disciplinare non ha alcun effetto sul giudizio penale o civile». Scontato è anche il reciproco, cioè che gli accertamenti compiuti in sede civile non generano effetti preclusivi o conformativi in sede disciplinare.

(5) C. Lega, *Gli «ordini professionali» come istituzioni*, in «Giurisprudenza italiana», 1962, I, c. 865. Così anche Corte cost., 22 giugno 1976, n. 145.

(6) F. Teresi, *Ordini e collegi professionali*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. X, Torino, 1995, p. 455.

(7) E. Loening, *Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts*, Leipzig, 1884, p. 127.

(8) F. Cammeo, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, 1910, vol. I, p. 152. Impongono un male «economico» i provvedimenti che inibiscono l'esercizio dell'attività professionale (sospensione e radiazione, *ex* art. 53, commi 3 e 4, l. n. 247 del 2012); impongono un male «morale» quelli che consistono in una nota di biasimo nei confronti del professionista (avvertimento e censura, *ex* art. 53, commi 1 e 2, l. n. 247 del 2012).

(9) G. Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Tübingen, 1905, trad. a cura di G. Vitigliano e V.E. Orlando, Milano, 1912, pp. 237-238. Nello stesso senso, C. Gessa, *Ordini e collegi professionali*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XIV, Roma, 1988, p. 6.

quanto si dirà nel prosieguo dell'indagine, l'accertamento di un illecito deontologico ad opera del professionista (10).

Il giudizio civile, dal canto suo, secondo la prospettiva oggi dominante, mira a tutelare diritti pregiudicati da «crisi di cooperazione» insorte fra i consociati (11), tramite l'adozione di provvedimenti condannatori, meramente dichiarativi o costitutivi, e ha a oggetto la situazione giuridica azionata (12).

Ora, se la premessa del ragionamento non può seriamente essere revocata in dubbio, la conclusione che se ne trae, almeno nella sua assolutezza, presenta delle «incrinature» che meritano d'essere approfondite. In particolare, mentre il principio dell'indifferenza del procedimento disciplinare agli accertamenti compiuti in sede civile, per quel che diremo, non appare scalfibile, lo stesso non può dirsi – quantomeno con pari decisione – per il caso inverso, cioè con riguardo alla rilevanza, nel processo civile, degli accertamenti compiuti in sede disciplinare.

(10) Così frequentemente la giurisprudenza, disciplinare e di legittimità, a partire da Cass. civ., sez. un., 14 marzo 1961, n. 579, in «Rivista di diritto processuale», 1962, p. 643 ss., con nota di F. Carnelutti, *Illecito disciplinare del professionista*, dove si afferma che il procedimento disciplinare accerta o nega «l'esistenza degli addebiti o la responsabilità disciplinare». In dottrina, v. G. Mor, *Le sanzioni disciplinari ed il principio* nullum crimen sine lege, Milano, 1970, p. 186, per il quale «il procedimento disciplinare è diretto ad acclarare due distinti elementi: che l'incolpato ha compiuto l'azione o l'omissione addebitatagli, e che tale comportamento costituisce illecito».

(11) A. Proto Pisani, *Appunti preliminari sui rapporti fra diritto sostanziale e processo*, in «Diritto e giurisprudenza», 1978, ripubblicato in Id., *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Napoli, 2003, p. 22.

(12) Sull'oggetto del processo civile nella dottrina italiana, si rinvia al classico lavoro di S. Menchini, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano, 1987, p. 17 ss., il quale puntualizza come oggetto del processo sia, in realtà, non la situazione giuridica azionata in sé, ma la sua «affermazione» (p. 22). Per una recente panoramica sulle dottrine tedesche in tema di *Streitgegenstand*, v. A. Piekenbrock, *Streitgegenstand: Funktion, Theorie, problematische Fälle*, in *Europäisches Privatrecht in Vielfalt geeint: der modernisierte Zivilprozess in Europa - Droit privé européen: l'unité dans la diversité. Le procès civil modernisé en Europe*, a cura di G. Schulze, München, 2014, p. 133 ss., oltre al lavoro di C. Althammer, *Streitgegenstand und Interesse*, Tübingen, 2012, *passim*.

Prima di formulare qualsiasi ipotesi al riguardo, comunque, si rende necessario approfondire, in via preliminare, che relazione corra fra oggetto del procedimento disciplinare e oggetto del giudizio civile. Su queste basi, si convaliderà, con relativa rapidità, l'assunto tradizionale dell'irrilevanza degli accertamenti compiuti in sede civile all'interno del procedimento disciplinare; e verrà intrapreso un itinerario di ricerca volto a verificare se, invece, in senso inverso, si aprano spazi per una efficacia «ultra-disciplinare» degli accertamenti realizzati dinanzi agli organi che amministrano la deontologia forense. Efficacia strettamente correlata – sia subito anticipato – alla «essenza» della potestà disciplinare e al «modo» in cui essa è esercitata.

2. *Oggetto del procedimento disciplinare, oggetto del processo civile e reciproche relazioni.* — Prima di mettere in luce la specie di connessione che corre fra i procedimenti in esame, è necessario chiarire l'oggetto di entrambi. Peraltro, con riferimento all'oggetto del processo civile ci si limiterà ad alcuni assunti elementari, più che sufficienti ai fini della presente indagine.

Oggetto del procedimento disciplinare, secondo quanto più frequentemente si afferma, è l'accertamento relativo al se «un iscritto ha tenuto o meno un comportamento deontologicamente scorretto» [13]. Utilizzando la dizione che compare all'interno della legge professionale (agli artt. 50, comma 4; 56, comma 3; 58 e 59), cioè, oggetto del procedimento disciplinare è la verifica circa la sussistenza di un «illecito disciplinare». È la notizia dell'«illecito disciplinare», del resto, che comporta l'avvio del procedimento. E tanto nel «capo di incolpazione» formulato avverso il professionista (art. 59), quanto nella eventuale «citazione a giudizio» (art. 59), debbono essere enunciati, «in forma chiara e precisa», gli «addebiti, con le indicazioni delle norme violate», ossia, in sintesi, gli illeciti per cui si procede e che si intende reprimere. Questa è anche la posizione fatta propria, ancora di recente,

[13] G. Scarselli, *L'avvocato e il giusto processo disciplinare*, in «Il foro italiano», 2009, I, c. 1550. Negli stessi termini, G. Mor, *Le sanzioni disciplinari ed il principio* nullum crimen sine lege, cit., p. 186.

dal Consiglio nazionale forense, per il quale il giudizio disciplinare è «diretto ad accertare nella condotta dell'iscritto la violazione di regole deontologiche» (14).

Non sono mancate, tuttavia, opinioni diverse.

Con riferimento al giudizio di impugnazione delle decisioni assunte dai consigli locali (oggi, dal consiglio distrettuale di disciplina) dinanzi al Consiglio nazionale forense, si è sostenuto che oggetto del processo sia il «diritto» del professionista ricorrente «a non vedere inciso il suo *status* professionale per effetto di un atto che costituisce espressione di un potere pur esistente, ma non legittimamente esercitato» (15). Un giudizio su «diritti», quindi, ma svolgentesi dinanzi ad una autorità diversa dal giudice ordinario e destinato a concludersi, in caso di accoglimento del ricorso, con l'«affermazione» di esistenza del suddetto diritto, «pur passando attraverso l'annullamento del provvedimento lesivo» (16).

Alcune osservazioni, tuttavia, svelano le criticità di questa prospettiva. Anzitutto, è possibile obiettare che «è vero che il procedimento disciplinare si può concludere con un provvedimento che incide sull'esercizio del diritto soggettivo a esplicare la professione», ma ciò non impone necessariamente di immaginare che «oggetto del procedimento [sia] il suddetto diritto», ben poten-

(14) Cons. naz. for., 24 aprile 2018, n. 37; e Cons. naz. for., 28 dicembre 2017, n. 255. Già le sezioni unite della Corte di cassazione, nel citato precedente del 14 marzo 1961, n. 579, parlavano, in termini analoghi, di accertamento o diniego dell'«esistenza degli addebiti o [della] responsabilità disciplinare». È possibile che il virgolettato che compare nelle pronunce del Consiglio nazionale forense si debba a un passo di M.V. Barbieri, *Nota a Cass. civ., sez. un., 8 agosto 2011, n. 17077*, in «Nuova giurisprudenza civile commentata», 2012, I, p. 204, dove si afferma che «in conformità con il principio di autonomia del processo disciplinare, è solido convincimento che non sussista un rapporto di pregiudizialità tra il procedimento disciplinare e l'eventuale giudizio civile, in quanto i due procedimenti perseguono diverse finalità, essendo l'uno diretto ad accertare nella condotta dell'iscritto la violazione di regole deontologiche e l'altro la sussistenza di obbligazioni tra le parti».

(15) L. Mazzarolli, *Riflessioni sul procedimento disciplinare*, in «Rassegna forense», 1996, p. 455.

(16) L. Mazzarolli, *Riflessioni sul procedimento disciplinare*, cit., p. 456.

dosi ritenere che suo oggetto sia, piuttosto, «il modo di essere (che si è riscontrato scorretto o illecito) del suo esercizio» (17).

Inoltre, ritenere che oggetto del giudizio disciplinare sia il «diritto all'esercizio della professione» appare difficilmente compatibile con l'attribuzione al pubblico ministero del potere di impugnazione dei provvedimenti disciplinari emessi dal consiglio distrettuale di disciplina (art. 60, comma 1, legge prof. for.) (18). Infatti, nella dottrina processualistica, si osserva spesso che l'attribuzione di poteri d'azione e impugnazione al pubblico ministero sia indice di un certo «grado» di indisponibilità della situazione soggettiva dedotta in giudizio (19). Tuttavia, riconoscere un simile tasso di indisponibilità al «diritto d'esercitare la professione fo-

(17) C. Lega, *Osservazioni sulla natura dei Consigli dell'Ordine forense e sulla reiscrizione all'Albo*, in «Giurisprudenza italiana», 1970, I, c. 399. Che il procedimento disciplinare forense sia un procedimento su «diritti», è sostenuto anche da A. Pace, *A proposito del procedimento disciplinare davanti ai Consigli degli Ordini degli Avvocati e Procuratori*, in «Giurisprudenza costituzionale», 1967, p. 1216.

(18) L'incongruenza è rilevata dallo stesso L. Mazzarolli, *Riflessioni sul procedimento disciplinare*, cit., pp. 455-456, che infatti è costretto ad attribuire una diversa natura al giudizio di impugnazione avviato dall'avvocato rispetto a quello promosso dal pubblico ministero. Il primo avrebbe ad oggetto appunto il diritto d'esercitare l'attività forense, il secondo, invece, attiverebbe un procedimento di «giurisdizione obiettiva», con cui semplicemente si mira a rimuovere un provvedimento disciplinare illegittimo.

(19) Sulla correlazione fra attribuzione dell'azione al pubblico ministero e indisponibilità della situazione sostanziale, v. M. Vellani, *Pubblico ministero (diritto processuale civile)*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, *sezione civile*, vol. XVI, Torino, 1997, p. 143; Id., *Il pubblico ministero nel processo: il diritto italiano vigente*, vol. II, Bologna, 1963, p. 185 ss.; indaga la relazione fra poteri del pubblico ministero e «disponibilità delle parti private dei rapporti sostanziali dedotti in giudizio» anche V. Vigoriti, *Il pubblico ministero nel processo civile italiano*, in «Rivista di diritto processuale», 1974, p. 311; riconosce, nelle ipotesi in cui al pubblico ministero sia dato il potere d'azione, l'esistenza di un interesse «proprio» dello Stato all'«attuazione» del rapporto giuridico privato, E. Allorio, *Il pubblico ministero nel nuovo processo civile*, in «Rivista di diritto processuale civile», 1941, I, p. 238, il quale peraltro, nella maggioranza dei casi, scorge l'esistenza di «diritti sostanziali pertinenti al patrimonio dello Stato». Per una ricostruzione del dibattito sul ruolo del pubblico ministero nel processo civile e ulteriori riferimenti dottrinali, v. F. Morozzo della Rocca, *Pubblico*

rense» sembra contraddetto dalla facoltà, riconosciuta agli iscritti all'albo, di sospendersi o cancellarsi liberamente dallo stesso. Si potrebbe replicare che la cancellazione volontaria è diversa dalla radiazione d'ufficio, ma questa obiezione non supera la critica: se il diritto all'esercizio della professione è liberamente rinunziabile, allora, in caso di inerzia dell'avvocato illegittimamente radiato, il sistema dovrebbe restare inerte. Il fatto che, al contrario, il pubblico ministero abbia poteri di reazione dimostra che non si tratta di accertare diritti dell'avvocato, bensì di reprimere illeciti che violano doveri posti nell'interesse dell'ordine professionale e della società intera ([20]).

Sembra, in conclusione, che non vi siano sufficienti ragioni per discostarsi dall'opinione maggioritaria intorno all'oggetto del procedimento disciplinare.

Peraltro, è necessaria un'ulteriore precisazione. La verifica circa l'esistenza dell'«illecito disciplinare» è propedeutica alla ir-

ministero (diritto processuale civile), in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXVII, 1988, p. 1077 ss.

[20] Che l'illecito disciplinare leda, tendenzialmente, non solo l'interesse dell'ordine professionale, ma indirettamente anche l'«interesse generale della società» al retto esercizio dell'attività forense, è osservato da S. BOCHICCHIO, *Il potere disciplinare degli ordini professionali sotto il profilo del decentramento delle funzioni statali*, in «Corriere amministrativo», 1959, p. 1766, laddove afferma che «l'interesse generale della società [è] tutelato indirettamente mediante l'attribuzione di potestà disciplinare ad enti che regolano l'attività professionale di determinati cittadini e che, in altri termini, per alcuni soggetti dell'ordinamento, qualificati da una attività professionale, [è] prevista – oltre l'osservanza di tutte le norme generali – anche l'osservanza di particolari norme di correttezza professionale, la cui inosservanza dà luogo appunto a delle sanzioni disciplinari». Nello stesso senso, cfr. A. CATELANI, *Gli ordini e i collegi professionali nel diritto pubblico*, Milano, 1976, p. 38; e C. GESSA, *Ordini e collegi professionali*, cit., p. 2. *Contra*, v. F. CARNELUTTI, *Illecito disciplinare del professionista*, cit., p. 647, il quale, dopo essersi domandato se i doveri imposti al professionista «tutelano interessi del gruppo professionale o della intiera società», conclude nel senso che tali doveri tutelano interessi del gruppo, quando si tratta di doveri di natura disciplinare, mentre presidiano interessi dell'intera società, quando hanno natura penale. Ancora, Carnelutti parla di un «doppio rapporto, generale e particolare, ossia di un dovere generico del professionista verso l'intiera società e di un dovere specifico verso il gruppo al quale appartiene» (p. 650).

rogazione di una delle sanzioni elencate all'art. 53 legge prof. for. (avvertimento, censura, sospensione o radiazione). Sicché, accertare l'illecito deontologico è quanto dire accertare la situazione giuridica soggettiva passiva consistente nello stato di soggezione «specifica» dell'avvocato all'applicazione della sanzione ad opera degli organi disciplinari. Stato di soggezione «specifica» (21) in cui egli si pone nel momento in cui integra, col proprio contegno, la fattispecie di illecito disciplinare tipizzata dal codice deontologico forense (22).

(21) Si utilizza l'aggettivo «specifica», perché prima della commissione dell'illecito il professionista è sottoposto a una soggezione soltanto «generica» alla potestà disciplinare degli organi disciplinari. Commesso l'illecito, la soggezione si specifica, nel senso che l'avvocato viene ad essere assoggettato a quella «particolare» sanzione correlata al «particolare» illecito commesso. Lo stato di soggezione «specifica» alla sanzione disciplinare non è altro che l'altra faccia della pretesa punitiva dell'ordine professionale. Sul punto è utile rinviare, *mutatis mutandis*, alle considerazioni svolte a proposito di processo penale da E. Merlin, *Sospensione per pregiudizialità ed effetti civili dipendenti dalla pretesa punitiva dello Stato*, in *Nuovi profili nei rapporti tra processo civile e processo penale*, Atti del convegno di studio di Trento, 18 e 19 giugno 1993, Milano, 1995, p. 160, per la quale oggetto di accertamento ad opera del giudice penale sarebbe non il «reato», ma la «pretesa punitiva dello Stato» (cioè, l'altro estremo della soggezione all'applicazione della pena).

(22) In realtà, la valenza del principio di tipicità degli illeciti disciplinari non è così netta. Da un lato, indubbiamente, la legge professionale forense spinge in questo senso, quando all'art. 3 afferma che «l'avvocato esercita la professione uniformandosi ai principi contenuti nel codice deontologico emanato dal Consiglio nazionale forense (…). Il codice deontologico espressamente individua fra le norme in esso contenute quelle che, rispondendo alla tutela di un pubblico interesse al corretto esercizio della professione, hanno rilevanza disciplinare. Tali norme, per quanto possibile, devono essere caratterizzate dall'osservanza del principio della tipizzazione della condotta e devono contenere l'espressa indicazione della sanzione applicabile». Dall'altro, la Corte di cassazione, ancora recentemente, ha stabilito che «il principio di stretta tipicità non si applica nella materia disciplinare forense» (Cass. civ., sez. un., 24 aprile 2023, n. 10810), e il Consiglio nazionale forense, identicamente, ha chiarito che «il principio di stretta tipicità dell'illecito, proprio del diritto penale, non trova applicazione nella materia disciplinare forense, nell'ambito della quale non è prevista una tassativa elencazione dei comportamenti vietati, giacché il nuovo sistema deontologico forense – governato dall'insieme delle norme, primarie (artt. 3, comma

Passiamo all'oggetto del processo civile, ricordando che, ai nostri fini, è sufficiente richiamarsi a nozioni di ordine generale. Ebbene, oggetto del processo civile, diversamente, è il diritto fatto valere in giudizio dall'attore, sulla cui esistenza il giudice è chiamato a pronunziare ([23]). L'efficacia vincolante della decisione, secondo quanto si ripete abitualmente, «copre» esclusivamente l'accertamento intorno all'esistenza (o inesistenza) del diritto azionato (art. 2909 cod. civ.), senza coinvolgere in nessuna maniera i fatti (costituivi, modificativi, impeditivi o estintivi) che condizionano l'esistenza della situazione fatta valere e che il giudice conosce, ma solo in via incidentale, al fine di statuire sul *petitum* ([24]).

3; 17, comma 1; e 51, comma 1, l. n. 247/2012) e secondarie (artt. 4 c. 2, 20 e 21 cod. deont. for.) – è informato al principio della tipizzazione della condotta disciplinarmente rilevante e delle relative sanzioni "per quanto possibile" (art. 3, comma 3, cit.), poiché la variegata e potenzialmente illimitata casistica di tutti i comportamenti (anche della vita privata) costituenti illecito disciplinare non ne consente una individuazione dettagliata, tassativa e non meramente esemplificativa. Conseguentemente, l'eventuale mancata "descrizione" di uno o più comportamenti e della relativa sanzione non genera l'immunità, giacché è comunque possibile contestare l'illecito anche sulla base della citata norma di chiusura, secondo cui "la professione forense deve essere esercitata con indipendenza, lealtà, probità, dignità, decoro, diligenza e competenza, tenendo conto del rilievo sociale e della difesa e rispettando i principi della corretta e leale concorrenza"» (Cons. naz. for., 28 dicembre 2020, n. 248). Per una panoramica generale sul tema, critica nei riguardi degli orientamenti citati, cfr. S. Stacca, *Il potere disciplinare: dalla protezione della comunità alla protezione dell'individuo*, Milano, 2018, p. 156 ss., spec. p. 161 ss. Sull'introduzione del principio di tipicità degli illeciti disciplinari ad opera della legge professionale forense, v. M.L. Magno, *Legge di riforma e codice deontologico forense*, in *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, a cura di M. Nuzzo, vol. I, Torino, 2014, p. 187.

([23]) V. *supra*, nota 12.

([24]) Si tratta di affermazioni che non interessa discutere e su cui esiste un generale consenso. Basti citare, per tutti, A. Proto Pisani, *Appunti sul giudicato e sui suoi limiti oggettivi*, in «Rivista di diritto processuale», 1990, p. 386 ss., ripubblicato in Id., *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, cit., p. 292 ss., spec. pp. 294-295, dove è detto che l'«oggetto del processo e del giudicato (con tutte le conseguenze in tema di litispendenza, continenza, competenza, modifica della domanda, connessione ecc.) [è] determinato dal solo diritto fatto valere in giudizio dalla domanda dell'attore» e «i fatti (meri fatti o fatti-diritti) costituti-

Sintetizzando, il procedimento disciplinare accerta lo stato di soggezione «specifica» del professionista alla sanzione disciplinare, che origina dai fatti integranti la fattispecie di illecito tipizzata dal codice deontologico forense; il processo civile accerta il diritto azionato, originante dai fatti rilevanti alla stregua della disciplina civilistica.

Con queste premesse, è ora possibile formulare alcuni esempi, in modo da rendere più agevole l'evidenziazione della specie di connessione che corre fra gli oggetti dei due procedimenti: l'avvocato che viola il segreto professionale, con ciò procurando un danno al proprio cliente, integra – con la stessa condotta materiale – un illecito deontologico, assoggettandosi così alla sanzione disciplinare degli organismi disciplinari competenti, e un illecito civilistico, conferente un credito risarcitorio *ex* art. 1218 cod. civ. al proprio cliente; l'avvocato che rinunzia senza preavviso al mandato commette un illecito disciplinare, violando l'art. 32 cod. deont. for., e determina l'insorgenza di un credito risarcitorio a vantaggio del cliente, per violazione dell'art. 1727 cod. civ.; l'avvocato che trattiene denari per conto della parte assistita «oltre il tempo necessario» viola contestualmente l'art. 30 cod. deont. for. e fa sorgere, a favore del cliente, un credito restitutorio *ex* art. 2033 cod. civ. e uno risarcitorio ai sensi dell'art. 1218 cod. civ.; l'avvocato che viola la segretezza della corrispondenza con il legale di controparte trasgredisce l'art. 48 cod. deont. for. e integra un

vi, impeditivi, modificativi, estintivi, se controversi, [sono] conosciuti sempre *incidenter tantum* senza autorità di cosa giudicata»; e S. Menchini, A. Motto, *Cosa giudicata*, in *Della tutela dei diritti*, a cura di G. Bonilini e A. Chizzini, vol. III del *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, Milano, 2016, pp. 39-41. Sullo sfondo di tali affermazioni, si agitano contrasti irrisolti a proposito dell'estensione della cosa giudicata quando i fatti da cui originano gli effetti giuridici dedotti in lite siano, in realtà, essi stessi rapporti giuridici (c.d. fatti-diritti), *sub specie* rapporti «complessi» (ad esempio, contratto, testamento, etc.). Su questi temi, e in generale sulle interazioni tra ambito oggettivo della regiudicata e fenomeno della pregiudizialità-dipendenza (tecnica o logica che sia), ci limitiamo a rinviare, anche per ulteriori riferimenti dottrinali, al recente studio di I. Pagni, *Il contratto nel processo*, Milano, 2022, p. 25 ss.

illecito extracontrattuale *ex* art. 2043 cod. civ., attribuendo così un diritto risarcitorio alla controparte (25).

In tutte queste ipotesi, lo stesso contegno materiale, caratterizzato da fatti storici almeno (parzialmente) coincidenti, genera – unitamente ad altri elementi specificamente richiesti dalla disciplina civilistica o da quella deontologica – due effetti giuridici fra loro concorrenti, rilevanti a fini diversi, e il cui accertamento *principaliter* compete a due diverse autorità: il diritto di credito risarcitorio (o restitutorio) e l'«illecito disciplinare», ossia lo stato di soggezione «specifica» del professionista alla sanzione disciplinare. Richiamando approdi dottrinali relativamente consolidati nello studio dei rapporti fra illecito penale e illecito civile, cioè, si è in presenza di un concorso di fattispecie e di effetti giuridici rilevanti a diversi fini (26). Fattispecie e conseguenti effetti giuri-

(25) Altri esempi di concorso di illeciti in G. SCARSELLI, *L'avvocato e il giusto processo disciplinare*, in «Il foro italiano», 2009, I, c. 1548 ss., dal quale sono tratti alcuni degli esempi formulati.

(26) Ad analoghe conclusioni, nello studio dei rapporti fra illecito penale e civile, v. già F. CARNELUTTI, *Efficacia diretta e efficacia riflessa del giudicato penale*, in «Rivista di diritto processuale», 1948, I, p. 12, per il quale «sebbene, infatti, l'obbligo penale e l'obbligo civile siano diversi, essi non sono in dipendenza uno dall'altro, in quanto discendono, l'uno e l'altro, da un medesimo fatto; l'obbligo penale, in altri termini, non è punto un presupposto dell'obbligo civile». Il «fatto giuridico» è uno, «mentre sarebbe duplice il suo schema legale». Più recentemente, così I. PAGNI, *Sospensione del processo civile per pendenza di un processo penale influente?*, in «Corriere giuridico», 1997, p. 1400 ss., per la quale «punto di partenza dev'essere l'osservazione per cui di norma la relazione tra un giudizio civile ed un giudizio penale influente non è riconducibile nell'ambito della pregiudizialità dipendenza, intesa come situazione in cui l'oggetto dell'un processo (c.d. pregiudiziale) si atteggia quale fatto costitutivo dell'oggetto dell'altro (c.d. dipendente), dal momento che tra i due giudizi, quello penale e quello civile, ricorre unicamente una forma di connessione per identità di fatti materiali». Ugualmente, C. CONSOLO, *Del coordinamento fra processo penale e processo civile: antico problema risolto a metà*, in «Rivista di diritto civile», 1996, pp. 230-231; E.T. LIEBMAN, *L'efficacia della sentenza penale nel processo civile*, in «Rivista di diritto processuale», 1957, pp. 11-12; E. MERLIN, *Sospensione per pregiudizialità ed effetti civili dipendenti dalla pretesa punitiva dello Stato*, cit., pp. 157-158; e G. TRISORIO LIUZZI, *La sospensione del processo civile per la pendenza di un processo penale nella recente giurisprudenza della Cassazione*, in «Il giusto processo civile», 2019, p. 981. Se non si com-

dici connessi – ecco la conclusione – per parziale identità di fatti costitutivi. Non v'è, invece, alcuna connessione per pregiudizialità-dipendenza, perché il credito civilistico non dipende dall'esistenza della situazione soggettiva passiva consistente nello stato di soggezione specifica del professionista alla sanzione disciplinare [(27)], né viceversa quest'ultimo dipende dal primo.

In realtà, alcune parole in più debbono essere spese per escludere la sussistenza di un nesso di pregiudizialità-dipendenza fra

prende male, è diversa l'opinione di S. SATTA, *Rapporti fra giurisdizione civile e giurisdizione penale*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1959, p. 4, allorché afferma che «il fatto illecito, quando sia penalmente sanzionato, sia cioè un reato, è unico e unitario nella sua essenza, anche se da esso discendano conseguenze civili, sia cioè valutato, sotto questo profilo, anche dalla legge civile, e come un illecito civile. Non esistono due fatti, uno penale e l'altro civile (come chi dicesse un omicidio penale e un omicidio civile), ne esiste uno solo che, in quanto costituisce reato, dà luogo a sanzioni civili, se ne ricorrono le condizioni (danno). Più in generale, se esiste un fatto (es. impossessamento della cosa mobile altrui) dal quale discendono conseguenze giuridiche civili (es. licenziamento di un impiegato), la considerazione di questo fatto come reato (furto) non lo fa diventare un altro, ma è sempre lo stesso fatto che produce le conseguenze penali e civili ad un tempo. Ciò esprime del resto in forma chiarissima l'art. 185 cod. pen. per le sanzioni civili, quando dice: ogni reato che abbia cagionato un danno obbliga il colpevole al risarcimento. Possono certo esistere illeciti civili che non sono illeciti penali, e viceversa, ma un unico fatto non può, per impossibilità logica, prima che giuridica, sdoppiarsi in due fatti autonomi, oggetto l'uno di tutela penale e l'altro di tutela civile». Per una lettura ancora differente, ipotizzando la sussistenza di un nesso di pregiudizialità-dipendenza quando l'effetto civile sia fondato non sull'art. 2043 cod. civ., ma sull'art. 185 cod. pen. (essendo libera, per l'attore, la scelta di articolare la domanda sulla base dell'art. 2043 cod. civ. o dell'art. 185 cod. pen.), v. M.A. ZUMPANO, *Rapporti fra processo civile e processo penale*, Torino, 2000, *passim*; e EAD., *Processo civile risarcitorio, cumulo soggettivo e sospensione* ex *art. 75, comma 3°, cod. proc. pen.*, in «Rivista di diritto processuale», 2020, pp. 1696-1697. Si tratta comunque di una lettura non adattabile al nostro fenomeno, dato che non esiste un equivalente dell'art. 185 cod. pen. che regoli i «danni da illecito disciplinare».

[(27)] Che può, ad esempio, essere prescritta, oppure non essere mai sorta, per mancanza del nesso causale «al di là di ogni ragionevole dubbio» (mentre, il nesso civilistico, come noto, si «accontenta» di una relazione causale improntata al criterio del «più probabile che non»).

illecito disciplinare e illecito civilistico. A seguito dell'affermarsi di orientamenti della Suprema Corte tesi a riconoscere pieno carattere «normativo», non già meramente «etico», alla normativa deontologica ([28]), è stata avanzata l'idea che la violazione della regola disciplinare generasse, *ex se*, responsabilità civile, contrattuale o aquiliana. In altri termini – si è osservato – se le regole disciplinari cessano d'essere extragiuridiche e divengono parte integrante dell'ordinamento generale, «è evidente che ogni loro infrazione è sempre anche l'infrazione di un precetto giuridico, e quindi sempre anche un illecito civile» ([29]).

([28]) Il riferimento è a Cass. civ., sez. un., 20 dicembre 2007, n. 26810. Sull'evoluzione giurisprudenziale che ha condotto al riconoscimento di valore «giuridico» alle regole deontologiche, v. A. Bellelli, *Il problema della giuridicità delle regole deontologiche delle professioni*, in *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato,* cit., p. 87 ss.; E. Del Prato, *Regole deontologiche delle professioni e principio di sussidiarietà*, in *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, cit., p. 91 ss., spec. 96, nota 14. Per una analisi del dibattito sulla natura delle norme deontologiche, v. M.L. Magno, *Legge di riforma e codice deontologico forense*, cit., p. 180 ss.; e U. Perfetti, *Il codice deontologico forense tra profili teorici e percorsi di riforma*, in «Rassegna forense», 2006, p. 931 ss.

([29]) G. Scarselli, *La responsabilità civile del difensore per l'infrazione della norma deontologica*, in «Il foro italiano», 2009, I, c. 3169, il quale, in nota 7, afferma che «è evidente che tutto deve esser valutato caso per caso, ma, in generale, resta il principio in forza del quale l'avvocato che violi un precetto deontologico in connessione e/o causalità con il mandato ricevuto infrange, per ciò solo, i doveri contrattuali che ha con il cliente, e risponde dinanzi a questi per responsabilità civile (oltre che di fronte agli organi forensi per responsabilità disciplinare)». Ancora, Scarselli afferma che «automaticamente il comportamento tenuto [in violazione del precetto disciplinare] può esser considerato fonte di responsabilità contrattuale», «né a ciò può obiettarsi che possono sussistere obblighi deontologici di così scarsa rilevanza, o di così poca consistenza, da non poter, da soli, comportare per l'avvocato inadempimento contrattuale (ma solo, appunto, e se del caso, responsabilità deontologica dinanzi agli organi di disciplina). Al contrario, nel momento in cui si attribuisce alle norme deontologiche valore di norme giuridiche, e nel momento in cui l'avvocato deve adempiere al mandato ricevuto nel rispetto dell'ordinamento inteso come rispetto della legge e di ogni altra fonte di diritto, ne segue che l'assunzione dell'incarico comporta automaticamente anche l'assunzione del dovere di rispettare la deontologia professionale; cosicché il mancato rispetto di un

Ecco, a me pare che postulare l'esistenza di una responsabilità civile da violazione del precetto disciplinare non significhi necessariamente rilevare l'esistenza di un nesso di pregiudizialità-dipendenza fra illecito disciplinare e responsabilità civile. Il tema delle relazioni fra normativa deontologica e civilistica è, da anni, al centro di un ampio dibattito dottrinale e giurisprudenziale. Storicamente, varie sono state le tecniche attraverso cui si è inteso attribuire rilevanza civilistica alla normativa deontologica. Così, si è attribuito alla normativa disciplinare capacità «specificativa» delle clausole generali che caratterizzano l'adempimento dell'obbligazione («correttezza, buona fede e diligenza») (30); oppure, si è attribuito ad essa carattere di «uso negoziale», che integrerebbe, alla stregua di un «rinvio mobile», la regolamentazione del rapporto avvocato-cliente (31).

Senza prendere posizione a proposito di tale dibattito, quel che preme rilevare è che l'integrazione della normativa civilistica ad opera di quella disciplinare, quale che sia la modalità attraverso la quale essa avvenga, consiste, in realtà, in una «duplicazione» del precetto deontologico, che diviene anche precetto civilistico, cioè regola di condotta dei rapporti fra avvocato e cliente, o avvo-

qualunque precetto deontologico che abbia connessione con l'attività da svolgere, comporta infrazione ai doveri assunti con il cliente, e conseguentemente fa seguire la responsabilità civile».

(30) Riporta questa posizione dottrinale E. Del Prato, *Regole deontologiche delle professioni e principio di sussidiarietà*, cit., p. 91. In questo senso, v. U. Perfetti, *La responsabilità deontologica*, in «Rassegna forense», 2006, p. 961 ss., spec. pp. 971-972, dove afferma che «la morfologia del comportamento deontologicamente corretto disegnata dal codice deontologico forense è di estrema utilità per il giudice chiamato a stabilire se l'avvocato ha eseguito il contratto d'opera professionale secondo buona fede, o lo ha adempiuto con la diligenza del buon padre di famiglia; ciò, tenuto conto che le rispettive clausole generali (art. 1375 cod. civ. e art. 1176 cod. civ.) sono senz'altro applicabili anche al contratto d'opera professionale. In questo modo il giudice può stabilire l'esistenza di responsabilità da inadempimento contrattuale attingendo a quella sorta di catalogo di comportamento connotati da disvalore rappresentato dal codice deontologico forense».

(31) Questa è la posizione di E. Del Prato, *Regole deontologiche delle professioni*, cit., pp. 99-100.

cato e controparte; non nella instaurazione di un nesso di pregiudizialità-dipendenza fra illecito disciplinare e illecito civile.

Ciò è dimostrato, mi pare, dalla seguente osservazione: è affermazione pacifica che esiste responsabilità disciplinare in quanto vi sia la mera *suitas* della condotta (32); d'altro canto, v'è responsabilità civile solo in presenza di dolo o colpa. Se questa nuova «rilevanza» civilistica della normativa deontologica sottendesse un fenomeno di pregiudizialità, a fronte di un illecito disciplinare commesso con mera *suitas*, dovrebbe di per sé sussistere responsabilità risarcitoria sul piano civilistico (33). Ma così non è, a meno di non violare gli artt. 1176 e 1218 cod. civ. (per la responsabilità contrattuale) e l'art. 2043 cod. civ. (per quella aquiliana), che invece richiedono, perché sorga il credito risarcitorio del danneggiato, la sussistenza, se non del dolo, quantomeno della colpa. L'esempio riportato svela, così, un caso di non coincidenza fra illecito disciplinare (*rectius*, stato di soggezione specifica del professionista alla sanzione disciplinare dell'ordine) e illecito civile, che smentisce l'idea di una responsabilità civile «da [mera] responsabilità deontologica» (34).

Volendo sintetizzare quanto emerso sin qui: fra illecito disciplinare e illecito civile esiste una parziale coincidenza di fatti storici, e non corre alcun nesso di pregiudizialità, né in un senso né nell'altro; quando il precetto deontologico integra, vuoi come fonte specificativa delle clausole generali che governano il regime della responsabilità contrattuale o extra-contrattuale, vuoi

(32) Il rilievo è davvero pacifico: v. *ex multis* Cons. naz. for., 18 aprile 2024, n. 132, dove si legge che «per quanto concerne l'elemento soggettivo, va poi richiamata la costante giurisprudenza di questo Consiglio nazionale forense, che ritiene sufficiente, ai fini dell'integrazione dell'illecito disciplinare, la *suitas* della condotta, come volontà consapevole dell'atto che si compie; non è necessario, infatti, un dolo generico ovvero specifico, ma sufficiente la volontarietà con la quale l'atto deontologicamente rilevante è stato compiuto ovvero omesso».

(33) Quando vi sia un danno causalmente riconducibile all'illecito, si intende.

(34) Così è definita da U. Perfetti, *La responsabilità deontologica*, cit., p. 962. Analogamente, G. Scarselli, *La responsabilità civile del difensore per l'infrazione della norma deontologica*, cit., c. 3172, parla di «corrispondenza tra illecito deontologico ed illecito civile».

come uso negoziale, la regolamentazione civilistica, lo fa sempre in via mediata, cioè come norma civilistica «duplicato» di quella deontologica; tale duplicazione avviene necessariamente «adattando» il precetto deontologico ai principi della responsabilità civile, ma un simile «adattamento» (35) scinde sul nascere qualsiasi nesso di pregiudizialità-dipendenza fra illecito disciplinare e illecito civile (36).

(35) Per chiarezza: la violazione disciplinare assume rilevanza civilistica solo in quanto dolosa o colposa, e non è più sufficiente la mera *suitas*. Questo si intende dire quando si parla di «adattamento» (da «duplicazione») dell'illecito disciplinare al sistema civilistico.

(36) Adeguando al nostro ragionamento le intuizioni sviluppate, in merito ai rapporti fra illecito penale e civile, da E. MERLIN, *Sospensione per pregiudizialità ed effetti civili dipendenti dalla pretesa punitiva dello Stato*, cit., p. 157 ss., si potrebbero scorgere ipotesi di pregiudizialità-dipendenza «pura» fra illecito disciplinare e civile solo quando la normativa civilistica ricolleghi la nascita del diritto soggettivo direttamente alla sussistenza della responsabilità disciplinare, cioè direttamente all'esistenza dello stato di soggezione specifica dell'avvocato alla sanzione disciplinare. In questo senso, forse, potrebbe osservarsi una connessione per pregiudizialità nell'art. 2-*quater* del d.lgs. 196 del 2003 («Codice in materia di trattamento dei dati personali»), il quale, dopo aver stabilito, al comma 1, che il Garante promuove l'adozione di regole deontologiche per il trattamento di determinate categorie di dati personali (ad es., *ex* art. 111, in materia lavorativa, o *ex* art. 139 in materia giornalistica), al comma 4 dispone che «il rispetto delle disposizioni contenute nelle regole deontologiche di cui al comma 1 costituisce condizione essenziale per la liceità e la correttezza del trattamento dei dati personali». In questo caso, cioè, parrebbe che, ai fini dell'accertamento della responsabilità da illegittimo trattamento dei dati, costituisca rapporto pregiudiziale quello di soggezione alla potestà disciplinare del Garante (cioè, appunto, l'illecito disciplinare in sé considerato). Il giudice civile, pertanto, chiamato a decidere sulla responsabilità risarcitoria del responsabile del trattamento dei dati personali, dovrà valutare *incidenter tantum* la sussistenza della responsabilità disciplinare dello stesso, e, in presenza di danno e nesso di causa, tanto basterà a riconoscere l'esistenza del credito risarcitorio (così U. PERFETTI, *Il codice deontologico forense tra profili teorici e percorsi di riforma*, cit., p. 960, che tuttavia, diversamente da quanto qui sostenuto, generalizza questa impostazione a tutti i casi di integrazione del precetto civilistico ad opera di quello deontologico). Sul significato dell'art. 2-*quater* del d.lgs. 196 del 2003 in relazione al dibattito sulla «giuridicità» delle regole deontologiche, v. A. BELLELLI, *Il problema della giuridicità delle regole deontologiche delle professioni*, cit., p. 85; v. anche U. PERFETTI, *Il codice deontologico forense*

3. *Irrilevanza degli accertamenti compiuti in sede civile a fini disciplinari.* — Le riflessioni svolte nel paragrafo precedente consentono di archiviare rapidamente la questione del valore degli accertamenti compiuti in sede civile all'interno del procedimento disciplinare.

Dimostrato che fra i due giudizi, quando v'è interferenza, sussiste una connessione per comunanza di fatti storici (37), è sufficiente tenere a mente il tradizionale assunto che l'accertamento dei meri fatti (costitutivi, modificativi, impeditivi o estintivi), da cui dipende l'esistenza del diritto fatto valere, non rientra mai entro i limiti oggettivi della cosa giudicata materiale (art. 2909 cod. civ.) (38), per concludere che l'apprezzamento circa il loro modo d'essere compiuto dal giudice civile non esplicherà mai efficacia vincolante nel giudizio disciplinare (39). L'assunto tradizionale della «indifferenza» fra i due giudizi, almeno in questa «direzione», esce del tutto confermato.

4. *Il valore degli accertamenti compiuti in sede disciplinare nel giudizio civile.* — Quanto agli accertamenti compiuti in sede disciplinare, e alla loro eventuale rilevanza in sede civile, è necessario muovere da una osservazione e porre con estrema chiarezza, sin da subito, l'alternativa che si profila all'interprete dinanzi ad essa. L'osservazione è questa: come già anticipato, nessuna disposizione prende posizione sull'efficacia della decisione disciplinare in altri processi.

Preso atto di ciò, il «bivio» che si pone all'interprete è il se-

tra profili teorici e percorsi di riforma, cit., p. 958, per il quale, la disposizione citata mostrerebbe che «il mancato rispetto della norma deontologica (…) significa ritenere che essa è co-elemento costitutivo della fattispecie di illiceità e scorrettezza».

(37) O, al più, in casi residuali (v. nota precedente), di pregiudizialità-dipendenza, ma in direzione inversa, cioè dove l'effetto giuridico civilistico dipende dalla responsabilità disciplinare.

(38) V. *supra*, nota 24.

(39) Giudizio disciplinare che abbia ad oggetto – sia ripetuto – l'«illecito disciplinare» fondato, almeno parzialmente, sulle medesime circostanze addotte a fondamento del diritto fatto valere in sede civile.

guente: «leggere» l'assenza di norme sul punto come la scelta del legislatore a favore dell'assenza di effetti ultra-disciplinari del provvedimento disciplinare (*ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*); oppure, scorgervi una lacuna, che deve essere colmata ricorrendo allo strumento dell'interpretazione analogica (art. 12, comma 2, disp. prel. cod. civ.) (40).

Il tradizionale principio della reciproca «autonomia» del procedimento disciplinare e di quello civile (41) milita con nettezza a favore della prima opzione, tanto pacifica, sia in dottrina che in giurisprudenza, da non essere neppure esplicitata. Alcuni argomenti e una scelta di valore, tuttavia, suggeriscono di esplorare l'opposta ipotesi della efficacia ultra-disciplinare in sede civile degli accertamenti contenuti nel provvedimento disciplinare.

La scelta di valore è la seguente: un procedimento si è svolto, una istruttoria è stata realizzata, una valutazione circa la sussistenza dei fatti storici rilevanti nel successivo processo civile è già stata *aliunde* compiuta; allora, il «principio di economia processuale», declinato nella variante dell'opportunità che attività processuali già compiute non vadano «sprecate» tramite una loro duplicazione, consiglia di interrogarsi intorno alla possibilità di salvare il «valore» degli accertamenti già compiuti (42).

(40) Sull'ammissibilità dell'interpretazione analogica in materia processuale, v. F. Carnelutti, *Note in margine alle nuove leggi processuali*, in «Rivista di diritto processuale», 1947, p. 64, dove si afferma che «per fortuna anche alle leggi processuali si applica l'art. 12 delle disposizioni preliminari ossia anche le lacune di tali leggi si colmano mediante l'analogia».

(41) Si veda Cons. naz. for., 24 aprile 2018, n. 37, dove si afferma che «atteso il principio di autonomia del processo disciplinare, non sussiste un rapporto di pregiudizialità tra il procedimento disciplinare stesso e l'eventuale giudizio civile vertente tra l'esponente e l'incolpato, in quanto i due procedimenti perseguono diverse finalità, essendo l'uno diretto ad accertare nella condotta dell'iscritto la violazione di regole deontologiche e l'altro la sussistenza di obbligazioni tra le parti».

(42) Ci si riferisce a quella «tendenza del sistema nel suo complesso, che va emergendo in modo sempre più chiaro e diffuso, ad evitare la dispersione degli accertamenti fattuali conseguiti in un determinato contesto processuale, nei limiti in cui questo non vada a confliggere con prevalenti esigenze di salvaguardia del principio del contraddittorio e del diritto di difesa dei soggetti nei cui

È tempo, dunque, di anticipare l'ipotesi che si intende verificare: appurare se sussistono i presupposti per applicare al provvedimento disciplinare, in via analogica, gli artt. 651 ss. cod. proc. pen. relativi all'efficacia ultra-penale del giudicato penale [43]. All'analisi degli argomenti a sostegno e contrari all'ipotesi formulata sono dedicati i prossimi paragrafi.

5. *Il fondamento dell'efficacia ultra-penale del giudicato penale e l'itinerario di ricerca*. — Gli artt. 651 ss. cod. proc. pen., come noto, disciplinano l'efficacia vincolante del giudicato penale in processi civili aventi oggetto connesso per comunanza di fatti storici [44].

confronti questi accertamenti siano destinati ad essere efficacia», rilevata da A. CARRATTA, *Accertamento fattuale del giudice penale ed efficacia nel processo civile*, in «Rivista di diritto processuale», 2020, pp. 1463-1465.

[43] Sull'ammissibilità dell'applicazione analogica degli istituti del processo civile o penale al giudizio disciplinare, con l'avvertenza tuttavia che tale applicazione non può mai essere «automatica», v. A. CATELANI, *Gli ordini e i collegi professionali nel diritto pubblico*, cit., p. 170, nota 30, il quale osserva che «i principi del contenzioso disciplinare sono dunque gli stessi del processo penale e, sia pure in minor misura, di quello civile. D'altra parte, proprio perché si tratta soltanto di analogia con un procedimento giurisdizionale, il richiamo ad istituti processuali non può tradursi in una loro meccanica trasposizione» (pp. 171-172). Contro il ricorso all'analogia con la regolamentazione penalistica, anche se in relazione alla disciplina sostanziale della potestà disciplinare, U. FORTI, *I consigli professionali e la loro funzione disciplinare*, in «Giurisprudenza italiana», 1901, I, c. 747.

[44] Questa è la lettura più ricorrente. In argomento, senza pretesa di completezza, cfr. I. PAGNI, *Sospensione del processo civile per pendenza di un processo penale influente?*, cit., p. 1407 ss.; C. CONSOLO, *Del coordinamento fra processo penale e processo civile*, cit., p. 227 ss.; E.T. LIEBMAN, *L'efficacia della sentenza penale nel processo civile*, cit., 5 ss.; S. SATTA, *Rapporti fra giurisdizione civile e giurisdizione penale*, cit., p. 3 ss.; F.P. LUISO, *I rapporti tra processo civile e processo penale*, in *Nuovi profili nei rapporti tra processo civile e processo penale*, cit., p. 94 ss.; A. CARRATTA, *Accertamento fattuale del giudice penale ed efficacia nel processo civile*, cit., p. 1442 ss.; L. MONTESANO, *Il «giudicato penale sui fatti» come vincolo parziale all'assunzione e alla valutazione delle prove civili*, in *Nuovi profili nei rapporti tra processo civile e processo penale*, cit., p. 71 ss.; M. STELLA, *Cumulo di cause risarcitorie contro più coobbligati solidali e latitudine della sospensione del processo civile per pregiudizialità*,

Limitandoci a riportare le norme di rilievo per la nostra analisi, l'art. 651 cod. proc. pen. («Efficacia della sentenza penale di condanna nel giudizio civile o amministrativo di danno») dispone che la «sentenza penale irrevocabile di condanna» pronunciata in seguito a dibattimento ha «efficacia di giudicato» quanto all'accertamento della sussistenza del fatto, della sua illiceità penale e all'affermazione che l'imputato lo ha commesso nel giudizio civile per le restituzioni e il risarcimento del danno promosso nei confronti del condannato [45].

L'art. 652 cod. proc. pen. («Efficacia della sentenza penale di assoluzione nel giudizio civile o amministrativo di danno») stabilisce che la «sentenza penale irrevocabile di assoluzione» pronunciata in seguito a dibattimento ha «efficacia di giudicato» nel giudizio civile o amministrativo per le restituzioni e il risarcimento del danno promosso dal danneggiato o nell'interesse dello stesso quanto all'accertamento che il fatto non sussiste o che l'imputato non lo ha commesso o che il fatto è stato compiuto nell'adempimento di un dovere o nell'esercizio di una facoltà legittima, sempre che il danneggiato si sia costituito o sia stato posto in condizione di costituirsi parte civile, e salvo che il danneggiato dal reato abbia esercitato l'azione in sede civile a norma dell'articolo 75, comma 2, cod. proc. pen.

in «Corriere giuridico», 2019, pp. 112-113; M. Cenerini, *Introduzione storico allo studio dell'autorità del giudicato penale nel processo civile*, in «Rivista di diritto processuale», 1989, p. 761 ss.; G. Spangher, *Nuovi profili nei rapporti tra processo civile e processo penale*, in *Nuovi profili nei rapporti tra processo civile e processo penale*, cit., p. 31 ss.; e M.G. Civinini, *Sospensione del processo civile per c.d. «pregiudizialità» penale: questioni teoriche e riflessi pratici*, in «Il foro italiano», 1991, V, c. 363 ss.

[45] Omettiamo di ricordare l'art. 654 cod. proc. pen. («Efficacia della sentenza penale di condanna o di assoluzione in altri giudizi civili o amministrativi»), che disciplina l'efficacia della sentenza penale di condanna o assoluzione in giudizi civili che abbiano oggetto diverso dalla richiesta dei danni o delle restituzioni, essendo verosimile immaginare che un eventuale giudizio civile nei riguardi dell'avvocato responsabile di un illecito disciplinare miri pressoché sempre ai danni e alle restituzioni. Comunque, quanto si dirà in relazione agli artt. 651 e 652 cod. proc. pen. è trasponibile, *mutatis mutandis*, all'art. 654 cod. proc. pen.

Ora, non è necessario, ai nostri fini, discutere dell'opportunità di mantenere una efficacia ultra-penale del giudicato penale tanto significativa (46), o della intrinseca coerenza del sistema, posto che a tale vincolo non corrisponde più un'ampia operatività dell'istituto delle sospensioni del giudizio civile per pendenza di un giudizio penale «influente» (47), o ancora della fondatezza teorica del principio della «unità della giurisdizione», in passato addotto a fondamento dell'efficacia ultra-penale del giudicato penale (48).

(46) Fortemente critico già, in relazione al vecchio art. 28 cod. proc. pen. (il predecessore, con alcune variazioni, degli attuali artt. 651 ss. cod. proc. pen.), E.T. Liebman, *L'efficacia della sentenza penale nel processo civile*, cit., p. 5 ss., che non condivideva l'idea di un giudicato su «questioni di fatto e di diritto», quale emergeva dal vecchio art. 28 cod. proc. pen. del 1930, ed emerge oggi dagli artt. 651 ss. cod. proc. pen.

(47) Così B. Capponi, *A proposito di nuovo processo penale e sospensione del processo civile*, in «Il foro italiano», 1991, V, c. 352. Se infatti, da un lato, gli artt. 651 ss. cod. proc. pen. ribadiscono «la risalente efficacia forte del giudicato penale» di cui costituiva espressione il vecchio art. 28 cod. proc. pen. del 1930 (così, G. Conso, *Introduzione*, in *Nuovi profili nei rapporti tra processo civile e processo penale*, cit., p. XIV), dall'altro, secondo la lettura oggi dominante in dottrina e giurisprudenza, a seguito dell'eliminazione, ad opera dell'art. 35 l. n. 353/1990, nell'art. 295 cod. proc. civ. del riferimento alla sospensione «nel caso previso nell'art. 3 del codice di procedura penale», non esiste più una generalizzata sospensione del processo civile per pendenza di un giudizio penale «influente» (è rilievo diffuso: cfr. I. Pagni, *Sospensione del processo civile per pendenza di un processo penale influente?*, cit., p. 1407 ss.; C. Consolo, *Del coordinamento fra processo penale e processo civile*, cit., p. 227 ss.; G. Trisorio Liuzzi, *Sulla abrogazione della sospensione del processo per «pregiudizialità» penale*, in «Il foro italiano», 1997, I, c. 1762; Id., *Riforma del processo penale e sospensione del processo civile*, in «Rivista di diritto processuale», 1990, p. 529 ss.; M. Vellani, *Considerazioni sulla sospensione del processo civile alla luce del nuovo codice di procedura penale e dei provvedimenti urgenti per il processo civile*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1991, p. 751 ss.; più recentemente, v. A. Bonafine, *La sospensione del processo civile per pendenza del processo penale: tra consolidati approdi e recenti applicazioni in tema di cumulo soggettivo*, in «Judicium», 2020, n. 1, p. 71 ss.).

(48) Sul principio dell'«unità della giurisdizione», quale fondamento del vincolo extra-penale del giudicato penale, v. C. Consolo, *Del coordinamento fra processo penale e processo civile*, cit., pp. 245-246; G. Spangher, *Nuovi profili nei rapporti tra processo civile e processo penale*, cit., pp. 34 e 46; F. Tommaseo, *Nuovi profili nei rapporti fra processo civile e processo penale*, in *Nuovi profili*

È sufficiente, piuttosto, prendere atto che codesta efficacia esiste, e che essa – come è stato osservato – è radicata su due fondamentali «valori ispirativi» (49) (incerti e illusori quanto si vuole, questo non è in discussione). In primo luogo, la «maggiore fiducia che sarebbe giusto riporre nella esattezza della ricognizione svolta in sede penalistica, stanti le più incisive tecniche di ricostruzione dei fatti e la più penetrante "tonalità" istruttoria» (50). In secondo luogo, l'«esigenza che nessun altro giudice italiano si discosti, e così in qualche modo sottragga loro credito, dalle ricognizione fattuali preliminari che hanno portato alla decisione penale (…); decisione penale – sia essa di assoluzione o, a più forte ragione, di condanna – resa all'esito di un giudizio che viene a disporre spesso della libertà personale e sempre dell'onore del cittadino e che è così tutto teso alla ricerca della verità materiale (e non di una semplice verità convenzionale o comunque condizionata) nell'interesse primario della collettività» (51).

L'interrogativo che occorre porsi per valutare la tenuta dell'ipotesi formulata, allora, è se le ragioni fondamentali che giustificano la produzione di un simile vincolo in relazione al giudicato penale ricorrono – e in caso, affermativo, entro che limiti – in relazione al provvedimento conclusivo del procedimento disciplinare emesso dagli organismi forensi.

A tal fine, occorre mettere a fuoco le principali caratteristiche

nei rapporti tra processo civile e processo penale, cit., p. 5; G. Trisorio Liuzzi, *Riforma del processo penale e sospensione del processo civile*, cit., p. 541; M.A. Zumpano, *Rapporti tra processo civile e processo penale*, cit., p. 225 ss.; alle origini del principio di unità della giurisdizione viene ricordato, normalmente, il pensiero di Ludovico Mortara, su cui v., anche per indicazioni bibliografiche, C. Consolo, *Del coordinamento fra processo penale e processo civile*, cit., pp. 245-246; e M. Cenerini, *Introduzione storico allo studio dell'autorità del giudicato penale nel processo civile*, cit., p. 778 ss.

(49) L'espressione è di C. Consolo, *Del coordinamento fra processo penale e processo civile*, cit., p. 241.

(50) C. Consolo, *Del coordinamento fra processo penale e processo civile*, cit., p. 241. Critico verso la fondatezza di tale valore ispirativo E.T. Liebman, *L'efficacia della sentenza penale nel processo civile*, cit., p. 15.

(51) C. Consolo, *Del coordinamento fra processo penale e processo civile*, cit., p. 242.

del procedimento disciplinare regolato dalla legge professionale forense (specie per come intesi dalla giurisprudenza del Consiglio nazionale forense), che appaiono dirimenti nella soluzione della questione. In particolare, l'attenzione sarà posta sui seguenti interrogativi: qual è la natura della potestà disciplinare? Qual è la natura del procedimento disciplinare? Può parlarsi di un «giudicato disciplinare»? Quali garanzie offre il procedimento disciplinare in merito alla «verità materiale» degli accertamenti compiuti?

6. *La natura della potestà disciplinare*. — L'interrogativo circa la «natura» del potere disciplinare è alla base, da più di un secolo, di un dibattito che non ha trovato soluzione (52).

In via di prima approssimazione, si è osservato che il potere disciplinare costituisce nient'altro che il «mezzo di attuare una sanzione per la violazione di talune norme» (53) (disciplinari, appunto). Peraltro, anche l'attività di «posizione» di simili norme, presupposto per l'esercizio della conseguente «facoltà di infliggere la punizione disciplinare» (54), costituisce espressione della medesima potestà (55). L'esercizio di un siffatto potere – riportiamo ancora dati relativamente incontroversi del dibattito – è funzionale al mantenimento dell'«ordine» (56) all'interno di una determinata «comunità» (57).

(52) Già un secolo fa, G. ZANOBINI, *Le sanzioni amministrative*, Torino, 1924, poteva affermare che «esiste intorno alla natura delle sanzioni disciplinari una intiera letteratura».

(53) C. VITTA, *Il potere disciplinare sugli impiegati pubblici*, Milano, 1910, p. 26.

(54) E. RASPONI, *Il potere di disciplinare: natura giuridica e soggetti attivi*, vol. I, Padova, 1942, p. 81.

(55) S. ROMANO, *I poteri disciplinari delle pubbliche amministrazioni*, Torino, 1898, p. 7. Così anche E. RASPONI, *Il potere disciplinare*, cit., p. 82, che parla di doppio volto della potestà disciplinare, «sanzionatorio» e «precettizio».

(56) Così, recentemente, S. STACCA, *Il potere disciplinare*, cit., p. 16. V. anche S. SATTA, *Avvocato (ordinamento)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. IV, Milano, 1959, p. 655, che, con particolare riferimento all'esercizio della potestà disciplinare entro l'ordinamento forense, chiarisce che essa è «autorealizzazione dell'ordine».

(57) Così ancora S. STACCA, *Il potere disciplinare*, cit., p. 16.

Se sulle osservazioni sinora formulate v'è tendenziale consenso, da qui in poi pressoché ogni caratteristica del potere disciplinare è discussa. Così, fra i tanti, costituisce interrogativo tradizionalissimo e dibattuto quello sulla intima essenza di una simile potestà d'ordine (58).

Secondo un primo e «più antico» (59) filone, il potere disciplinare si identifica col potere punitivo generale dello Stato, con la sua «pretesa penale» (60). Il diritto disciplinare, in particolare, costituirebbe un «diritto penale speciale» e la sua specialità risiederebbe in ciò, che esso reprime violazioni non dell'ordinamento generale, ma di ordinamenti particolari (61), poste in essere da soggetti qualificati (ad esempio, impiegati pubblici, in relazione ai quali simili teorie sono state sviluppate, o anche professionisti, come gli avvocati) (62). In questa prospettiva, si è notato, che «gli elementi dell'infrazione disciplinare non son punto diversi da quelli del reato ordinario» (63), che «le sanzioni disciplinari si av-

(58) Il dibattito sulla essenza del potere disciplinare è stato ripercorso, fra gli altri, da S. ROMANO, *I poteri disciplinari delle pubbliche amministrazioni*, cit., p. 1 ss.; C. VITTA, *Il potere disciplinare sugli impiegati pubblici*, cit., p. 26 ss.; A. TESAURO, *Il potere disciplinare*, Napoli, 1925, p. 7 ss.; H. NÉZARD, *Les principes généraux du droit disciplinaire*, cit., p. 29 ss.; E. RASPONI, *Il potere disciplinare*, cit., p. 5 ss.; e, più recentemente, da S. STACCA, *Il potere disciplinare*, cit., p. 18 ss.

(59) Così E. RASPONI, *Il potere disciplinare*, cit., p. 8. G. ZANOBINI, *Le sanzioni amministrative*, cit., p. 112, più criticamente, rileva che si tratta di «scrittori molto vecchi e di troppo anteriori al rinnovamento degli studi pubblicistici».

(60) L'espressione di sintesi è di E. RASPONI, *Il potere disciplinare*, cit., p. 5. Per riferimenti alla dottrina tedesca che ha sviluppato questa tesi, v. P. LABAND, *Il diritto pubblico dell'impero germanico*, vol. I, trad. it. a cura di O. Ranelletti e M. Siotto Pintor, Torino, 1925, p. 643, nota 1.

(61) In questi termini, F. VON HOLTZENDORFF, *Handbuch des Deutschen Strafrechts*, vol. I, Berlin, 1871, p. 4.

(62) Così K.O. MEVES, *Die Amtsverbrechen*, in *Handbuch des deutschen Strafrechts*, vol. III, a cura di F. von Holtzendorff, Berlin, 1872, p. 939, per il quale il potere disciplinare, premesso che, al pari del diritto penale generale, costituisce un «derivato (*Ausfluss*) della potestà punitiva (*Strafgewalt*) dello Stato» ed è basato sul «potere statale» (*Staatsgewalt*), si occupa solo delle «trasgressioni» poste in essere da funzionari statali che abbiano violato doveri d'ufficio.

(63) L. LUCCHINI, *Recensione a H. Nézard, Les principes généraux du droit*

vicinano a quelle penali, e in parte (…) coincidono con esse» (64) e che, infine, il procedimento disciplinare costituisce «una sottospecie del procedimento penale» (65).

Alla radicalità di questa posizione, si affianca l'opinione di quanti non si spingono ad affermare l'identità fra diritto penale e diritto disciplinare, in ragione della diversità di scopo che corre fra essi, eppure rilevano significativi tratti di analogia (66). Tale orientamento consente di superare la principale obiezione rivolta nei riguardi della tesi che propugna l'identità fra diritto disciplinare e diritto penale, cioè l'osservazione, indiscutibile, che sanzione penale e sanzione disciplinare possono ben cumularsi; circostanza, questa, che, se fosse vera la natura penale della sanzione disciplinare, contrasterebbe irrimediabilmente col millenario principio del *ne bis in idem* (67).

disciplinaire, Paris, 1903, in «Rivista penale», 1903, p. 652.

(64) Così testualmente H. MEYER, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, vol. II, Erlangen, 1882, p. 700.

(65) L'espressione è di P. LABAND, *Il diritto pubblico dell'impero germanico*, vol. I, cit., p. 644, che di tale filone rappresenta il principale oppositore.

(66) In questo senso, fra i tanti, E. LOENING, *Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts*, Leipzig, 1884, pp. 127-128, il quale dapprima afferma che «le pene disciplinari sono, come le pene criminali, un male, che lo stato minaccia e infligge, a causa della violazione del diritto, al colpevole». Poi però (p. 128) rileva che si distinguono dalle penali per scopo, posto che nell'irrogazione delle sanzioni disciplinari si tiene conto dell'«interesse dell'ordinamento dell'amministrazione», irrilevante nell'applicazione delle sanzioni penali. Così anche K. BINDING, *Grundriss des gemeinen deutschen Strafrechts*, vol. I, 1890, Leipzig, p. 153, che osserva come «il diritto penale è diritto che si basa sulla "retribuzione" per un delitto [commesso]. Per via di questo scopo si distingue la pena giuridica dalla simile pena disciplinare, che non è una pena in senso giuridico, ma un mezzo educativo pedagogico [nell'originale: *ein pädagogisches Zuchtmittel*], che si applica non solo contro delitti, ma anche contro immoralità e illeciti di carattere amministrativo che non abbiano natura giuridica». Nella dottrina italiana, v. F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, vol. I, cit., p. 243, per il quale «più esatta quindi sembra la teoria, che considera il diritto disciplinare come analogo al diritto penale», e ancora «diritto disciplinare e diritto penale sono fra loro affini e coesistono». Per ulteriori richiami bibliografici, v. E. RASPONI, *Il potere disciplinare*, cit., p. 6, nota 2.

(67) Così, per tutti, S. ROMANO, *I poteri disciplinari delle pubbliche ammini-*

All'estremo opposto di tali orientamenti, si colloca l'opinione di chi, ragionando a proposito del potere disciplinare dello Stato verso i pubblici dipendenti, ma con considerazioni di ordine generale, ha affermato il fondamento «privatistico» della potestà disciplinare. Il potere disciplinare è mezzo per assicurare l'adempimento di «doveri di servizio», sicché va comparato non col diritto penale, bensì «col Diritto privato e precisamente al contrapposto fra rapporti contrattuali, regolati dal Diritto delle obbligazioni, e rapporti di potestà» (68).

Ebbene, mentre negli ordinari rapporti contrattuali è riconosciuta, a fronte dell'inadempimento ai doveri negoziali, l'azione di adempimento, così, nei «rapporti di servizio» che legano Stato e pubblici dipendenti, il primo «non ha bisogno di ricorrere ai Tribunali», avendo a disposizione «per costringere all'adempimento dei doveri di servizio», appunto, la «coazione disciplinare» (69). Anche tale teoria, tuttavia, non è andata esente da critiche, essendosi obiettato come sia «pacifico», per esempio, «che alcuni rapporti interessati dal fenomeno disciplinare non hanno siffatta natura [contrattuale]» (70). Così, ad esempio, i rapporti che si instaurano coattivamente (come la leva militare obbligatoria) o, per restare a quanto qui di interesse, l'iscrizione dell'avvocato all'albo professionale (71).

Vi è, poi, la tesi che è stata definita «amministrativistica» (72). Il potere disciplinare, cioè, condivide la sostanza del potere amministrativo (73) e mira ad impedire «trasgressioni» (74) correlate a

strazioni, cit., p. 18, per cui «ciò dimostra che pena criminale e pena disciplinare non sono la medesima cosa, altrimenti s'avrebbe una violazione della vecchia e nota regola *ne bis in idem*, secondo la quale per una medesima colpa non si possono ricevere due punizioni».

(68) P. Laband, *Il diritto pubblico dell'impero germanico*, vol. I, cit., p. 644.

(69) Tutti i virgolettati in P. Laband, *Il diritto pubblico dell'impero germanico*, vol. I, cit., pp. 646-648.

(70) S. Stacca, *Il potere disciplinare*, cit., pp. 28-29.

(71) Lo rileva, adducendo questi esempi, S. Romano, *I poteri disciplinari delle pubbliche amministrazioni*, cit., p. 13.

(72) Così E. Rasponi, *Il potere disciplinare*, cit., p. 24.

(73) S. Romano, *I poteri disciplinari delle pubbliche amministrazioni*, cit., p. 23.

(74) S. Romano, *I poteri disciplinari delle pubbliche amministrazioni*, cit., p. 7.

doveri sorti nell'ambito di uno «stato speciale di sudditanza» (75). L'istituzione di simili «stati speciali di sudditanza», secondo l'originaria formulazione di questa dottrina, levigata in successive elaborazioni (76), costituisce pur sempre prerogativa dello Stato, anche se non rappresenta una espressione diretta della «sovranità», posto che quest'ultima non inerisce a rapporti specifici, qualificati, ma «fronteggia» la generalità dei consociati (77). Simili «stati speciali di sudditanza», per quel che interessa in questa sede, re-

(75) S. ROMANO, *I poteri disciplinari delle pubbliche amministrazioni*, cit., p. 26.

(76) Ci si riferisce a S. ROMANO, *Sulla natura dei regolamenti delle Camere parlamentari*, in *Archivio giuridico*, 1905, ripubblicato in ID., *Scritti minori*, vol. I, *Diritto costituzionale*, a cura di G. Zanobini, Milano, 1950, p. 213 ss.: in questo scritto, infatti, Romano da un lato continua a qualificare i «diritti di supremazia speciali» (fra cui rientra la potestà disciplinare) come «diritti statuali», che solo per errore si includono nella nozione di «diritto di sovranità» (p. 225); poi però aggiunge che «si tratta di diritti, che, per varie ragioni, non possono appartenere che ad enti sovrani come lo Stato o che a tale sovranità partecipino»; tale osservazione, comunque, non impedisce a Romano di ribadire che «è da escludersi che il vincolo che essi implicano, considerato in sé e per sé, sia una emanazione o un semplice riflesso di quest'ultima [la sovranità]» (p. 226); e ancora, si afferma che i «diritti di supremazia speciali» non sono «facoltà» inerenti alla sovranità, ma «hanno una vita giuridica a sé regolata da particolari principii» (p. 227). Romano, si noti, non estende mai la categoria al settore dei rapporti privati, posto che al più finisce per qualificare come rapporti di supremazia speciale (e di speciale sudditanza) quelli «che si stabiliscono fra gli enti pubblici e coloro che vengono in certo contatto giuridicamente rilevante con un loro istituto o ufficio, intese queste parole in senso largo (ospedali, scuole, ospizi, ecc.)» (p. 227). Perciò, dal lato attivo, il potere disciplinare compete pur sempre allo Stato o ad altri enti pubblici. Rileva e analizza più a fondo l'evoluzione del pensiero di Romano E. RASPONI, *Il potere disciplinare*, cit., 32 ss.

(77) In questo senso, S. ROMANO, *Sulla natura dei regolamenti delle Camere parlamentari*, cit., p. 225, afferma che «la sovranità è un diritto che, naturalmente, nel suo concreto esercizio, può investire la sfera giuridica di questa o quell'altra persona individualmente determinata, ma che, nella sua originaria affermazione, nell'insieme ideale delle facoltà che esso implica, nella sua potenzialità sovrasta indistintamente su tutti i subbietti nello Stato compresi e, in certo senso, ne prescinde, giacché è, per natura sua, non già per motivi da tali subbietti dipendenti, esercitabile "erga omnes". Nella grande distinzione fra diritti assoluti e relativi, la sovranità prende posto fra i primi».

golano i rapporti fra «istituzioni» quali gli ordini professionali e i loro membri (78).

Sempre nell'ambito delle teorie amministrativistiche (79), è stata collocata, infine, la tesi che più di tutte appare capace di evidenziare, quantomeno, i tratti della *potestas* disciplinare esercitata dagli ordini professionali (80). In realtà, chi ha elaborato tale dottrina non ha attribuito una simile qualificazione al potere disciplinare e, anzi, l'estensione al settore privato della categoria in esame, propugnata dal suo autore, mostra tutta l'imprecisione della classificazione enunciata. Secondo questa prospettiva, il potere disciplinare, inteso ancora una volta come potere di «impartire ammonizioni» e «stabilire pene» (81), non costituisce fenomeno esclusivo del diritto pubblico, ma anche del diritto privato (come avviene nel caso del potere disciplinare del datore di lavoro sul commesso) (82).

Esso, più nel dettaglio, inerisce non a «rapporti di sovranità» (ossia, non rappresenta esercizio di *imperium* da parte del titolare del potere medesimo), bensì a «rapporti di autorità» (83). I «rapporti di autorità» – ecco il loro tratto distintivo – possono sorgere anche all'interno di gruppi privati e costituiscono manifestazione di un potere «minore» rispetto alla sovranità. Il minor «rango» del potere disciplinare, inteso come attributo dell'autorità e non della sovranità, sta in ciò, che solo l'*imperium* propriamente detto consente «non soltanto di richiedere, ma benanco di imporre la esecuzione della richiesta» (84). La sovranità, cioè, si manifesta «in tutta la sua maestà» nella «costrizione del suddito mediante

(78) S. Romano, *Sulla natura dei regolamenti delle Camere parlamentari*, cit., p. 237, nota 42; e Id., *I poteri disciplinari delle pubbliche amministrazioni*, cit., pp. 13-14.

(79) È la categorizzazione di E. Rasponi, *Il potere disciplinare*, cit., p. 24.

(80) Ci si riferisce alla tesi di G. Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, cit., p. 236 ss.

(81) G. Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, cit., p. 236.

(82) G. Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, cit., p. 236.

(83) G. Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, cit., p. 237.

(84) G. Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, cit., p. 237.

la volontà dello Stato» (85). Lo stesso non è a dirsi per il potere disciplinare, che invece è sempre, in qualche maniera, «limitato» (86), dato che, al fondo, la «più grave pena disciplinare» non potrà mai consistere nella esecuzione coatta dei comandi, bensì esclusivamente nell'espulsione dal gruppo (87). Tale è il potere di cui è dotato l'ordine professionale nei riguardi del professionista (88).

Ripercorsi i caratteri fondamentali delle posizioni in campo, occorre subito chiarire come, ai nostri fini, non risulti decisivo aderire all'una o all'altra ricostruzione. Interessa, piuttosto, riproporre la conclusione cui si è giunti, ancora recentemente, ragionando a proposito di potere disciplinare (89): tutte le tesi, anche quella civilistica, non negano mai che «il potere disciplinare si concretizza sempre in una pena, in una sanzione afflittiva che ha lo scopo di prevenzione e di dissuasione, al pari delle sanzioni penali» (90). «Ogni teoria», cioè, «riconosce la funzione punitiva insita nel fenomeno disciplinare, ascritto tanto a soggetti pubblici che a soggetti privati» (91). Anche i più critici detrattori delle teorie penalistiche, aderiscano essi alla dottrina civilistica o a quella amministrativistica, mai giungono a negare che un «punto di contatto» (fosse anche solo l'«unico») fra potere disciplinare e potere

(85) G. Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, cit., p. 237.

(86) G. Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, cit., p. 236, osserva che «ogni potere, che non sia potere sovrano, è un potere condizionato e limitato nel tempo. O è soggetto a rinnovazione, ovvero è condizionato dalla volontà di colui che vi è sottoposto».

(87) G. Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, cit., p. 237.

(88) G. Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, cit., p. 237.

(89) Ci si riferisce a S. Stacca, *Il potere disciplinare*, cit., *passim*.

(90) S. Stacca, *Il potere disciplinare*, cit., p. 61. Ugualmente, v. ancora S. Stacca, *L'individuo al cospetto del potere disciplinare*, in «La nuova giuridica: Florence Law Review», 2023, n. 1, pp. 50-51, dove si afferma che «nonostante l'avvicendarsi delle teorie più varie, un elemento della materia non è mai smentito: il potere disciplinare si concretizza sempre in una "pena", in una sanzione afflittiva che ha lo scopo di prevenzione e di dissuasione, al pari delle sanzioni penali».

(91) S. Stacca, *Il potere disciplinare*, cit., p. 13.

punitivo esiste, ossia il «mezzo» di cui entrambi si servono: «la pena» [92].

Se questa «intima essenza afflittiva» [93] esiste, un primo dato può ritenersi acquisito: il potere disciplinare, quale che sia la sua configurazione esteriore, opera, nella sostanza, al pari del potere che si manifesta attraverso la giurisdizione penale [94], e che produce giudicati aventi attitudine a esplicare effetti vincolante al di fuori della giurisdizione penale, in quella civile, ai sensi degli artt. 651 ss. cod. proc. pen. Questa «comunanza», allora, costituisce un primo, superficiale, sostegno all'ipotesi interpretativa proposta.

7. *La natura del procedimento disciplinare forense*. — È chiaro, però, che il dato appena acquisito non è capace, da solo, di reggere alcuna interpretazione analogica. Occorre, allora, in seconda battuta, affrontare un'altra questione, anch'essa decisiva, che inte-

[92] Così S. Romano, *I poteri disciplinari delle pubbliche amministrazioni*, cit., p. 18, principale sostenitore della tesi amministrativistica. In termini identici, v. anche il primo sostenitore della teoria privatistica, P. Laband, *Il diritto pubblico dell'impero germanico*, vol. I, cit., p. 644, per il quale v'è una «grande somiglianza esteriore fra il diritto criminale e il diritto disciplinare, in quanto ambedue si realizzano col mezzo della pena».

[93] S. Stacca, *Il potere disciplinare*, cit., p. 162.

[94] Il carattere afflittivo della potestà disciplinare forense era ulteriormente testimoniato dal disposto dell'art. 17, comma 16, legge prof. for., per cui «non si può pronunciare la cancellazione [dall'albo] quando sia in corso un procedimento disciplinare» (così anche l'art. 57). L'esistenza di questo divieto mostrava che, evidentemente, all'Ordine «interessasse» reprimere l'illecito disciplinare «sempre e comunque», anche se l'avvocato incolpato, avendo manifestato l'intenzione di dismettere l'esercizio della professione, non avrebbe più potuto reiterare illeciti disciplinari. Il divieto *ex* artt. 17, comma 16, e 57 legge prof. for., ad ogni modo, nelle more della pubblicazione dei presenti *Quaderni*, è stato dichiarato incostituzionale da Corte cost., 23 maggio 2025, n. 70, per contrasto con gli artt. 2, 3 e 4 Cost., in forza della considerazione che la costrizione dell'avvocato a permanere iscritto entro l'ordine lede irragionevolmente «diritti e le libertà di rango costituzionale – come la libertà di revocare l'adesione alla compagine professionale, il diritto di fruire di determinate prestazioni previdenziali o assistenziali e la libertà di intraprendere una diversa attività lavorativa – che si esplicano attraverso la fuoriuscita dall'Ordine o che, comunque, la presuppongono».

gra, per così dire, il dibattito ricostruito al paragrafo precedente. Nel dettaglio, occorre interrogarsi sulla «natura» del particolare procedimento disciplinare sotto esame, il procedimento disciplinare forense.

Come noto, il procedimento disciplinare forense si dipana dinanzi a tre autorità decisorie. Una prima fase, necessaria, ha luogo dinanzi al consiglio distrettuale di disciplina (art. 59 ss. legge prof. for.). L'esercizio di poteri di impugnazione ad opera vuoi dell'avvocato destinatario della misura disciplinare, vuoi del consiglio dell'ordine presso cui l'incolpato è iscritto, vuoi del pubblico ministero, poi, dà avvio a due ulteriori ed eventuali fasi del procedimento disciplinare. La prima dinanzi al Consiglio nazionale forense (art. 61 legge prof. for.), la seconda dinanzi alle Sezioni unite della Corte di cassazione (art. 36, comma 6, legge prof. for.).

Ebbene, da anni, ormai, la posizione della giurisprudenza – disciplinare, di legittimità e costituzionale – è chiarissima sulla natura di tale procedimento: la prima fase, dinanzi al consiglio distrettuale, ha natura «amministrativa», la seconda dinanzi al Consiglio nazionale forense ha natura «giurisdizionale» (95). Mai è stata in discussione, invece, la natura giurisdizionale della terza fase, dinanzi alle Sezioni unite della Corte di cassazione.

Questa posizione, costante nelle pronunce della Corte costituzionale (96), si è stabilizzata nella giurisprudenza della Corte di cassazione a partire dall'inizio degli anni Sessanta del secolo scorso (97). Prima di allora, invece, tendenzialmente si sosteneva la

(95) Nella giurisprudenza disciplinare, *ex multis*, v. Cons. naz. for., 5 luglio 2023, n. 135; Cons. naz. for., 27 marzo 2023, n. 57; Cons. naz. for., 22 marzo 2022, n. 19; Cons. naz. for., 22 marzo 2022, n. 16; e Cons. naz. for., 30 novembre 2021, n. 209. Nella giurisprudenza di legittimità, *ex multis*, v. Cass. civ., sez. un., 12 aprile 2024, n. 9949; Cass. civ., sez. un., 17 maggio 2021, n. 13167; e Cass. civ., sez. un., 27 dicembre 2019, n. 34476. Nella giurisprudenza costituzionale, anche se espressamente sulla natura giurisdizionale del Consiglio nazionale forense, ma senza prendere posizione sulla natura amministrativa dei consigli distrettuali, v. Corte cost., 10 luglio 2019, n. 173.

(96) L'osservazione è di G. Orsoni, *L'ordinamento professionale forense*, Padova, 2005, p. 41, nota 25. Fra le pronunce più datate, v. Corte cost., 12 luglio 1967, n. 110.

(97) Con Cass. civ., sez. un., 6 giugno 1960, n. 1481, in «Giurisprudenza

giurisdizionalità tanto della prima fase del procedimento disciplinare (al tempo, dinanzi ai consigli locali), quanto della successiva fase dinanzi al Consiglio nazionale forense [98].

A fronte di un quadro giurisprudenziale così stabilizzato, leggermente più vivace appare il dibattito dottrinale. Secondo alcuni, entrambe le fasi del procedimento disciplinare forense avrebbero natura giurisdizionale [99]. Secondo altri, l'esercizio della potestà disciplinare nei confronti degli avvocati, anche quando di compe-

italiana», 1961, c. 314 ss. Poi, nello stesso senso, Cass. civ., sez. un., 25 ottobre 1960, n. 2893, in «Il foro italiano», 1961, c. 406; e Cass. civ., sez. un., 14 marzo 1961, n. 579, in «Rivista di diritto processuale», 1962, p. 643 ss., annotata da F. Carnelutti, *Illecito disciplinare del professionista*, che infatti all'epoca poteva affermare, con parole non più attuali, che «l'oscillazione della giurisprudenza suprema, ricordata dalle Sezioni Unite in questa pregevole sentenza, intorno al carattere, giurisdizionale o no, delle decisioni dei consigli professionali forensi, non deve meravigliare, perché la questione è davvero una di quelle, che cangiano colore, avrebbe detto D'Annunzio, come le foglie degli ulivi». Per ricostruire la giurisprudenza del tempo, v. A. Pace, *A proposito del procedimento disciplinare davanti ai Consigli degli Ordini degli Avvocati e Procuratori*, cit., pp. 1208-1210.

[98] Lo notano C. Lega, *Osservazioni sulla natura dei Consigli dell'Ordine forense e sulla reiscrizione all'Albo*, cit., c. 397, nota 4; A. Pace, *A proposito del procedimento disciplinare davanti ai Consigli degli Ordini degli Avvocati e Procuratori*, cit., p. 1208, cui si rinvia per i riferimenti giurisprudenziali; e G. Orsoni, *L'ordinamento professionale forense*, cit., p. 41, nota 25.

[99] In questo senso A. Pace, *A proposito del procedimento disciplinare davanti ai Consigli degli Ordini degli Avvocati e Procuratori*, cit., p. 1210; e recentemente G. Scarselli, *L'avvocato e il giusto processo disciplinare*, cit., cc. 1550-1551, per il quale non sarebbe dato comprendere la tesi della doppia natura del procedimento disciplinare (amministrativa per la prima fase e giurisdizionale per la seconda), «visto che lo stesso legislatore trattò i due procedimenti in modo eguale (confronta, infatti, la comune disciplina di cui agli art. 42 ss. r.d. 22 gennaio 1934, n. 37)», «né si vede come un'attività possa trasformarsi da amministrativa in giurisdizionale passando da un grado all'altro, poiché sarebbe un po' come sostenere che le attività dei tribunali sono amministrative mentre quelle delle corti di appello sono giurisdizionali». «Né, ancora, le sanzioni che i consigli dell'ordine applicano [possono] considerarsi "amministrative", poiché incidendo sulla professione, attengono, tutto al contrario, al diritto al lavoro, che è addirittura garantito costituzionalmente».

tenza di autorità giurisdizionali, manterrebbe sempre natura «sostanzialmente amministrativa» (100). La posizione assolutamente maggioritaria, comunque, resta pur sempre a favore della doppia natura, amministrativa dinanzi ai consigli distrettuali di disciplina e giurisdizionale dinanzi al Consiglio nazionale forense (101).

In prima battuta, è utile chiarire senza esitazioni il dato certo di questa discussione: la natura giurisdizionale del procedimento e delle decisioni assunte dal Consiglio nazionale forense, capace di riscuotere simili consensi, non può seriamente essere messa in discussione. Molti sono gli argomenti addotti a sostegno di questo convincimento. Il meno significativo, probabilmente, fa leva sul residuale rinvio, per la disciplina del procedimento, a «norme» e «principi» del codice di procedura civile (art. 37 legge prof. for.) (102), posto che, come è stato chiarito, la complessità del procedimento è compatibile anche con la nozione di procedimento amministrativo contenzioso (103). Né decisivo appare, ugualmente, il richiamo alla partecipazione necessaria del pubblico ministero dinanzi al Consiglio nazionale forense (104), dato che la funzione istituzionale che questi persegue (105) non implica

(100) Così G. Zanobini, *Le sanzioni amministrative*, cit., p. 124, che parla di «cosiddetta amministrazione giudiziaria»; e, se non si fraintende, G. Mor, *Le sanzioni disciplinari ed il principio* nullum crimen sine lege, cit., p. 6.

(101) In questo senso, V. Tenore, *Deontologia e nuovo procedimento disciplinare nelle libere professioni*, Milano, 2012, pp. 61-62; A. Catelani, *Gli ordini e i collegi professionali nel diritto pubblico*, cit., p. 315; G. Orsoni, *L'ordinamento professionale forense*, cit., pp. 41 ss. e 47 ss.; U. Perfetti, *Ordinamento e deontologia forensi*, Padova, 2011, pp. 279-280; R. Danovi, *Il diritto degli altri: storia della deontologia*, Milano, 2022, p. 315 ss.

(102) Cfr. G. Orsoni, *L'ordinamento professionale forense*, cit., p. 51.

(103) V. A. Catelani, *Gli ordini e i collegi professionali nel diritto pubblico*, cit., p. 170, nota 29.

(104) Così, G. Orsoni, *L'ordinamento professionale forense*, cit., p. 50.

(105) Ai sensi dell'art. 69 ord. giud., «il pubblico ministero esercita, sotto la vigilanza del Ministero per la grazia e giustizia, le funzioni che la legge gli attribuisce»; *ex* art. 73 ord. giud. «il pubblico ministero veglia alla osservanza delle leggi, alla pronta e regolare amministrazione della giustizia, alla tutela dei diritti dello Stato, delle persone giuridiche e degli incapaci, richiedendo, nei casi di urgenza, i provvedimenti cautelari che ritiene necessari; promuove la repressione dei reati e l'applicazione delle misure di sicurezza; fa eseguire i

necessariamente il carattere giurisdizionale del procedimento a cui prende parte.

Più risolutivo, invece, sembra l'argomento che fa leva sulla possibilità di ricorrere, avverso i provvedimenti del Consiglio nazionale forense, alle Sezioni unite della Cassazione (106). Difatti, «il ricorso in Cassazione è invece un tipico rimedio previsto contro le sentenze dei giudici speciali che presuppone, pertanto, che le decisioni dei Consigli Nazionali e della Commissione Centrale siano delle vere e proprie sentenze, che acquistano autorità di cosa giudicata» (107). Inoltre, se è vero che il tratto distintivo del potere giurisdizionale consiste nella «terzietà» del giudicante (108), milita nel senso della giurisdizionalità del procedimento dinanzi al Consiglio nazionale l'ulteriore osservazione che nessuna norma attribuisce al Consiglio nazionale il potere di partecipare al giudizio di cassazione (109).

giudicati ed ogni altro provvedimento del giudice, nei casi stabiliti dalla legge. Ha pure azione diretta per fare eseguire ed osservare le leggi d'ordine pubblico e che interessano i diritti dello Stato, e per la tutela dell'ordine corporativo, sempre che tale azione non sia dalla legge ad altri organi attribuita».

(106) È l'opinione di A. Catelani, *Gli ordini e i collegi professionali nel diritto pubblico*, cit., p. 227; e P. Piscione, *Ordini e collegi professionali*, Milano, 1959, p. 129.

(107) A. Catelani, *Gli ordini e i collegi professionali nel diritto pubblico*, cit., p. 228. Si consideri, comunque, la riflessione di C. Consolo, *Del coordinamento fra processo penale e processo civile*, cit., p. 229, nota 4, il quale osserva come il procedimento disciplinare «culmina nella possibilità di ricorso alle sez. un. della Cassazione, ma in termini alquanto peculiari, ovvero in relazione alla tripartizione di vizi tipici dell'illegittimità amministrativa (art. 56, r.d. 27 novembre 1933, n. 1578, e successive modificazioni) e non già per i motivi ordinari di ricorso per cassazione *ex* artt. 360 cod. proc. civ. e 111 Cost.: il dubbio può essere allora quello che si trattasse, almeno in origine, di un procedimento pur sempre amministrativo (…) soggetto ad un controllo giurisdizionale di legittimità amministrativa, peculiarmente previsto (…) avanti alle sez. un. della S.C. anziché davanti al Consiglio di Stato». Rileva l'«incongruenza» del richiamo ai tradizionali vizi dell'atto amministrativo S. Stacca, *Il potere disciplinare*, cit., p. 136.

(108) Basti il riferimento al non superato S. Satta, *Il mistero del processo*, in «Rivista di diritto processuale», 1949, I, p. 286.

(109) Potere che infatti è comunemente negato. Per riferimenti, anche giu-

Al netto degli argomenti riportati, comunque, questa conclusione è imposta dal tenore letterale della nuova legge professionale forense (l. n. 247 del 2012), che rende superflua qualsiasi riflessione aggiuntiva: l'art. 35 parla di «funzione giurisdizionale» del Consiglio nazionale forense; l'art. 36 è rubricato «competenza giurisdizionale» del Consiglio nazionale forense; l'art. 37, comma 2, parla di «procedimenti giurisdizionali» dinanzi al Consiglio nazionale forense; e l'art. 37, comma 4, in negativo, discorre di ulteriori «attività non giurisdizionali» del Consiglio nazionale forense. Ancora, i provvedimenti del Consiglio nazionale forense resi su impugnazione di delibere dei consigli distrettuali hanno natura di «sentenza» (art. 37, comma 2) e sono pronunciati «in nome del popolo italiano» (art. 65 r.d. n. 37 del 1934).

Ribadendo approdi attualmente pacifici nel dibattito dottrinale e giurisprudenziale, allora, può concludersi che il Consiglio nazionale forense costituisce una giurisdizione «speciale» del nostro ordinamento; una giurisdizione «domestica», perché «il giudice e le parti appartengono ad un unico complesso associativo» ([110]); una giurisdizione non statale ([111]), essendo radicata entro l'ordine forense, eppure, e a pieno titolo, una giurisdizione della Repubblica (come specificato, il Consiglio nazionale forense pronuncia «in nome del popolo italiano») ([112]).

risprudenziali, v. A. CATELANI, *Gli ordini e i collegi professionali*, cit., p. 227, nota 6.

[110] M.S. GIANNINI, *La giustizia amministrativa*, Città di Castello, 1964, p. 217.

[111] Ma v. R. DANOVI, *Il diritto degli altri*, cit., p. 317, per il quale il Consiglio nazionale forense «esercita un potere dello Stato».

[112] Parrebbe, cioè, per utilizzare parole di N. JAEGER, *La ripartizione dei poteri giurisdizionali in uno stato federale ed il concetto di giurisdizione indiretta (autocrinia)*, in *Studi in onore di Enrico Redenti*, vol. I, a cura di F. Carnelutti, M.T. Zanzucchi, P. Calamandrei, A. Segni e T. Carnacini, Milano, 1951, p. 561, un fenomeno di «autocrinia», fenomeno che si realizza ogni qual volta il «potere di emettere provvedimenti giurisdizionali [è] riconosciuto ad organi propri della istituzione, ma istituiti per l'esercizio di funzioni diverse da quelle giurisdizionali». Il Consiglio nazionale forense, che appartiene insieme agli ordini circondariali all'«ordine forense» (art. 24, comma 2, legge prof. for.), infatti, è un «ente pubblico non economico a carattere associativo» (art. 24, comma 3,

A proposito della natura della prima fase del procedimento disciplinare, in realtà, la questione è più incerta. L'affermazione della sua essenza amministrativa, come anticipato, è pressoché pacifica. Nondimeno, si tratta di una conclusione maturata, nel dibattito scientifico, prima dell'entrata in vigore della attuale legge professionale forense del 2012, nell'ambito di un procedimento disciplinare che vedeva la prima fase svolgersi dinanzi ai consigli dell'ordine locali, i quali, peraltro, erano parte (come oggi, del resto) nel procedimento dinanzi al Consiglio nazionale forense e potevano impugnare le sue decisioni dinanzi alla Corte di cassazione.

In quel contesto, la natura amministrativa dei consigli locali si palesava con chiarezza proprio nella capacità dell'ordine locale di «difendere», nelle successive fasi, la propria decisione, il che confligge con la più elementare accezione di «terzietà» del giudice (art. 111 Cost.). Oggi, l'attribuzione del potere disciplinare al consiglio distrettuale di disciplina, la sua chiara separazione organica dai consigli locali e l'attribuzione del potere di impugnazione dei provvedimenti del consiglio distrettuale ai consigli locali potrebbe far dubitare dell'attualità di una simile conclusione. V'è un «indizio», tuttavia, capace di dissipare i dubbi: l'art. 102, comma 2, Cost. vieta l'istituzione di nuovi «giudici speciali» e il consiglio distrettuale è organismo introdotto per la prima volta con la l. n. 247 del 2012. Visti gli evidenti sforzi compiuti dal legislatore del 2012 nell'evitare di alterare la struttura e il procedimento dinanzi al Consiglio nazionale forense, proprio per scongiurare l'eventualità che la riforma dell'ordinamento professionale potesse essere giudicata incostituzionale per violazione del divieto di costituzione di «nuovi» giudici speciali (art. 102, comma 2, Cost.), appare inverosimile che il medesimo legislatore abbia, tuttavia,

legge prof. for.), perciò soggettivamente appartenente alla pubblica amministrazione. Sulla natura e sulla storia del Consiglio nazionale forense, v. G. Scarselli, *Sul ruolo e la funzione del Consiglio nazionale forense*, in «Foro italiano», 2010, V, c. 37 ss.; in generale, sulla natura giuridica degli ordini professionali, v. L. Ferrara, *Note critiche sulla natura giuridica degli ordini professionali*, in «Diritto amministrativo», 2011, p. 361 ss., dove si svolgono riflessioni critiche sulla tradizionale qualificazione pubblicistica di essi.

inteso istituire, allo stesso tempo, un nuovo giudice in maniera così plateale [113].

Concludendo: la potestà disciplinare si esplica, nella prima fase dinanzi ai consigli distrettuali di disciplina, secondo moduli amministrativi; nondimeno, l'esercizio dei poteri di impugnazione concessi all'incolpato, al pubblico ministero e ai consigli locali dà avvio a una fase giurisdizionale dinanzi al Consiglio nazionale, che può essere seguita da un ulteriore giudizio, di identica natura, dinanzi alle Sezioni unite della Cassazione. Ecco allora collocato un secondo tassello a sostegno dell'ipotesi interpretativa che si intende verificare: non solo la potestà disciplinare condivide con quella punitiva-penale una «intima essenza afflittiva» [114], ma, dinanzi al Consiglio nazionale forense e alla Corte di cassazione, si esplica, al pari di essa, nelle forme di una attività schiettamente giurisdizionale.

8. *Esiste un «giudicato disciplinare»?* — Ulteriore presupposto indefettibile perché possa darsi credito all'interpretazione analogica degli artt. 651 ss. cod. proc. pen. è che anche in relazione al provvedimento disciplinare possa parlarsi di «giudicato», di decisione irretrattabile. Senza tale qualità, è arduo immaginare di estendere agli accertamenti compiuti in sede disciplinare il regime predisposto dal codice di procedura penale con riguardo al valore extra-penale degli accertamenti contenuti, per l'appunto, nel «giudicato» penale.

Il primo rilievo da compiere è che sulla compatibilità fra istituto della cosa giudicata e procedimento disciplinare non sono state spese molte parole. Comunque, nell'alveo della dottrina francese

[113] Cfr. R. Danovi, *Il diritto degli altri*, cit., p. 318, dove si afferma che «la nuova legge professionale forense ha fatto in modo di conservare al Consiglio nazionale forense le prerogative esistenti, richiamando pedissequamente le vecchie norme contenute nella legge del 1933 e nel regolamento del 1934. Ciò in più luoghi (artt. 34-37 legge prof. for.), volti a ribadire che non si tratta di una giurisdizione speciale oggi costituita (come tale radicalmente illegittima e incostituzionale), ma dello stesso organo giurisdizionale legittimamente istituito e riconosciuto».

[114] S. Stacca, *Il potere disciplinare*, cit., p. 162.

di due secoli fa, sono emerse due vedute, una antitetica all'altra. Alcuni hanno negato con nettezza che il principio del *ne bis in idem* valesse in relazione alle decisioni disciplinari. Il diritto disciplinare, si è detto, «non ammette l'eccezione di *chose jugée* (…) in conseguenza dello scopo stesso che vuole raggiungere» (115). «La missione della disciplina», infatti, «è quella di reprimere gli errori che hanno minato l'onestà professionale e lo scopo della repressione è quello di restituire al pubblico la fiducia perduta» (116). Così, se viene emesso un primo provvedimento disciplinare, e «la colpa resta segreta», ma successivamente «lo scandalo diventa pubblico», è fondamentale che gli organi disciplinari possano emettere un nuovo provvedimento sanzionatorio, in modo da ristabilire con l'opinione pubblica un rapporto di fiducia nell'ordine professionale (117). Allo stesso modo, se, dopo un provvedimento assolutorio per insufficienza di prove, vengono rinvenute ulteriori prove capaci di dimostrare la colpevolezza dell'assolto, è necessario che possa svolgersi un nuovo procedimento disciplinare (118). All'estremo opposto di questa visione, si colloca la posizione di quanti, invece, qualificano come «principio generale» il divieto di *bis in idem*, negando così che possano svolgersi due giudizi disciplinari «sullo stesso fatto» (119).

La giurisprudenza disciplinare e di legittimità, dal canto suo, ha da sempre ammesso l'operatività dell'autorità di cosa giudicata in relazione ai provvedimenti disciplinari, *sub specie* di divieto di *bis in idem* (120). Così, già nei primi anni Sessanta, le Sezioni unite potevano affermare che l'azione disciplinare è «consumata

(115) H. Nézard, *Les principes généraux du droit disciplinaire*, cit., p. 383.

(116) H. Nézard, *Les principes généraux du droit disciplinaire*, cit., p. 386.

(117) H. Nézard, *Les principes généraux du droit disciplinaire*, cit., p. 386.

(118) H. Nézard, *Les principes généraux du droit disciplinaire*, cit., p. 387.

(119) Così G. Duchaine, E. Picard**,** *Manuel pratique de la profession d'avocat en Belgique*, Paris-Bruxelles, 1869, pp. 172-173.

(120) *Ex multis*, per la giurisprudenza di legittimità, v. Cass. civ., sez. un., 4 febbraio 2020, n. 2506; e, nella giurisprudenza disciplinare, Cons. naz. for., 26 febbraio 2024, n. 36; Cons. naz. for., 26 febbraio 2024, n. 28; Cons. naz. for., 5 dicembre 2023, n. 290; e Cons. naz. for., 18 aprile 2019, n. 13; indirettamente ribadito anche in Cons. naz. for., 27 marzo 2024, n. 102.

dal giudicato», che «accerti o neghi l'esistenza degli addebiti o la responsabilità disciplinare» (121), o ancora che le decisioni disciplinari hanno «efficacia di giudicato, che fa stato in ordine ai fatti (…) accertati ed alla valutazione compiutane ai fini disciplinari» (122). Peraltro, se queste conclusioni appaiono costanti in relazione ai provvedimenti emessi dal Consiglio nazionale forense, oscillazioni si registravano con riguardo alla stabilità dei provvedimenti emessi dai consigli locali, sicché non è così sicuro se possa parlarsi di cosa giudicata in relazione alle decisioni emesse, oggi, dai consigli distrettuali di disciplina (123).

Questo il quadro.

Tenendo a margine, per il momento, la nozione tecnica di «cosa giudicata», credo possa risultare utile all'indagine limitarsi, dapprima, a raccogliere i dati a basso tasso di opinabilità. La prima osservazione, allora, è questa: nessuna disposizione della legge professionale forense fa riferimento esplicito alla nozione di «giudicato», o di «cosa giudicata». Compare, invece, l'espressione «provvedimento definitivo» (art. 55 legge prof. for.).

D'altro canto, il citato art. 55 («Riapertura del procedimento») stabilisce che il procedimento disciplinare, concluso con «provvedimento definitivo», deve essere riaperto: «a) se è stata inflitta una

(121) Così, in relazione a una decisione del consiglio dell'ordine dei medici, Cass. civ., sez. un., 14 marzo 1961, n. 579, in «Rivista di diritto processuale», 1962, p. 643 ss., con nota di F. Carnelutti, *Illecito disciplinare del professionista*.

(122) Cass. civ., sez. un., 30 settembre 1968, n. 3021, in «Giurisprudenza italiana», 1970, p. 397 ss., con nota di C. Lega, *Osservazioni sulla natura dei Consigli dell'Ordine forense e sulla reiscrizione all'Albo.*

(123) Per l'operatività dell'istituto della cosa giudicata, v. Cass. civ., sez. un., 30 settembre 1968, n. 3021, cit.; *contra*, Cass. civ., sez. un., 23 aprile 2021, n. 10852, secondo cui il *ne bis in idem* sarebbe un «principio di ordine pubblico processuale», «non "esportabile" nei procedimenti amministrativi» in quanto «ontologicamente diversi». Il principio è enunciato, anche se in *obiter dictum* e *ad abundantiam*, proprio con riguardo a due procedimenti disciplinari relativi al medesimo contegno dell'avvocato. Più spesso, la stessa massima compare per affermare che se determinati fatti sono già stati sanzionati penalmente, ciò non impedisce l'irrogazione di una successiva sanzione disciplinare (in questo senso vi ricorre, ad esempio, Cons. naz. for., 27 marzo 2024, n. 108).

sanzione disciplinare e, per gli stessi fatti, l'autorità giudiziaria ha emesso sentenza di assoluzione perché il fatto non sussiste o perché l'incolpato non lo ha commesso. In tale caso il procedimento è riaperto e deve essere pronunciato il proscioglimento anche in sede disciplinare»; e «b) se è stato pronunciato il proscioglimento e l'autorità giudiziaria ha emesso sentenza di condanna per reato non colposo fondata su fatti rilevanti per l'accertamento della responsabilità disciplinare, che non sono stati valutati dal consiglio distrettuale di disciplina. In tale caso i nuovi fatti sono liberamente valutati nel procedimento disciplinare riaperto».

Ora, se non esistesse una qualche forma di «stabilità» del provvedimento disciplinare, è chiaro che una norma di questo tipo non avrebbe ragione d'esistere. O, meglio, si tratterebbe di una disposizione del tutto superflua, atteso che il potere di riaprire il procedimento discenderebbe *ex se* dalla precarietà del provvedimento disciplinare. Questa disposizione, allora, rivela l'esistenza di un principio di «stabilità» del provvedimento disciplinare, indipendentemente dalla fase in cui sia stato adottato (l'art. 55 legge prof. for., infatti, si riferisce indistintamente ai provvedimenti disciplinari, siano stati adottati dai consigli distrettuali o dal nazionale forense). L'esercizio della potestà disciplinare, cioè, avvenga in sede amministrativa o giurisdizionale, soggiace in linea tendenziale al divieto di *bis in idem*.

Se questo divieto di *bis in idem*, poi, dimostri l'esistenza di un livello di stabilità che possa definirsi «regiudicata», è ben altra questione, di risoluzione nient'affatto immediata. In particolare, per offrire una risposta all'interrogativo, debbono essere richiamate le conclusioni raggiunte nel precedente paragrafo in merito alla natura del procedimento disciplinare.

Ora, appurato che la seconda fase del procedimento, dinanzi al Consiglio nazionale forense, ha natura giurisdizionale, niente osta a riconoscere in codesto divieto di *bis in idem* nient'altro che una autentica «cosa giudicata disciplinare». In questo senso, del resto, si muove la costante giurisprudenza di legittimità e disciplinare (124).

(124) Almeno con riguardo alle decisioni del Consiglio nazionale forense: v. *supra*, nota 120.

Maggiori problemi pone, invece, la prima fase amministrativa del procedimento disciplinare, dinanzi ai consigli distrettuali di disciplina. Scorgere nel divieto di *bis in idem* una vera e propria regiudicata, infatti, sconta due obiezioni teoriche non agilmente superabili. La prima obiezione è che costituisce affermazione quantomeno «eterodossa» il riconoscimento di una autorità di cosa giudicata a un provvedimento amministrativo, non giurisdizionale ([125]). Il tema è stato ancora recentemente affrontato in dottrina, eppure, anche quando una simile efficacia sia stata riconosciuta, l'affermazione è stata limitata a casi ben puntuali, in cui la particolare vincolatività del provvedimento amministrativo è espressamente contemplata dalla legge ([126]).

La seconda obiezione attiene alla circostanza che la giurisprudenza disciplinare da anni propugna, proprio in ragione della natura amministrativa della prima fase del procedimento disciplinare, l'applicabilità ad essa di alcuni principi della legge sul procedimento amministrativo. Fra questi, nello specifico, si riconosce ai consigli distrettuali di disciplina il potere di revocare in autotutela i provvedimenti disciplinari adottati (art. 21-*quinquies* l. n. 241 del 1990) ([127]). Il riconoscimento di un simile potere sem-

([125]) Sul tema, v. A.A. ROMANO, *L'attuazione delle regole di concorrenza fra* private *e* public enforcement*: contro il vincolo del giudice civile alle decisioni delle autorità indipendenti*, in «Il giusto processo civile», 2022, pp. 679-680, in particolare note 40 e 41.

([126]) Il riferimento è alla vincolatività, in sede civile, riconosciuta, entro precisi limiti, dall'art. 7, comma 1, d.lgs. n. 3 del 2017, alle decisioni, non più impugnabili dinanzi al giudice amministrativo, emesse dall'autorità garante della concorrenza: per il riconoscimento di una autentica autorità di cosa giudicata sostanziale al provvedimento dell'autorità antitrust, v. ancora A.A. ROMANO, *L'attuazione delle regole di concorrenza fra* private *e* public enforcement, cit., p. 677 ss.

([127]) Cons. naz. for., 27 marzo 2024, n. 102, dove si afferma: «quanto alla legittimità dell'esercizio del potere di autotutela nel procedimento disciplinare, andrà ribadita *a fortiori* la giurisprudenza che ammette la possibilità di revoca in autotutela del provvedimento impugnato (nella specie: sospensione cautelare), così come statuito dal Consiglio nazionale forense nella sentenza n. 53 del 13 maggio 2022. D'altra parte, anche la giurisprudenza amministrativa, là dove competente, non esclude in radice l'esercizio dello *ius poenitendi*

bra francamente inconciliabile con la stabilità propria della cosa giudicata, che consiste (anche) nella «non (ulteriore) modificabilità del provvedimento giurisdizionale (…) ad opera del giudice che lo ha pronunciato» (128).

Prima di tirare le fila del ragionamento, merita di essere ripreso nuovamente l'argomento sviluppato dalla dottrina francese per cui lo scopo del procedimento disciplinare, consistente nella necessità di ristabilire la «pubblica fiducia» in ordine alla categoria professionale, osterebbe al riconoscimento ai provvedimenti disciplinari di una autorità di giudicato, perché dovrebbe sempre riconoscersi al consiglio professionale la facoltà di sanzionare *bis in idem* il professionista quando il pubblico scandalo suggerisse un inasprimento della punizione. Il tema meriterebbe ben altri approfondimenti. Nondimeno, ricorrendo alla chiave di lettura recentemente proposta, per cui lo statuto della potestà disciplinare costituisce «punto d'emersione» privilegiato della polarità fra tutela della «persona» e protezione degli interessi della «comunità» (129), non sembra azzardato osservare come, nell'ambito di un sistema costituzionale di marca personalistica (art. 2 Cost.) (130), la radicale negazione del

dell'organo disciplinare, ma, semmai, lo assoggetta a condizioni molto penetranti in termini di oneri motivazionali, pienamente assolti dal provvedimento in parola (cfr. Cons. Stato n. 516/2010 – relativa all'esercizio del potere di autotutela nel procedimento disciplinare a carico di appartenenti alle Forze dell'Ordine)».

(128) È la definizione di «giudicato formale» di S. Menchini, *Regiudicata civile*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile*, vol. XVI, Torino, 1997, p. 408. Peraltro, l'esistenza di tale potere non appare invece incompatibile col più generico divieto di *bis in idem*, che, come si osserverà nel prosieguo, informa comunque il regime di stabilità dei provvedimenti disciplinari emessi dai consigli distrettuali di disciplina. Così, in termini generali, A. Chizzini, *La revoca dei provvedimenti di volontaria giurisdizione*, Padova, 1994, p. 66, per il quale «il *ne bis in idem* non serve a escludere che il soggetto che ha posto in essere l'atto abbia il potere di annullarlo o solo disapplicarlo, se si constati che l'atto emanato sia invalido».

(129) È questa la prospettiva che guida il lavoro di S. Stacca, *Il potere disciplinare*, cit., *passim*, ancora ripercorsa in Id., *L'individuo al cospetto del potere disciplinare*, cit., p. 49 ss.

(130) Sulle relazioni fra art. 2 Cost. e «statuto» del potere disciplinare, v. ancora S. Stacca, *Il potere disciplinare*, cit., p. 166 ss.

ne bis in idem integri una compressione insostenibile dei diritti del singolo a (eccessivo) beneficio della comunità [131].

Per concludere: tutti i provvedimenti disciplinari, quale che sia la fase in cui vengono adottati, sono dotati di un certo grado di stabilità, che impedisce di giudicare *bis in idem* [132]; vero «giudicato disciplinare», tuttavia, è solo il *decisum* adottato in sede giurisdizionale, ad opera del Consiglio nazionale forense o della Cassazione, non anche il provvedimento adottato in sede amministrativa, da parte del consiglio distrettuale di disciplina. Solo in relazione al primo, quindi, è astrattamente immaginabile l'interpretazione analogica prospettata.

9. *L'attitudine del procedimento disciplinare ad assicurare la «verità materiale».* — Se può condividersi che la potestà disciplinare ha una essenza afflittiva analoga a quella punitiva di marca penalistica, che la fase del procedimento disciplinare che si svolge dinanzi al Consiglio nazionale forense ha natura giurisdizionale e che il provvedimento emanato a fine di quest'ultima porzione del procedimento disciplinare consiste in un autentico giudicato, resta ancora un profilo, decisivo, da approfondire per valutare la sostenibilità dell'interpretazione proposta, cioè l'attitudine del procedimento disciplinare ad assicurare un accertamento della «verità materiale» di fattura quantomeno comparabile a quello che si forma all'interno del procedimento penale.

È necessario partire dall'esame delle norme relative all'istrut-

[131] Sempre S. STACCA, *L'individuo al cospetto del potere disciplinare*, cit., p. 50, esprime un giudizio di complessiva «inadeguatezza della disciplina del sistema sanzionatorio disciplinare rispetto ai valori personalisti sanciti dall'ordinamento costituzionale».

[132] A proposito della stabilità dei provvedimenti disciplinari emessi in sede amministrativa dai consigli distrettuali di disciplina, può riproporsi la conclusione cui perviene A. CHIZZINI, *La revoca dei provvedimenti di volontaria giurisdizione*, cit., p. 68, per cui «anche quando non c'è giudicato materiale, è possibile escludere mediante il *ne bis in idem* che un secondo provvedimento venga a pronunciare sulla medesima situazione sostanziale già oggetto di precedente valutazione».

toria nel giudizio disciplinare, e poi approfondire gli orientamenti giurisprudenziali che si sono sedimentati su di esse.

Quanto alla fase amministrativa del procedimento disciplinare, è espressamente previsto che si svolga dapprima una «istruttoria pre-procedimentale» (art. 58 legge prof. for.). Durante questa fase, il consigliere istruttore provvede genericamente «a ogni accertamento di natura istruttoria» funzionale a decidere se proporre al consiglio distrettuale di approvare il capo di incolpazione o disporre l'archiviazione. Nel caso in cui il consigliere istruttore optasse per la prima ipotesi e il consiglio approvasse il capo di incolpazione, l'incolpato e il pubblico ministero vengono avvertiti con raccomandata, tramite una comunicazione che contiene, fra le altre cose, l'indicazione degli addebiti elevati e l'avviso che l'incolpato, nel termine di venti giorni dal ricevimento della stessa, ha diritto di accedere ai documenti contenuti nel fascicolo, prendendone visione ed estraendone copia integrale, e ha facoltà di depositare memorie, documenti e di comparire avanti al consigliere istruttore, con l'assistenza del difensore eventualmente nominato, per essere sentito ed esporre le proprie difese (art. 59 legge prof. for.).

Compiuti gli atti difensivi, il consigliere istruttore potrà chiedere al consiglio distrettuale di disporre la citazione a giudizio dell'incolpato. In questa evenienza, il consiglio provvede a citare l'incolpato, con ulteriore comunicazione portata a sua conoscenza (e a conoscenza del pubblico ministero), «a mezzo dell'ufficiale giudiziario» (art. 59 legge prof. for.). Nella citazione a giudizio, fra le altre cose, l'incolpato è avvisato del diritto «di produrre documenti e di indicare testimoni, con l'enunciazione sommaria delle circostanze sulle quali essi dovranno essere sentiti», e sono elencati i «testimoni che il consiglio distrettuale di disciplina intende ascoltare» (art. 59 legge prof. for.). Segue allora il «dibattimento», al quale «ha facoltà di partecipare» il pubblico ministero e nel corso del quale «l'incolpato ha diritto di produrre documenti, di interrogare o far interrogare testimoni, di rendere dichiarazioni e, ove lo chieda o vi acconsenta, di sottoporsi all'esame del consiglio distrettuale di disciplina». Inoltre, «l'incolpato ha diritto ad avere la parola per ultimo» (art. 59). «Nel dibattimento il consiglio di-

strettuale di disciplina acquisisce i documenti prodotti dall'incolpato; provvede all'esame dei testimoni e, subito dopo, all'esame dell'incolpato che ne ha fatto richiesta o che vi ha acconsentito; procede, d'ufficio o su istanza di parte, all'ammissione e all'acquisizione di ogni eventuale ulteriore prova necessaria o utile per l'accertamento dei fatti».

Chiuso il dibattimento, la decisione verrà assunta sulla base delle «dichiarazioni» e dei «documenti provenienti dall'incolpato», nonché degli «atti formati e i documenti acquisiti nel corso della fase istruttoria e del dibattimento». «Gli esposti e le segnalazioni inerenti alla notizia di illecito disciplinare e i verbali di dichiarazioni testimoniali redatti nel corso dell'istruttoria, che non sono stati confermati per qualsiasi motivo in dibattimento, sono utilizzabili per la decisione, ove la persona dalla quale provengono sia stata citata per il dibattimento». Come clausola di chiusura, è stabilito che, per quanto non specificamente disciplinato, si applicano, se compatibili, «le norme del codice di procedura penale».

Sull'istruttoria dinanzi al Consiglio nazionale forense le norme sono più scarne. Si sa solo che vi partecipa, ancora una volta, il pubblico ministero, facoltativamente o necessariamente se il ricorso è da lui proposto o concerne un provvedimento di radiazione (art. 62 r.d. n. 37/1934). Le parti, incluso il pubblico ministero, hanno facoltà di prendere visione degli atti, di proporre deduzioni e di esibire documenti (art. 61 r.d. n. 37/1934). Durante la discussione, il Consiglio nazionale forense, «su richiesta delle parti o di ufficio», procede «a tutte le ulteriori indagini ritenute necessarie per l'accertamento dei fatti» (art. 63 r.d. n. 37/1934). In via residuale, «se necessario», trovano applicazione «le norme ed i principi del codice di procedura civile» (art. 37 legge prof. for.).

Prima di dar conto degli ulteriori principi relativi all'istruttoria fissati dalla giurisprudenza disciplinare, è bene mettere in risalto un dato, che si ricava abbastanza agilmente dal combinato delle norme sull'istruttoria nella prima e nella seconda fase. Ebbene, se sono utilizzabili come «prova» durante la prima fase del procedimento disciplinare le dichiarazioni dell'incolpato, è logico che queste mantengano il medesimo valore anche nella seconda fase dinanzi al Consiglio nazionale forense, benché astrattamente «le

norme ed i principi del codice di procedura civile» conferiscano a simili dichiarazioni valore di mero «argomento di prova» (art. 116, comma, 2, cod. proc. civ.).

Quel che si intende far notare, cioè, è che, posto il diverso valore che talvolta assumono i medesimi mezzi di prova nel processo penale (alle cui regole si richiama residualmente la prima fase del procedimento disciplinare) e nel processo civile (alle cui regole si richiama residualmente la seconda fase del procedimento disciplinare), sembra una lettura necessitata quella di ricostruire il valore probatorio dei mezzi di prova assunti dinanzi al Consiglio nazionale forense secondo quanto stabilito dal codice di procedura penale. Diversamente, non si vedrebbe perché attribuire un certo rilievo probatorio a taluni elementi nella fase amministrativa del procedimento disciplinare (ad esempio, le dichiarazioni dell'incolpato), se poi questo può essere legittimamente misconosciuto sol impugnando la decisione dinanzi al Consiglio nazionale forense.

È possibile ora dar conto dei principi ulteriormente fissati dalla giurisprudenza, che consentono di completare il quadro. Anzitutto, l'accertamento della responsabilità disciplinare deve essere provato «al di là di ogni ragionevole dubbio», avendo il procedimento disciplinare «natura accusatoria» [133]. Non vale, quindi, neppure dinanzi al Consiglio nazionale forense, la regola di giudizio civilistica fondata sul «più probabile che non».

Poi, non opera, difronte al Consiglio nazionale forense, l'art. 345 cod. proc. civ., laddove pone il divieto di nuove prove in appello, sicché «il Consiglio nazionale forense ha la facoltà di disporre, su richiesta delle parti o di ufficio, l'assunzione di nuovi mezzi di prova ove lo ritenga necessario ai fini dell'accertamento dei fatti», «similmente a quanto avviene nel giudizio penale (artt. 507 e 603 cod. proc. pen.)» [134]. L'art. 63 del r.d. n. 37 del 1934, infatti, attribuendo al Consiglio nazionale forense finanche il po-

[133] Cons. naz. for., 18 aprile 2024, n. 131; Cons. naz. for., 25 marzo 2023, n. 43; Cons. naz. for., 22 marzo 2022, n. 22; e Cons. naz. for., 1° dicembre 2017, n. 202.

[134] Cons. naz. for., 25 ottobre 2023, n. 218.

tere di assumere d'ufficio mezzi di prova d'ufficio, lo dota «di un utile strumento per fronteggiare eventuali situazioni di incompletezza istruttoria, al fine di garantire il fine ultimo dell'accertamento dei fatti» (135).

Ancora, non opera nel procedimento disciplinare, e quindi neppure difronte al Consiglio nazionale forense, il principio di non contestazione *ex* art. 115 cod. proc. civ., «atteso che la responsabilità dell'incolpato non consegue dalla sua mancata e specifica contestazione, bensì dall'esaustiva prova della circostanza stessa» (136). Poi, «nel procedimento disciplinare [e quindi anche dinanzi al Consiglio nazionale forense] le prove valutabili, ai fini della decisione, possono essere costituite anche dalle dichiarazioni, dalle ammissioni e dai documenti provenienti dall'incolpato, oltre che dagli atti formati e i documenti acquisiti nel corso della fase istruttoria e dibattimentale» (137). Esce quindi confermata l'interpretazione prospettata più sopra, per cui il valore «di riferimento» delle risultanze probatorie è quello fissato dalle norme del codice di procedura penale, non del codice di procedura civile, anche nella fase giurisdizionale dinanzi al Consiglio nazionale forense.

Infine, in termini più generali a proposito dell'oggetto della cognizione devoluta al Consiglio nazionale forense, si è stabilito che, «stante la natura amministrativa del procedimento dinanzi al Consiglio dell'ordine e del provvedimento sanzionatorio che lo conclude, è solo con il ricorso avverso tale provvedimento dinanzi al Consiglio nazionale forense che si instaura per la prima volta un procedimento giurisdizionale che investe il giudice disciplinare del potere di conoscere ogni aspetto della vicenda in contestazione» (138).

Con le informazioni riportate sino a questo punto, è possibile tracciare un generale bilancio in merito all'interrogativo col quale abbiamo avviato il paragrafo. Ponendo l'attenzione sull'istruttoria giurisdizionale dinanzi al Consiglio nazionale forense, emerge che,

(135) Cons. naz. for., 7 marzo 2023, n. 22.
(136) Cons. naz. for., 13 maggio 2022, n. 61.
(137) Cons. distr. disc. Napoli, 29 giugno 2022, n. 78.
(138) Cass. civ., sez. un., 27 dicembre 2019, n. 34476.

dinanzi a un quadro normativo piuttosto sommario e contraddistinto dal residuale rinvio alle norme e ai principi del codice di procedura civile, la giurisprudenza disciplinare mostra di fare un uso piuttosto parco di questi ultimi, ritenendo, evidentemente, che in tema di istruttoria e regole di giudizio questi non superino il vaglio di compatibilità coi principi regolatori la materia della responsabilità disciplinare. Da ciò, l'accertamento della colpevolezza secondo lo standard dell'«al di là di ogni ragionevole dubbio», la non operatività del principio di non contestazione (art. 115 cod. proc. civ.), l'attribuzione di pieno valore probatorio alle dichiarazioni dell'incolpato e la disapplicazione dell'art. 345 cod. proc. civ.

Se a tali affermazioni si aggiunge, poi, sempre in relazione alla fase giurisdizionale dinanzi al Consiglio nazionale forense, la partecipazione del pubblico ministero, con pieni poteri istruttori (art. 61 r.d. n. 37/1934), obbligatoria ogni volta che questi abbia impugnato o il provvedimento disponga la radiazione dall'albo, e comunque sempre possibile in via facoltativa (art. 62 r.d. n. 37/1934), sembra che vi siano buone ragioni per riconoscere – sia chiaro: non in termini assoluti, come preciseremo più avanti – l'attitudine del procedimento disciplinare ad assicurare un accertamento della «verità materiale» di fattura quantomeno comparabile a quello che si forma all'interno del procedimento penale.

Se si unisce questa conclusione a quelle dei paragrafi precedenti, paiono allora allinearsi i principali argomenti a sostegno dell'interpretazione analogica prospettata, e sembra che si apra uno spazio per una efficacia ultra-disciplinare, in sede civile, del giudicato disciplinare. La sua essenza punitiva, la natura giurisdizionale del provvedimento che pone termine alla seconda fase del procedimento disciplinare, l'esistenza di un autentico giudicato disciplinare, l'applicazione all'istruttoria giurisdizional-disciplinare dinanzi al Consiglio nazionale forense delle regole di giudizio tipiche del processo penale, infine la partecipazione necessaria del pubblico ministero costituiscono un buon basamento a sostegno dell'applicazione al «giudicato disciplinare» degli artt. 651 ss. cod. proc. pen. ([139]).

([139]) Né l'applicazione analogica dell'art. 651 cod. proc. pen. al giudica-

10. *Limiti all'efficacia ultra-disciplinare del giudicato disciplinare.* — La proposta di una efficacia ultra-disciplinare del giudicato disciplinare, peraltro, deve essere delimitata con estrema chiarezza, in ragione delle peculiarità del procedimento disciplinare forense. Questa operazione consentirà di puntellare ulteriormente l'interpretazione avanzata.

In primo luogo, la vincolatività in sede civile degli accertamenti compiuti in sede disciplinare origina esclusivamente da «giudicati disciplinari», ossia da provvedimenti assunti in fase giurisdizionale (dal Consiglio nazionale forense o dalle Sezioni unite della Corte di cassazione). Come già anticipato, questa conclusione è imposta dal fatto che in tanto è possibile ricorrere all'analogia con gli artt. 651 ss. cod. proc. pen. relativi all'efficacia ultra-penale del giudicato penale, in quanto anche il provvedimento disciplinare consista in un «giudicato» propriamente detto. Va da sé che i provvedimenti assunti dal consiglio distrettuale di disciplina, che non siano stati impugnati dinanzi al Consiglio nazionale forense, non esplicano alcuna efficacia di accertamento all'interno del processo civile che verta su fatti parzialmente coincidenti.

to disciplinare confligge col residuale rinvio, «se necessario», a «norme» e «principi del codice di procedura civile» (art. 37 legge prof. for.), per quanto concerne la disciplina del giudizio dinanzi al Consiglio nazionale forense. Del resto, se è vero che l'applicazione delle norme e dei principi processualicivilistici trovano applicazione esclusivamente nei limiti della compatibilità, non sembra che tale condizione sia assolta in relazione all'art. 2909 cod. civ., relativo alla cosa giudicata materiale delle sentenze rese in sede civile. Come dimostrato, infatti, oggetto del procedimento disciplinare è l'accertamento dell'esistenza di un illecito disciplinare, entità ben diversa dal «diritto» su cui cala la regiudicata tratteggiata dall'art. 2909 cod. civ.; proprio l'incompatibilità dell'idea civilistica di cosa giudicata (intesa quale *lex specialis*, regola di condotta fra le parti) con l'oggetto del *decisum* disciplinare, allora, tiene aperta la lacuna in ordine alla regolamentazione dell'efficacia ultra-disciplinare del giudicato disciplinare, e consente di ipotizzare la lettura qui avanzata. Piuttosto, l'adozione della regola di giudizio fondata sul criterio dell'«al di là di ogni ragionevole dubbio» suggerisce di guardare allo «statuto» dell'efficacia in sede civile dell'altro giudicato che, nel nostro ordinamento, esita dall'applicazione della medesima regola di giudizio, cioè, appunto, il giudicato penale.

In secondo luogo, la vincolatività in sede civile degli accertamenti realizzati in sede giurisdizional-disciplinare è riconnessa esclusivamente ai giudicati disciplinari condannatori, non a quelli assolutori. Il motivo è presto detto: mentre l'efficacia ultra-penale del giudicato penale di condanna, disposta dall'art. 651 cod. proc. pen., ha sempre modo di esplicarsi nei riguardi del danneggiato che, per gli stessi fatti, agisca civilmente avverso il condannato, posto che si tratta, all'evidenza, di un accertamento favorevole al soggetto che abbia sofferto un danno dai medesimi contegni che integrano un illecito penalistico, lo stesso non è a dirsi in caso di giudicato penale assolutorio (140). L'art. 652 cod. proc. pen., infatti, proprio per tutelare il danneggiato, condiziona il vincolo agli accertamenti realizzati in sede penale – stavolta, «sfavorevoli» a quest'ultimo – alla circostanza che il danneggiato «si sia costituito o sia stato posto in condizione di costituirsi parte civile» (141). Dato che il procedimento discipli-

(140) Sull'art. 651 cod. proc. pen., v. l'analisi di M.G. Civinini, *Sospensione del processo civile per c.d. «pregiudizialità» penale: questioni teoriche e riflessi pratici*, cit., pp. 366-367.

(141) M.A. Zumpano, *Processo civile risarcitorio, cumulo soggettivo e sospensione* ex *art. 75, comma 3°, cod. proc. pen.*, cit., pp. 1706-1707, per descrivere la «diversa estensione soggettiva del giudicato, che emerge raffrontando l'art. 651 (ora anche l'art. 651 bis) da un lato con l'art. 652 dall'altro», parla di «privilegio largito a una sola parte [il danneggiato] di usufruire del giudicato penale *in utilibus* e sfuggire agli effetti di quello *in damnosis*». Sull'art. 652 cod. proc. pen., v. ancora M.G. Civinini, *Sospensione del processo civile per c.d. «pregiudizialità» penale: questioni teoriche e riflessi pratici*, cit., pp. 368-369.

La diversa efficacia, nel processo civile, del giudicato disciplinare condannatorio da quello assolutorio è perfettamente coerente con il rilievo che mentre il giudicato disciplinare condannatorio è il frutto dell'applicazione del criterio dell'«al di là di ogni ragionevole dubbio» (v. *retro* nota 133), cioè di un parametro che include – «nel più sta il meno» – quello civilistico del «più probabile che non», il giudicato disciplinare assolutorio, specularmente, origina dalla mera circostanza che non sia integrato il parametro dell'«al di là di ogni ragionevole dubbio», il che non esclude che possa tuttavia essere integrato l'inferiore standard civilistico del «più probabile che non». In altri termini, dal punto di vista del convincimento del giudice in ordine al modo d'essere del *thema probandum*, mentre il giudicato disciplinare condannatorio implica il

nare «non prevede azioni civili accessorie» (142), non conosce, cioè, l'istituto della costituzione di parte civile, viene a mancare un presupposto indefettibile perché possa trovare applicazione analogica l'art. 652 cod. proc. pen. (143)

Ancora, il giudicato disciplinare di condanna potrà esplicare effetti vincolanti nel giudizio civile *ex* art. 651 cod. proc. pen. solo nella misura in cui il tasso di «verità materiale» dell'istruttoria sia comparabile a quello penale, il che, se non si vede male, ricorre esclusivamente allorché sia prescritta la necessaria partecipazione al procedimento del pubblico ministero. Se si ricorda, ciò vale esclusivamente quando il giudizio dinanzi al Consiglio nazionale forense sia stato avviato su impugnazione del pubblico ministero stesso, o abbia ad oggetto un provvedimento che aveva disposto la radiazione (art. 62 r.d. n. 37/1934). Soltanto i giudicati condannatori assunti dal Consiglio nazionale forense in questi casi, pertanto, sono suscettibili di generare effetti vincolanti in sede civile *ex* art. 651 cod. proc. pen. (144)

Ma i limiti all'interpretazione analogica non finiscono qui.

giudicato civile condannatorio, non necessariamente il giudicato disciplinare assolutorio implica il giudicato civile assolutorio.

(142) H. Nézard, *Les principes généraux du droit disciplinaire*, cit., p. 268.

(143) V. anche Cons. naz. for., 25 giugno 2022, n. 102, dove si afferma che «l'esponente non riveste, nel procedimento disciplinare, la qualità di parte: cfr. al riguardo Cons. naz. for., 29 luglio 2016, n. 266. Nel procedimento disciplinare le parti sono esclusivamente l'incolpato e il pubblico ministero, mentre non lo è l'esponente, che non ha diritto né di essere informato sul corso del procedimento ovvero sul suo esito, né di partecipare allo stesso e/o di essere ascoltato (sicché la mancata sua audizione non determina la violazione del diritto al contraddittorio), ma può semmai parteciparvi in qualità di testimone qualora il Consiglio territoriale lo ritenga necessario e nei limiti di tale necessità». Rileva in capo all'esponente (sovente coincidente col soggetto leso dall'illecito disciplinare) una situazione di «interesse legittimo relativo al potere disciplinare» e, di conseguenza, sembra aperto al riconoscimento di un potere di impugnazione del provvedimento disciplinare viziato dinanzi al giudice amministrativo, M. Renna, *Professioni e procedimenti disciplinari*, in «Jus», 2012, p. 191.

(144) Il requisito in esame non appare rinunciabile. La partecipazione del pubblico ministero al processo penale è chiaramente a base del meccanismo dell'efficacia ultra-penale del giudicato penale (artt. 651 ss. cod. proc. pen.), perché è garanzia di «verità» degli accertamenti istruttori ivi compiuti. Propu-

L'art. 651 cod. proc. pen. attribuisce effetti vincolanti in sede civile al giudicato penale circa la «sussistenza del fatto» e l'«affermazione che l'imputato lo ha commesso» a fronte di una istruttoria realizzata nel «dibattimento», ossia, evidentemente, nel contraddittorio dinanzi all'autorità «giudiziaria» decidente. Trapiantando il senso di questa ulteriore condizione al procedimento disciplinare, allora, sembra necessario tratteggiare un altro limite all'operatività dell'efficacia ultra-disciplinare del giudicato disciplinare: in tanto potrà applicarsi analogicamente l'art. 651 cod. proc. pen., in quanto i fatti accertati in sede disciplinare siano fondati su prove anch'esse formatesi dinanzi all'autorità «giudiziaria» decidente. Con ciò si vuole intendere che gli accertamenti debbono essere radicati o su prove raccolte per la prima volta dinanzi al Consiglio nazionale forense (in questo senso, l'interpretazione per cui dinanzi al Consiglio nazionale forense non opera il limite alle nuove prove fissato dall'art. 345 cod. proc. civ. costituisce un elemento a sostegno della presente lettura) ([145]); oppure su prove già raccolte dinanzi al consiglio distrettuale di disciplina, ma pur sempre «replicate» dinanzi al Consiglio nazionale forense stesso ([146]).

Deve essere fissato, infine, un ulteriore limite all'applicazione dell'art. 651 cod. proc. pen., legato alla necessità di tutelare il di-

gnare una interpretazione analogica delle disposizioni menzionate, allora, non può prescindere dalla presenza di tale organo.

([145]) Ma a limitazione dell'apertura suddetta, v. Cons. naz. for., 10 maggio 2017, n. 53, per cui il Consiglio nazionale forense è «chiamato a celebrare un giudizio che sia pur "non limitato alla verifica della legittimità del provvedimento, bensì esteso anche al merito" consente "di prendere in esame, nella sua interezza, la documentazione prodotta nel corso del procedimento" di prime cure (…) ma non di compiere per la prima volta accertamenti istruttori completamente omessi in precedenza».

([146]) Fermo restando che tale «replicazione», a fini disciplinari, non è affatto necessaria: cfr. Cons. naz. for., 8 aprile 2024, n. 129, per cui «le risultanze probatorie acquisite, pur se formate in un procedimento diverso (ed eventualmente anche tra diverse parti), sono utilizzabili da parte del giudice disciplinare, ferma la libertà di valutarne la rilevanza e la concludenza ai fini del decidere, senza che, tuttavia, si possa negare ad esse pregiudizialmente ogni valore probatorio solo perché non "replicate" e "confermate" in sede disciplinare».

ritto di difesa dei terzi (art. 24 Cost.), che non hanno partecipato al procedimento disciplinare e che rischiano di essere pregiudicati da un accertamento formatosi al di fuori del contraddittorio con essi ([147]). Si pensi al caso che l'avvocato, condannato disciplinarmente per aver trattenuto anche solo colposamente somme di spettanza del proprio cliente, venga poi convenuto dal cliente in sede civile per i danni e la restituzione delle somme.

Ebbene, se l'avvocato chiamasse in garanzia la propria assicurazione professionale e si riconoscesse, nell'esempio, efficacia vincolante all'accertamento, compiuto in sede disciplinare, del fatto storico «trattenimento delle somme», verrebbe pregiudicato il diritto di difesa della compagnia assicuratrice. Questa, infatti, si vedrebbe imposto l'accertamento di un fatto, radicato su un'istruttoria – quella realizzata dinanzi al Consiglio nazionale forense – alla quale, per la chiusura del procedimento disciplinare a interventi di terzi, non ha potuto in nessun modo prender parte.

È chiaro, allora, che, in questo caso, il vincolo promanante dall'art. 651 cod. proc. pen. non può operare, e sul fatto storico già oggetto di accertamento – sulla sua esistenza, sul suo modo d'essere – potrà nuovamente ridiscutersi in sede civile. Né, mi

[147] L'obiezione è influenzata dal dibattito occasionato da Cass. civ., sez. un., 21 maggio 2019, n. 13661, per cui, quando in sede civile sia proposta dal condannato penalmente in primo grado azione di garanzia contro la compagnia assicuratrice, il giudizio civile non deve essere sospeso *ex* art. 75, comma 3, cod. proc. pen., posto che la sospensione presuppone che la sentenza penale abbia attitudine a vincolare tutte le parti del giudizio civile, il che non avviene, tuttavia, proprio per esigenze di tutela del diritto di difesa (art. 24 Cost.), nei riguardi della compagnia assicuratrice. Su questo dibattito, v. M. STELLA, *Cumulo di cause risarcitorie contro più coobbligati solidali e latitudine della sospensione del processo civile per pregiudizialità*, cit., p. 111 ss.; A. BONAFINE, *La sospensione del processo civile per pendenza del processo penale: tra consolidati approdi e recenti applicazioni in tema di cumulo soggettivo*, cit., p. 71 ss.; M.A. ZUMPANO, *Processo civile risarcitorio, cumulo soggettivo e sospensione* ex *art. 75, comma 3°, cod. proc. pen.*, cit., p. 1692 ss.; a monte di tale obiezione si collocano, idealmente, le note Corte cost., 27 giugno 1973, n. 99; e Corte cost., 22 marzo 1971, n. 55, che, intervenendo sui vecchi artt. 27 e 28 cod. proc. pen. del 1930, hanno rilevato l'incompatibilità col diritto di difesa *ex* art. 24 Cost. di un «sistema» di efficacia extra-penale del giudicato penale a valenza *erga omnes*.

pare, potrebbe immaginarsi di tenere fermo l'accertamento nei rapporti cliente-avvocato, e ridiscuterne *incidenter tantum* ai fini della statuizione avvocato-assicurazione. L'interesse del chiamante in garanzia è proprio quello di esser tenuto indenne dalle conseguenze economiche sfavorevoli della soccombenza, e si tratta di un interesse fortemente tutelato dall'ordinamento tramite la previsione di fortissime deroghe alla competenza (ad esempio, l'art. 32 cod. proc. civ.), funzionali a preservare il cumulo delle cause, e, quindi, in ultima istanza, al conseguimento di decisioni fra loro non contraddittorie. Dunque, postulare, in caso di cumuli siffatti, la propagazione dell'efficacia vincolante *ex* art. 651 cod. proc. pen. solo in relazione al rapporto principale, e non a quello di garanzia, finirebbe per frustrare la ragion d'essere stessa della chiamata in garanzia. L'unica alternativa, allora, sembra essere quella di negare in radice l'efficacia ultra-disciplinare del giudicato disciplinare.

Sintetizzando i risultati conseguiti: il provvedimento disciplinare vincolerà in sede civile in ordine ai fatti accertati (e all'affermazione che è l'incolpato ad averli posti in essere) esclusivamente: *a*) in caso di «giudicati» disciplinari, cioè provvedimenti assunti dal Consiglio nazionale forense ([148]), non anche dai consigli distrettuali di disciplina; *b*) che abbiano contenuto condannatorio, non anche assolutorio; *c*) che siano stati resi all'esito di un procedimento che abbia visto la partecipazione del pubblico ministero dinanzi al Consiglio nazionale forense; *c*) contenenti accertamenti fattuali resi sulla base di prove formatesi (*ab origine* o «replicate») dinanzi al Consiglio nazionale forense stesso; *e*) fermo restando che tale accertamento non potrà mai imporsi a terzi che non abbiano avuto modo di partecipare al giudizio disciplinare.

11. *Limiti dell'efficacia ultra-disciplinare del giudicato disciplinare.* — L'ipotesi interpretativa vagliata sin qui, peraltro, si espone ad alcune obiezioni di carattere sistematico e valoriale che è bene non celare, nella convinzione che la piena coscienza di esse gioverà alla ricchezza del dibattito circa le interferenze fra procedimento disciplinare e giudizio civile.

[148] O, naturalmente, dalle Sezioni unite della Corte di cassazione.

Così, in primo luogo, si potrebbe obiettare che, quando l'art. 651 cod. proc. pen. istituisce un vincolo, in sede civile, agli accertamenti contenuti nel giudicato penale, si «muove» nel contesto di un medesimo ordinamento, l'ordinamento giuridico generale statale (inclusivo del diritto civile e di quello penale), regolando le interferenze fra decisioni rese da giudici ordinari, anch'essi esponenziali del medesimo ordinamento giuridico generale statale. In una battuta, l'art. 651 cod. proc. pen. pone un vincolo di carattere endo-ordinamentale. Viceversa, l'idea di una efficacia vincolante in sede civile degli accertamenti compiuti nel giudizio disciplinare – potrebbe osservarsi – consiste nella posizione di un vincolo di carattere inter-ordinamentale, cioè di un vincolo che origina nell'ambito del particolare ordinamento forense, per proiettarsi nel diverso ordinamento giuridico generale statale ([149]).

Non è utile, in questa sede, spingersi in avventate considerazioni per offrire una replica inevitabilmente superficiale all'obiezione formulata. Meglio tenere l'interrogativo aperto, e formularne di ulteriori, sempre ricorrendo alle categorie concettuali della dottrina romaniana della pluralità degli ordinamenti: ebbene, è ancora vero che l'ordinamento statale generale e quello forense costituiscono due ordinamenti separati? O il secondo è «assorbito» nel primo ([150])? Forse la duplice circostanza che le pronunce emesse

([149]) Sul concetto di ordinamento giuridico, naturalmente, il richiamo è d'obbligo a S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Pisa, 1917, nella rist., Macerata, 2018, p. 21 ss. Per una guida alla lettura del fenomeno disciplinare dalla prospettiva romaniana della pluralità degli ordinamenti giuridici, v. E. RASPONI, *Il potere disciplinare*, cit., p. 95 ss.

([150]) Si vedano, sul punto, le riflessioni di G. ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, estratto dal *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V.E. Orlando, Milano, 1920, p. 148, quando afferma che «lo Stato, col creare, come si dice, gli ordini professionali, non ha fatto che dare valore giuridico a uno stato di cose già esistente di fatto; (…) ha riconosciuto ed ha assunto e subordinato al proprio ordinamento l'ordinamento già esistente delle corporazioni professionali. E ciò ha fatto, come era naturale, quanto i fini di queste associazioni coincidevano con alcuni fini statuali. In forza di un tale atto statuale, le associazioni divennero enti pubblici autarchici». Così anche S. SATTA, *Avvocato (ordinamento)*, cit., p. 655, il quale, dopo aver premesso che l'ordine forense è un «ordinamento», una «istituzione,

dal Consiglio nazionale forense sono rese «in nome del popolo italiano» e sono ricorribili dinanzi alle Sezioni unite costituisce «punto di inserimento dell'ordine professionale nell'ordinamento statale» (151)? Che ruolo gioca il fatto che larga parte dell'ordinamento forense è costituito da leggi dello Stato, o, ancora, il progressivo riconoscimento ad opera della Corte di cassazione di valore autenticamente giuridico alle norme deontologiche (152)? Se l'ordinamento forense fosse da intendere non (più) come ordinamento «autonomo», ma come «ordinamento derivato» (153), o, di più, costituisse un «ordinamento assorbito» (154), l'obiezione formulata in partenza manterrebbe lo stesso vigore? Oppure la propagazione di un vincolo dalla «parte» (l'ordinamento derivato o assorbito) al «tutto» (l'ordinamento generale) rappresenterebbe un fenomeno compatibile col substrato dell'art. 651 cod. proc.

nella quale si realizza, in piena autonomia, la normativa professionale», «sottoposto a continue pressioni da parte dell'ordinamento generale, in relazione alla vicende politiche», «indipendente dall'ordinamento e quindi dalla giurisdizione dello Stato», comunque afferma che «la normativa che si realizza nell'ordine si [inserisce] nel generale ordinamento dello Stato». Sul concetto di «assorbimento» degli ordinamenti giuridici, v. *infra* le note 152 e 154.

(151) S. Satta, *Avvocato (ordinamento)*, cit., p. 656.

(152) G. Manfredi, *L'«assorbimento» degli ordinamenti professionali*, in «Jus», 2012, p. 160, cui si rinvia per riferimenti bibliografici al tema, scorge nel riconoscimento di valore normativo alle regole deontologiche un «episodio di ciò che Massimo Severo Giannini e Norberto Bobbio definivano come l'*assorbimento* degli ordinamenti infrastatuali nell'ordinamento statale».

(153) Sulla categoria concettuale degli «ordinamenti giuridici derivati», specie per riflessioni critiche, v. L. Ferrara, *Individuo e potere. In un giuoco di specchi*, in «Diritto pubblico», 2016, n. 3, pp. 34-35, il quale osserva che «una volta ammesso il trapasso da una concezione sociologica a una giuridica della teoria della pluralità degli ordinamenti o riconosciutane l'appartenenza alla teoria generale del diritto, si deve, infatti, considerare che l'ordinamento, essendo fonte di giuridicità, non può che essere originario, risultando contraddittoria la sua derivazione da un altro ordinamento. Ne discende che anche l'ordinamento particolare o è originario o è semplicemente una parte dell'ordinamento generale». Parla di «ordinamento minore» F. Carnelutti, *Illecito disciplinare del professionista*, cit., p. 646.

(154) Sul fenomeno dell'«assorbimento» degli ordinamenti giuridici v. ancora i riferimenti contenuti in G. Manfredi, *L'«assorbimento» degli ordinamenti professionali*, cit., p. 159 ss.

pen.? È chiaro che si tratta di interrogativi che meriterebbero ciascuno approfondimenti incompatibili coi confini del nostro lavoro.

Altre obiezioni, comunque, si potrebbero formulare. Ad esempio, si potrebbe contestare l'imposizione al giudice civile del vincolo al giudicato disciplinare, dubitando della imparzialità del Consiglio nazionale forense (art. 111 Cost.), per ipotesi non equiparabile a quella del giudice ordinario. Se, infatti, da un lato, l'art. 37 legge prof. for. stabilisce che «nei procedimenti giurisdizionali [dinanzi al Consiglio nazionale forense] si applicano le norme del codice di procedura civile sulla astensione e ricusazione dei giudici», dall'altro è un fatto che i consiglieri che siedono al Consiglio nazionale forense sono pur sempre avvocati eletti a livello distrettuale, sicché membri della stessa «corporazione» cui appartengono coloro i quali debbono essere giudicati (155).

Anche una simile obiezione, evidentemente, imporrebbe di svolgere ben altri approfondimenti. Sia consentito osservare, nondimeno, come, probabilmente, l'osservazione è destinata a impattare solo marginalmente il nostro tema, atteso che, come è stato osservato, eventuali deficit di imparzialità delle giurisdizioni disciplinari possono risolversi, più che in un «danno», in un vantaggio per il professionista (156), ma, secondo quanto abbiamo sostenuto, è solo il giudicato condannatorio a vincolare in sede civile (quello, perciò, sfavorevole all'avvocato), non anche quello assolutorio

(155) Sul problema dell'imparzialità e della terzietà del Consiglio nazionale forense e delle giurisdizioni professionali in generale, v. M. Renna, *Professioni e procedimenti disciplinari*, cit., p. 171 ss.; e V. Tenore, *La responsabilità disciplinare dell'avvocato*, in *L'avvocato e le sue quattro responsabilità*, a cura di V. Tenore, Napoli, 2014, p. 200 ss.

(156) Per questa osservazione, v. M. Renna, *Professioni e procedimenti disciplinari*, cit., pp. 193-194, il quale afferma che «il fatto che, laddove sono previste le "giurisdizioni professionali", l'unico giudice abilitato a occuparsi del merito dei provvedimenti sanzionatori sia un giudice composto da persone che provengono dalla medesima categoria professionale dalla quale provengono i componenti degli organi amministrativi che irrogano le sanzioni può risolversi non necessariamente in un danno, ma eventualmente anche in un beneficio – ciò che, in effetti, sembra accadere non di rado – per i professionisti sottoposti all'esercizio del potere sanzionatorio degli ordini».

(cioè, favorevole all'avvocato). È chiaro, comunque, che una simile notazione non ha alcun valore scientifico, e non intacca in nulla la rilevanza della possibile critica.

Mi pare poi che non possa sottacersi un'ulteriore obiezione di carattere, per così dire, empirico: è certamente vero che, astrattamente, il pubblico ministero è abilitato, e talvolta tenuto, a prender parte al giudizio dinanzi al Consiglio nazionale forense, con pienezza di poteri istruttori (157). Tuttavia, non è affatto sicuro che ciò effettivamente avvenga e che la sua partecipazione non si riduca ad essere nient'altro che un «convitato di pietra». La «sostenibilità» e la convenienza dell'interpretazione proposta, allora, deve essere ulteriormente verificata nella «realtà» del procedimento disciplinare (158).

Per chiudere, è possibile formulare una obiezione di carattere assiologico. L'interpretazione avanzata, come si è premesso, è radicata su una scelta di valore incline a privilegiare il principio di economia processuale (159). È evidente, però, che ritenere operante, in relazione al giudicato disciplinare, l'art. 651 cod. proc. pen. si traduce in una compressione del potere del giudice civile di liberamente valutare il modo d'essere dei fatti che gli sono sottoposti.

L'interrogativo che occorre porsi, perciò, è se una tale compressione sia auspicabile; se, cioè, ridurre, almeno in parte, la libertà di «pensiero» e «raziocinio» del giudice su alcuni dei «precedenti logici» (160) della statuizione finale costituisca un giusto

(157) V. *supra*, § 9.

(158) Da questo punto di vista, non confortano le conclusioni della ricerca «sul campo» svolta da V. Vigoriti, *Il pubblico ministero nel processo civile italiano*, cit., pp. 314-319, il quale, indagando quale fosse l'effettivo impatto della partecipazione del pubblico ministero al processo civile (tanto come pubblico ministero agente, quanto interveniente, obbligatorio o facoltativo), giungeva a confermare l'affermazione della «irrilevanza pratica del p.m. nel processo civile» (p. 314). Analoga ricerca dovrebbe svolgersi in relazione alla partecipazione del pubblico ministero ai procedimenti disciplinari.

(159) V. *supra*, § 4.

(160) I tre virgolettati sono tratti da F. Menestrina, *La pregiudiciale nel processo civile*, Vienna, 1904, nella rist., Milano, 1963, rispettivamente pp. 47, 100 e 110.

prezzo a confronto dell'obiettivo di evitare la dispersione di accertamenti giurisdizionali già realizzati e capaci di garantire un sufficiente tasso di corrispondenza al vero (161).

Il codice di procedura civile, a tutela di codesta libertà di «raziocinio» del giudice, non prende posizione in modo netto come il codice di procedura penale, che già all'art. 2 («Cognizione del giudice»), programmaticamente, chiarisce che «il giudice penale risolve ogni questione da cui dipende la decisione, salvo che sia diversamente stabilito». Certo, anche per il giudizio civile un simile *favor* può esser ugualmente ricavato in via interpretativa (si pensi agli artt. 34 e 116 cod. proc. civ.). Il terreno, però, pare più libero da nette e inequivocabili opzioni «di fondo». Il campo più incerto. Discutere da capo dell'estensione della libertà cognitiva del giudice civile – è vero – mette in discussione dalle fondamenta la consistenza del «giudizio» civile, eppure ci è sembrato necessario, se vuole essere riconquistato e come «purificato» il cuore profondo di questo valore.

(161) Non sembra di questo avviso A. CASTAGNOLA, *L'accertamento dei fatti fuori dal giudizio*, in «Rivista di diritto processuale», 2020, p. 1006, il quale dapprima osserva come «siamo in un'epoca nella quale la tendenza a collocare l'accertamento del fatto fuori dal giudizio si fa sentire molto forte. Le ragioni di questa tendenza sono a tutti chiare, e vanno ricondotte all'esigenza di risolvere la crisi della giustizia civile, contenendo la durata dei processi». Poi, provocatoriamente, afferma che «se (…) si ritiene che la riduzione dei tempi possa giustificare tutto ciò, allora forse varrebbe la pena di seguire la strada che, tra il serio e il faceto, è stata indicata da Bruno Cavallone, e collocare fuori dal processo anche la risoluzione della questione di diritto».

| Sezione II
La diligenza dell'avvocato

Valentina Capasso
Ricercatrice dell'Università di Napoli Federico II

SUL «DOVERE PROFESSIONALE» DELL'AVVOCATO DI CONOSCERE LA GIURISPRUDENZA

QUALE GIURISPRUDENZA?

Sommario: 1. Introduzione. – 2. La manifesta infondatezza del ricorso contrario alla giurisprudenza consolidata quale indice di responsabilità aggravata: genesi dell'orientamento. – 3. Sviluppi giurisprudenziali. – 4. La «giurisprudenza della Corte». – 5. La giurisprudenza di merito.

1. *Introduzione*. — Da alcuni anni, nella motivazione delle pronunce di legittimità che dichiarano inammissibile il ricorso, ricorre un passaggio che imputa alla parte (e, dunque, al suo difensore), alternativamente, mala fede o colpa grave per aver proposto (o aver proposto con determinate modalità) l'impugnazione per motivi (o in modi) difformi da quelli indicati dalla giurisprudenza della Corte: più precisamente, si allude al passaggio secondo cui «delle due l'una: o il ricorrente – e per lui il suo legale, del cui operato ovviamente il ricorrente risponde, nei confronti della controparte processuale, *ex* art. 2049 cod. civ. – ben conosceva l'insostenibilità della propria impugnazione, ed allora ha agito sapendo di sostenere una tesi infondata (condotta che, ovviamente, l'ordinamento non può consentire); ovvero non ne era al corrente, ed allora ha tenuto una condotta gravemente colposa, consistita nel non essersi adoperato con la *exacta diligentia* esigibile (in virtù del generale principio desumibile dall'art. 1176, comma 2, cod.

Quaderni di «Etica e giustizia», n. 1
L'avvocato e la giustizia, a cura di M. Gradi, Napoli, 2025

civ.) da chi è chiamato ad adempiere una prestazione professionale altamente qualificata quale è quella dell'avvocato in generale, e dell'avvocato cassazionista in particolare» (1).

Affermazione grave, suscettibile di aprire la strada al giudizio di responsabilità professionale; tantopiù alla luce della tesi dottrinale secondo cui la cattiva formulazione dell'art. 360-*bis*, n. 1, cod. proc. civ., come noto frutto della riscrittura *a contrario* del testo originariamente ipotizzato (di per sé di dubbia legittimità costituzionale) (2), costituirebbe in realtà una *felix culpa* del legislatore, dalla quale discenderebbe che «tutti i ricorsi, anche quando rivolti contro una sentenza che seconda l'orientamento della Corte, ammettono una loro variante ammissibile (speculare, ovviamente, di una inammissibile), di guisa che il ricorso risulta, in questa prospettiva, sempre ammissibile (o meglio: mai inammissibile *ex ante*), mentre dal suo modo di essere dipende che riesca giudicato ora ammissibile ora inammissibile» (3). La pronuncia di inammissibilità, conseguentemente, finirebbe per essere sempre imputabile all'errore del difensore (4).

(1) Cfr. Cass. civ., sez. VI, 9 febbraio 2016, n. 2584; e le ulteriori pronunce che saranno segnalate in prosieguo.

(2) Cfr., tra gli altri, S. Rusciano, *Nomofilachia e ricorso in cassazione*, Torino, 2012, p. 166 ss.; G. Balena, *La nuova pseudo-riforma della giustizia civile (un primo commento della legge 18 giugno 2009, n. 69)*, in «Il giusto processo civile», 2009, p. 750 ss.; G. Costantino, *La riforma del giudizio di legittimità: la Cassazione con filtro*, in «Giurisprudenza italiana», 2009, p. 1560 ss.; G. Raiti, *Brevi note sul «filtro» in Cassazione secondo la legge di riforma al codice di rito civile n. 69 del 18 giugno 2009*, in «Rivista di diritto processuale», 2009, p. 1601 ss.; F. Carpi, *Il tormentato filtro al ricorso in Cassazione*, in «Il corriere giuridico», 2009, p. 1445.

(3) F. Auletta, *Diritto giudiziario civile: i modelli del processo di cognizione (ordinaria e sommaria) e di esecuzione*, 3ª ed., Bologna, 2023, p. 405 s.

(4) Così, se la responsabilità di quest'ultimo per malconfezione formale del ricorso si trova già affermata in giurisprudenza (da ultimo, v. Cass. civ., sez. III, 13 settembre 2023, n. 26464), potrebbe paventarsi il rischio che la stessa si ampli fino a determinare il superamento dell'altro principio (stavolta relativo al contenuto dell'atto), secondo cui «può darsi imperizia tale da dare luogo a responsabilità per colpa, soltanto quando il legale mostri di non conoscere o violi precise norme di legge ovvero sbagli nel risolvere questioni giuridiche la cui soluzione non presenti alcun margine di opinabilità. Quanto alla scelta

In effetti, di un dovere professionale di conoscere la giurisprudenza parlava già Gorla quasi sessanta anni fa [5]. Da allora, tuttavia, molto è mutato: non solo dal punto di vista legislativo, ma anche da quello – pratico – dell'accessibilità alle pronunce, ormai non più solo di legittimità. Ed è proprio la constatazione dell'evoluzione (certo, ancora *in fieri*) del sistema di pubblicità della giurisprudenza ad indurre a relativizzare la portata di principio di alcune affermazioni giurisprudenziali, pur apparentemente (e, almeno *ab origine*, probabilmente) giustificate dal dato positivo.

2. *La manifesta infondatezza del ricorso contrario alla giurisprudenza consolidata quale indice di responsabilità aggravata: genesi dell'orientamento.* — È questo certamente il caso del filone «motivazionale» richiamato: invero, come spesso accade, il ragionamento alla base di una massima (quand'anche, come nel caso che occupa, non riassuntiva di un principio di diritto, ma concretantesi in una mera clausola di stile atta a giustificare la condanna per colpa grave) risulta espresso solo nelle pronunce più risalenti, perdendosi nel tempo; ma, come parimenti si verifica di frequente,

della strategia processuale, la sua adeguatezza o meno a raggiungere il risultato perseguito dal cliente non può essere certo valutata *ex post*, a seconda dell'esito del giudizio; piuttosto, trattasi di valutazione *ex ante*, rimessa al giudice di merito. L'esclusione dell'imperizia professionale è corretta ogniqualvolta il giudice riscontri (e motivi in merito al)la ricorrenza di questioni rispetto alle quali le soluzioni dottrinali e/o giurisprudenziali presentino margini di opinabilità, in astratto ovvero in riferimento alla situazione concreta, tali da rendere giuridicamente plausibili le scelte difensive del patrocinatore in giudizio anche se questo si conclude con la soccombenza del cliente» (così Cass. civ., sez. III, 10 giugno 2016 n. 11906, cui si conforma Cass. civ., sez. III, 22 novembre 2018 n. 30169).

In realtà, ove davvero l'art. 360-*bis*, n. 1, cod. proc. civ. trovasse applicazione nei soli di manifesta infondatezza (da intendersi come manifesta contrarietà a giurisprudenza consolidata), più che di superamento, dovrebbe e potrebbe parlarsi di conferma del principio, nella parte in cui ammette una deroga in caso di misconoscimento di soluzioni certe. Il problema è che, come si vedrà, l'applicazione pratica della disposizione menzionata risulta ben più ampia.

[5] G. Gorla, *Dovere professionale di conoscere la giurisprudenza e mezzi di informazione*, in «Quaderni del Foro italiano», 1967, c. 291 ss.; sulla scia dell'autore, più di recente, v. G. Visintini, *Il dovere professionale di conoscere la giurisprudenza*, in «Rivista di diritto civile», 1995, p. 193 ss.

la reiterazione si sgancia sempre più dalla fattispecie che ha dato origine all'indirizzo, col rischio che una conclusione inizialmente corretta finisca poi per essere ricollegata ad ipotesi non assimilabili a quella originaria.

Ora, risalendo alla primigenia formulazione del passaggio [6], si scopre che lo stesso pretende di trarre fondamento (tra l'altro) dall'art. 360-*bis* cod. proc. civ.

In particolare, nel procedimento all'esito del quale esso pare esser stato utilizzato la prima volta, il ricorrente, pur avendo formalmente proposto ricorso ai sensi dell'art. 360, n. 3, cod. proc. civ., nella illustrazione del motivo lamentava la scorrettezza del ragionamento seguito dalla corte d'appello, in quanto «inficiato dalla errata valutazione sia della c.t.u. che degli elementi di fatto portati alla sua cognizione, oltre che da alcune omissioni su punti rilevanti della questione». Motivo a ragione ritenuto manifestamente inammissibile «sia perché, pur prospettando un vizio di violazione di legge, nella sostanza denuncia l'erroneità della valutazione delle prove; (…) sia perché, anche a voler benevolente[mente] qualificare il motivo di ricorso come denunciante la scorrettezza della motivazione adottata dal giudice di merito, esso sarebbe comunque inammissibile perché censura una tipica valutazione di merito, non illogicamente o contraddittoriamente motivata». Ciò posto, nel giustificare la condanna ai sensi del (fu) art. 385, comma 4, cod. proc. civ., la Corte rileva che una censura di tal fatta «cozza contro il consolidato e pluridecennale orientamento di questa Corte, secondo cui non è consentita in sede di legittimità una valutazione delle prove ulteriore e diversa rispetto a quella compiuta dal giudice di merito, a nulla rilevando che quelle prove potessero essere valutate anche in modo differente rispetto a quanto ritenuto dal giudice di merito»: il ricorrente, quindi, avrebbe, da un lato, trascurato un orientamento consolidato, senza fornire argomenti atti a dimostrarne l'erroneità; dall'altro, prospettato un motivo di ricorso che, già inammissibile alla stregua dell'art. 360, n. 5, cod. proc. civ. *ante* riforma del 2012, *a fortiori* dovrebbe ritenersi tale oggi, in base al testo novellato, per come

[6] Nella già citata Cass. civ., sez. VI, 9 febbraio 2016, n. 2584.

interpretato dalla Sezioni unite, le cui pronunce gemelle (7) pure si imputa al ricorrente di aver trascurato. Di qui, la conclusione per cui «proporre ricorsi per cassazione dai contenuti così distanti per un verso dal diritto vivente, per altro verso dai precetti del codice di rito come costantemente e pacificamente interpretati dalle Sezioni Unite, costituisca di per sé un indice della mala fede o della colpa grave del ricorrente»; e ciò, ad onta dell'orientamento (8), pure menzionato dalla pronuncia, «secondo cui la mera infondatezza *in iure* delle tesi prospettate in sede di legittimità non può di per sé integrare gli estremi della responsabilità aggravata di cui all'art. 96 cod. proc. civ.» (9).

Stando alla pronuncia in analisi, infatti, un tale orientamento non solo sarebbe stato inapplicabile al caso deciso – perché «se è vero che proporre un ricorso per cassazione rivelatosi infondato, di per sé, non costituisce indice di colpa grave» *ex* art. 385 cod. proc. civ., diverso sarebbe il caso in cui venga rilevata «non già la mera infondatezza, ma la totale insostenibilità in punto di diritto degli argomenti spesi nel ricorso, a causa della mancanza di argomentazioni tendenti a contrastare la giurisprudenza consolidata» (10) – ma avrebbe dovuto in ogni caso ritenersi superato, in quanto «non (…) più coerente né con la natura e la funzione del giudizio di legittimità, né col quadro ordinamentale». Non con le prime, perché le recenti riforme (introduzione dell'art. 360-*bis*, n. 1, cod.

(7) Cass., sez. un., 7 aprile 2014, nn. 8053 e 8054, in «Rivista di diritto processuale», 2014, p. 1594 ss., con nota di F. Porcelli, *Sul vizio di «omesso esame circa un fatto decisivo»*; in «Il corriere giuridico», 2014, p. 1241 ss., con nota di C. Glendi, At ille murem peperit *(nuovamente a proposito di un altro «non grande arresto» delle Sezioni Unite)*; e in «Diritto e pratica tributaria», 2014, II, p. 460 ss., con nota di S. Dalla Bontà, *Le Sezioni Unite enunciano l'applicabilità del riformulato art. 360, 1° comma, n. 5 c.p.c. e del meccanismo della c.d. doppia conforme al ricorso per cassazione in materia tributaria*.

(8) Cass. civ., sez. un., 11 dicembre 2007, n. 25831.

(9) Cass. civ., sez. VI, 9 febbraio 2016, n. 2584.

(10) Con la conseguenza che la «insostenibilità degli argomenti del ricorrente finisce per costituire un indizio dal quale risalire, *ex* art. 2727 cod. civ., alla sussistenza di colpa grave, consistita come già detto nell'ignorare, senza alcun atteggiamento consapevole o critico, le interpretazioni consolidate delle norme anche processuali».

proc. civ., novella degli artt. 363, comma 1, e 374, comma 3, cod. proc. civ.) dimostrerebbero «l'intento del legislatore di rafforzare e qualificare la funzione di legittimità e il suo scopo di nomofilachia, intento che resterebbe ovviamente frustrato se la Corte non fosse investita solo di ricorsi che meritino e rendano necessario il suo intervento»; non con il secondo, perché l'orientamento contestato «non tiene conto:

a) del principio di ragionevole durata del processo di cui all'art. 111 Cost., che impone interpretazioni delle norme processuali idonee a rendere più celere il giudizio. Infatti, la celerità del giudizio di legittimità, concentrato com'è in una sola udienza, dipende non tanto e non solo dalle norme processuali che disciplinano il giudizio di impugnazione, ma anche e soprattutto dal numero di giudizi manifestamente infondati pendenti dinanzi la Corte. È dunque evidente che la proposizione di ricorsi privi di qualsiasi ragionevole *chance* di accoglimento ha l'effetto di impedirle la celere decisione di quelli che, fondati o infondati che siano, pongano questioni le quali richiedano un intervento correttivo o nomofilattico del giudice di legittimità;

b) del principio che considera illecito l'abuso del processo, ovvero il ricorso ad esso con finalità strumentali (…);

c) del principio secondo cui le norme processuali vanno interpretate in modo da evitare lo spreco di energie giurisdizionali».

In effetti, benché la medesima pronuncia affermi già intervenuto il superamento dell'indirizzo che esclude ogni automatismo tra infondatezza del ricorso e condanna per responsabilità aggravata, i precedenti recati a supporto altro non appaiono che «applicazioni della regola», che impone appunto una valutazione «caso per caso» [11]; nulla di paragonabile alla vocazione di principio

[11] Cass. civ., sez. VI, 9 febbraio 2016, n. 2584, afferma infatti che «l'orientamento qui in contestazione, in ogni caso, risulta essere stato abbandonato dalle decisioni più recenti di questa Corte, che si sono allineate al diverso principio qui affermato», citando Cass. civ., sez. V, 17 luglio 2015, n. 15030, Cass. civ., sez. III, 12 marzo 2015, n. 4930; e Cass. civ., sez. III, 20 gennaio 2015, n. 817.

E tuttavia, le tre pronunce rispondono al diverso e preesistente principio secondo cui agire o resistere in giudizio con colpa grave vuol dire «azio-

assunta, invece, da quella in analisi. Anche quest'ultima, tuttavia, per il particolare accento posto sull'interpretazione delle norme processuali, sembrerebbe aver voluto intendere il superamento come circoscritto ai casi di patente insostenibilità delle tesi sostenute (e solo) in tale materia; materia che, del resto, la Corte ha già ritenuto richiedere un trattamento differenziale, anche sotto il profilo della stabilità dell'interpretazione [12] (e dunque, potrebbe dirsi, resistenza alle letture «creative»).

nare la propria pretesa, o resistere a quella avversa, con la coscienza dell'infondatezza della domanda o dell'eccezione; ovvero senza aver adoperato la normale diligenza per acquisire la coscienza dell'infondatezza della propria posizione» (cfr., *ex multis*, Cass. civ., sez. I, 21 luglio 2000, n. 9579; Cass. civ., sez. lav., 16 febbraio 1998, n. 1619; Cass. civ., sez. lav., 3 marzo 1995, n. 2475); principio che, all'evidenza, non risulta affatto antitetico rispetto a quello che esclude che la mera infondatezza del ricorso debba ritenersi indice di colpa grave, ma postula una verifica puntuale (ancorché chiaramente opinabile) del grado di insostenibilità della tesi rappresentata e dello stato soggettivo del (difensore del) ricorrente, quale desumibile dal suo stesso contegno processuale: così, tra le pronunce citate, in Cass. civ., sez. V, 17 luglio 2015, n. 15030, la condanna è disposta per aver il ricorrente proposto il ricorso (a termine di impugnazione scaduto) nella consapevolezza della sua inammissibilità (avendo lo stesso ricorrente indicato il termine corretto, poi ignorato, in un precedente atto); in Cass. civ., sez. III, 12 marzo 2015, n. 4930, per la «tesi di sconcertante temerarietà» sostenuta dai ricorrenti (che, in una causa per diffamazione, avevano citato anche l'editore di un quotidiano diverso da quello in cui era pubblicato l'articolo asseritamente lesivo, solo perché, in via promozionale, i due giornali erano stati nell'occasione venduti insieme).

Infine, Cass. civ., sez. III, 20 gennaio 2015, n. 817, che reca la firma dello stesso estensore della pronuncia del 2016, muove ancora una volta dalla definizione generalmente invalsa di colpa grave per poi qualificare come del tutto priva di fondamento giuridico la tesi (sostanziale) sostenuta dal ricorrente, e così, pur contenendo *in nuce* il «passaggio motivazionale» da cui si son prese le mosse, appare ancora rispondere alla logica del giudizio puntuale.

[12] Come affermato da Cass. civ., sez. un., 18 maggior 2011, n. 10864, in «Il foro italiano», 2012, I, c. 1864 ss., con nota di C. Consolo, *Può, «de iure condendo» almeno, procedersi ancora ad un impiego tanto esiziale della nozione di improcedibilità del gravame?*; in «Il giusto processo civile», 2011, p. 1137 ss., con nota di C. Asprella, *Sul termine di costituzione dell'attore o dell'appellante in caso di notificazione dell'atto introduttivo a più parti*; in «Il

3. *Sviluppi giurisprudenziali.* — E invero, la maggioranza delle «applicazioni» successive del passaggio si muove in quest'ottica: così, ad altri casi di ricorsi spiegati ai sensi dell'art. 360, n. 5, cod. proc. civ., ma in realtà volti a censurare la valutazione delle prove operata dalla corte d'appello [13], se ne affiancano di eterogenei, ma accomunati dal generale addebito di aver ignorato la giurisprudenza consolidata in materia processuale [14] (talora anche sotto plu-

corriere giuridico», 2012, p. 373 ss., con nota di A. Paoletti, *Le sezioni unite si soffermano sui termini per la costituzione in giudizio in caso di notifica della citazione a più persone*; e in «Il corriere del merito», 2011, p. 944 ss., con nota di G. Travaglino, *Appello con pluralità di parti e costituzione dell'appellante*, «se la formula del segmento di legge processuale, la cui interpretazione è nuovamente messa in discussione, è rimasta inalterata, una sua diversa interpretazione non ha ragione di essere ricercata e la precedente abbandonata, quando l'una e l'altra siano compatibili con la lettera della legge, essendo da preferire – e conforme ad un economico funzionamento del sistema giudiziario – l'interpretazione sulla cui base si è, nel tempo, formata una pratica di applicazione stabile».

Così, se «la salvaguardia dell'unità e della "stabilità" dell'interpretazione giurisprudenziale (massimamente di quella del giudice di legittimità e, in essa, di quella delle sezioni unite) è ormai da considerare (…) alla stregua di un criterio legale di interpretazione delle norme giuridiche», sicché una deroga si giustifica – in generale – solo in presenza di «buone ragioni», «quando si tratta di interpretazione delle norme processuali, occorre che vi siano ottime ragioni»: così Cass. civ., sez. un., 6 novembre 2014, n. 23675.

[13] Cass. civ., sez. lav., 10 agosto 2016, n. 16863; analoghe le fattispecie in Cass. civ., sez. VI, 31 maggio 2018, n. 13951; e Cass. civ., sez. III, 16 maggio 2017, n. 12014.

[14] Cfr. Cass. civ., sez. III, 1° febbraio 2024, n. 2975; Cass. civ., sez. III, 11 febbraio 2022, n. 4430. Talora, poi, l'interpretazione delle norme processuali viene in rilievo anche quale «merito»: v., in particolare, Cass. civ., sez. III, 6 ottobre 2022, n. 29129, ove il rilievo per cui «nello scrutinio del ricorso in esame può apprezzarsi non già la sua "mera" inammissibilità, ma la totale insostenibilità in punto di diritto degli argomenti spesi non soltanto nello stesso ricorso, ma finanche nei gradi di merito: pertanto, detta insostenibilità finisce per costituire un indizio dal quale risalire, per quanto possa occorrere pure *ex* art. 2727 cod. civ., alla sussistenza di colpa grave, consistita come già detto nell'ignorare, senza alcun atteggiamento consapevole o critico, le interpretazioni consolidate delle norme, anche processuali, poste a base della sentenza che si rende oggetto di ricorso». In particolare, sottolinea la Corte, «al di là delle considerazioni già spese ri-

rimi e diversi profili) [15], ad esempio in tema di requisiti formali nella redazione del ricorso [16] e/o negli adempimenti ulteriori [17],

guardo al "mero" mancato rispetto dei requisiti di contenuto-forma di cui all'art. 366 cod. proc. civ., il ricorso in esame si caratterizza (…) per la perseverazione nel perorare una tesi non soltanto già disattesa dal giudice di merito, ma che, *prima facie*, risulta contraria rispetto ad elementari principi di diritto processuale, compendiati nel già citato art. 474 cod. proc. civ., oltre che a disposizioni specifiche relative al pignoramento presso terzi (art. 553 cod. proc. civ.), per di più invocandosi, con singolare incongruità, un orientamento giurisprudenziale (…) che, benché non richiamato dallo stesso giudice di merito, inequivocamente ne corroborava la decisione (…): nella sostanza, si è sostenuto che l'ordinanza di assegnazione *ex* art. 553 cod. proc. civ. – esitata dal giudice dell'esecuzione sulla base di una prima dichiarazione di quantità resa dal terzo pignorato – costituisce idoneo titolo esecutivo *ex* art. 474 cod. proc. civ., non solo per quanto in essa espressamente indicato, ma anche per quanto emergente da una seconda dichiarazione di quantità (resa dal terzo ad emenda o integrazione della prima), cui però l'ordinanza stessa non fa cenno, per non essere stata presa in considerazione dal giudice dell'esecuzione che detta ordinanza abbia emesso, senza che a tale omissione sia seguita alcuna reazione processuale da parte del creditore interessato».

[15] Cfr. Cass. civ., sez. un., 28 ottobre 2022, n. 32001, ove il ricorrente aveva proposto ricorso avverso una pronuncia del Consiglio di Stato presentando come «violazione dei limiti esterni della giurisdizione» una semplice (pretesa) violazione di diritto processuale; impugnazione in ogni caso inammissibile per difetto di decisività (avendo la parte impugnato solo una delle due autosufficienti *rationes decidendi* alla base della pronuncia) e per insostenibilità nel merito delle tesi giuridiche prospettate, in quanto contrarie a giurisprudenza consolidata. V. anche Cass. civ., sez. III, 5 novembre 2020, n. 24701, ove si imputa al ricorrente di aver «proposto un ricorso per cassazione formulando censure nuove; (…) riproposto censure che, oltre che nuove, investivano questioni coperte dal giudicato; (…) sostenuto tesi giuridiche tanto fantasiose quanto azzardate» (analogamente, Cass. civ., sez. III, 26 giugno 2018, n. 16824; nonché Cass. civ., sez. III, 29 settembre 2016, n. 19272, che afferma l'inintelligibilità del ricorso nella ricostruzione dei fatti e l'insostenibilità delle tesi giuridiche ivi sostenute.

[16] Cass. civ., sez. III, 31 maggio 2023, n. 15445 (difetto di chiarezza, sinteticità e specificità del ricorso); Cass. civ., sez. VI, 18 dicembre 2019, n. 33720 (ricorso privo dei requisiti richiesti dall'art. 366 cod. proc. civ.); Cass. civ., sez. III, 25 maggio 2017, n. 13168 (difetto di autosufficienza).

[17] Cass. civ., sez. VI, 10 ottobre 2018 n. 25114, per un'ipotesi di improcedibilità per mancanza della procura alle liti.

di provvedimenti ricorribili (18), di onere della prova (19) e di onere dell'impugnazione (20). E – deve ammettersi – si tratta spesso di casi eclatanti, di pretermissione di principi effettivamente consolidati.

Ma, come si accennava, non mancano deviazioni, sotto tutti i profili. Così è, anzitutto, per il grado di infondatezza richiesta: in un caso (21), la Corte ha rigettato l'unico motivo di ricorso, che lamentava l'erroneamente ritenuta contestazione, da parte dell'assicurazione convenuta, della proprietà del veicolo danneggiato in capo all'attore, limitandosi ad osservare che il convenuto «eccepì che "spetta all'attore provare la titolarità del diritto vantato", e tanto basta per ritenere validamente contestata la qualità di proprietario danneggiato, e quindi di creditore, in capo all'attore». Ora, in assenza di ogni ulteriore elemento traibile dalla motivazione, che quest'unico inciso valga a concretare contestazione specifica non pare affatto sicuro, e certamente non così palese da lasciar concludere «qualunque professionista del diritto non [avrebbe] pot[uto] non avvedersi della totale carenza di fondamento del ricorso».

D'altro canto, il medesimo passaggio motivazionale (con imputazione «complessiva» di malafede o colpa grave) finisce per essere impiegato anche in casi in cui la temerarietà è espressamente riferita «solo ad alcuni» dei plurimi motivi di ricorso. È quanto avvenuto in Cass. civ., sez. III, 30 marzo 2018, n. 7928, ove l'addebito di aver proposto un ricorso contrastante col diritto vivente e coi precetti del codice di rito appare ben poco calzante: certo, dei

(18) Così, in Cass. civ., sez. III, 31 maggio 2023, n. 15427; e Cass. civ., sez. III, 25 maggio 2017, n. 13167, la parte condannata aveva proposto ricorso straordinario avverso provvedimenti per giurisprudenza consolidata non dotati dei caratteri di definitività e decisorietà; in Cass. civ., sez. III, 28 dicembre 2016, n. 27174, era stato proposto ricorso per cassazione avverso l'ordinanza resa dalla stessa Corte all'esito del giudizio di revocazione *ex* art. 391-*bis* cod. proc. civ.; in Cass. civ., sez. III, 29 maggio 2018, n. 13390, si trattava di una revocazione proposta in ipotesi non sussumibili nei relativi motivi.

(19) Cass. civ., sez. I, 12 dicembre 2023, n. 34622.

(20) Cass. civ., sez. III, 31 luglio 2017, n. 18938, ove il ricorrente aveva sostenuto la possibilità di meramente riproporre in appello le nullità verificatesi in prime cure e ivi già eccepite.

(21) Cass. civ., sez. III, 8 marzo 2017 n. 5784.

due motivi volti a far valere violazioni di legge sostanziale, l'uno (violazione degli artt. 1398 e 1399 cod. civ.) è giustamente rigettato in ragione della novità (peraltro dichiarata) della questione; l'altro (violazione degli artt. 1392 e 1967 cod. civ.), invece, viene sì qualificato come «manifestamente infondato», ma solo per non aver il ricorrente colto la *ratio decidendi* della pronuncia d'appello (operazione, questa, spesso non agevole). Infine – e per quanto qui maggiormente rileva – la censura di omessa pronuncia è ritenuta «manifestamente infondat[a] posto che la corte di appello ha implicitamente ritenuto assorbita la questione dell'assunta responsabilità concorsuale»: ma è facile osservare che ciò che è implicito difficilmente può dirsi evidente, e così dar luogo a pretese «sicuramente» (qualificabili come) temerarie.

Ancora, neppure la materia si rivela esser esclusivamente limitata a quella processuale: Cass. civ., sez. VI, 24 gennaio 2020, n. 1638, dopo aver ritenuto palesemente inammissibili le censure spiegate avverso la motivazione e la valutazione delle prove, liquida quella di carattere sostanziale (violazione dell'art. art. 2054, comma 2, cod. civ.) in un rigo, senza citare alcun precedente e senza ulteriore menzione successiva, all'atto della condanna per responsabilità aggravata (ancora una volta, invece, riferita al ricorso *tout court*); ancor più di recente, Cass. civ., sez. III, 17 maggio 2023, n. 13543, che pur dichiara inammissibile anche il motivo di ricorso spiegato ai sensi dell'art. 360, n. 5, cod. proc. civ., giustifica la condanna *ex* art. 96, comma 3, cod. proc. civ., esclusivamente in relazione alla manifesta infondatezza della censura formulata per *error in iudicando* (22). E, del resto, già tra le prime decisioni

(22) Come si legge al punto 3.1 della pronuncia citata: «Alla condanna alle spese deve seguire, d'ufficio, la condanna del ricorrente ai sensi dell'art. 96 cod. proc. civ., comma 3. Infatti agire o resistere in giudizio con mala fede o colpa grave significa azionare la propria pretesa, o resistere a quella avversa, con la coscienza dell'infondatezza della domanda o dell'eccezione; ovvero senza aver adoperato la normale diligenza per acquisire la coscienza dell'infondatezza della propria posizione; e comunque senza compiere alcun serio sforzo interpretativo, deduttivo, argomentativo, per mettere in discussione con criteri e metodo di scientificità il diritto vivente o la giurisprudenza consolidata, sia pure solo con riferimento alla singola fattispecie concreta. Il che è quanto av-

iterative del passaggio, si registra almeno un caso in cui al ricorrente è stato imputato di aver violato non solo basilari regole di rito, ma pure di aver «invocato la vessatorietà *ex* art. 1341 cod. civ., d'una clausola contenuta in un atto pubblico rogato da notaio, tesi insostenibile alla luce d'una quarantennale giurisprudenza d[ella] Corte» [23].

Sono proprio tali deviazioni che impediscono di «liquidare» la tendenza rilevata come marginale (e perciò stesso non eccessivamente preoccupante), in quanto «generalmente» circoscritta ad ipotesi nelle quali è difficile non addebitare al difensore una certa negligenza nell'approcciare quella che in Francia si direbbe la *technique de cassation* [24]: al contrario, il filone pare contenere già *in nuce* gli estremi dell'ulteriore generalizzazione di una sorta di responsabilità dell'avvocato per mancata conoscenza della giurisprudenza (della Corte, almeno). Ma, poiché quest'ultima costituisce tuttora un concetto evanescente, non pare inutile il tentativo di rintracciare, in via parimenti generale, uno strumento per cautelare (la parte e) il difensore che non abbia(no) la ventura di avere dalla propria… l'indirizzo maggioritario [25].

venuto nel nostro caso, posto che – alla luce di quanto sopra esposto – un diligente professionista non poteva non sapere che l'accettazione d'un pagamento, quale che sia la volontà con cui lo esegue il *solvens*, ha l'effetto di estinguere il credito dell'*accipiens*, e di estinguerlo coi criteri stabiliti con giurisprudenza costante da questa Corte».

[23] Cass. civ., sez. III, 14 ottobre 2016, n. 20732.

[24] V., per tutti, X. Bachellier, J. Buk Lament, M.-N. Jobard-Bachellier, *La technique de cassation: pourvois et arrêts en matière civile*, 10ª ed., Paris, 2023.

[25] Resta ovviamente impregiudicato il «dovere di dissuasione» gravante sul difensore: questi, «ai sensi del combinato disposto di cui all'art. 1176, comma 2, cod. civ., e art. 2236 cod. civ.», deve rappresentare al cliente «tutte le questioni di fatto e di diritto, comunque insorgenti, ostative al raggiungimento del risultato, o comunque produttive del rischio di effetti dannosi», e, in particolare, «sconsigliarlo dall'intraprendere o proseguire un giudizio dall'esito probabilmente sfavorevole»: così, tra le altre, Cass. civ., sez. III, 2 marzo 2021, n. 5683. Sul tema, con approccio problematico, v. il recente contributo di L. Ambrosini, *Informazione professionale e responsabilità dell'Avvocato (tra Codice Civile e Codice Deontologico)*, in «Previdenza forense», 2024, p. 61 ss.

4. *La «giurisprudenza della Corte»*. — In prima battuta, in realtà, il quadro sembrerebbe sconfortante. La prima difficoltà risiede già nella lettera dell'art. 360-*bis*, n. 1, cod. proc. civ., che discorre di «giurisprudenza» senz'altro; ciò che relega nel campo dell'opinabile la tesi dottrinale – benché maggioritaria e da ritenersi condivisibile – che afferma la necessità che si tratti comunque di giurisprudenza «consolidata» (26), viceversa permettendo, in astratto, di ritenere l'esistenza di tante giurisprudenze quanti sono gli orientamenti, eventualmente anche fra loro contrastanti, della Cassazione (27).

All'ambiguità del testo si affianca, poi, l'interpretazione pretoria della disposizione: perché se questa, nel richiamare la nozione di «giurisprudenza», parrebbe quantomeno indicare univocamente che ad essere rilevante, quale parametro di (in)ammissibilità del ricorso, possa essere solo «una pluralità di pronunce» (28), la Corte ha già ritenuto applicabile l'art. 360-*bis*, n. 1, cod. proc. civ. anche in presenza di «un solo precedente» (29).

(26) È in linea con tale idea (manifestata, tra gli altri, da C. Consolo, *Dal filtro in Cassazione ad un temperato* «stare decisis»: *la prima* ordinanza *sull'art. 360*-bis, in «Il corriere giuridico», 2010, p. 1407; e F. Carpi, *Il tormentato filtro al ricorso in Cassazione*, in «Il corriere giuridico», 2009, p. 1446) che si è altrove proposto di leggere il fenomeno in chiave di diritto consuetudinario: V. Capasso, *Il ricorso per cassazione avverso... la giurisprudenza: contro uno* stare decisis *«all'italiana»*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 2019, p. 627 ss.

(27) Ma per un tentativo di fondare su basi oggettive sia la distinzione tra giurisprudenza e orientamento, che una misurazione del valore delle singole pronunce, v. F. Auletta, *Per una definizione di «giurisprudenza della corte»: coefficiente normativo marginale della decisione e metodi quantitativi di misura*, in *Problemi attuali di diritto processuale civile*, a cura di D. Dalfino, vol. 1 de «Il foro italiano: gli speciali», 2021, c. 233 ss.

(28) Sulla differenza tra precedente e giurisprudenza, imprescindibile è il richiamo a M. Taruffo, *Precedente e giurisprudenza*, Napoli, 2007, p. 12 ss.

(29) Cfr. Cass. civ., sez. VI, 22 febbraio 2018, n. 4366, in «Il giusto processo civile», 2018, p. 795 ss., con nota di G. Pillot, *La Cassazione precisa il concetto di «orientamento della giurisprudenza della corte» ex art. 360-bis, n. 1, c.p.c.*; sulla pronuncia, v. anche i rilievi critici di M.P. Fuiano, *La sezione «filtro» tra esigenze di deflazione, discrezionalità e (dis)orientamenti giurisprudenziali (La Suprema corte e l'estinzione delle esecuzioni immobiliari pendenti all'8 settembre*

Ne risulta un incremento vertiginoso delle *chances* di inammissibilità del ricorso, ogni singola pronuncia della Corte potendo in astratto porsi come preclusiva dello stesso ([30]); tantopiù laddove si consideri che l'evoluzione giurisprudenziale più recente sembra aver segnato il virtuale superamento di ogni limite di tempo e di spazio nella ricerca del *dictum* rilevante. Anzitutto, infatti, non risulta più attuale la stima del c.d. tempo di prescrizione del precedente, in passato determinata – ancora una volta, da Gorla – in circa trent'anni: basti pensare a Cass. civ., sez. un., 15 giugno 2015, n. 12307 ([31]), che, in materia di contestazione dell'autenticità del testamento olografo, ha escluso la possibilità di avallare entrambi gli orientamenti che si contendevano il campo, finendo per sposare la tesi espressa da un isolato precedente del 1951 ([32]).

1998), in *Tutela giurisdizionale e giusto processo: scritti in memoria di Franco Cipriani*, a cura di G. Balena, G. Trisorio Liuzzi e G. Impagnatiello, Napoli, 2020, vol. II, p. 849 ss.

[30] Il discorso è ovviamente fondato sull'interpretazione invalsa dell'art. 360-*bis*, n. 1, cod. proc. civ.; molte delle criticità segnalate verrebbero, invece, meno, ove fosse accolta la tesi di G. Ruffini, E. Odorisio, *Il ricorso per cassazione*, in *Diritto processuale civile*, a cura di G. Ruffini, vol. II, *La giustizia consensuale e il processo di cognizione*, Bologna, 2024, p. 443, secondo cui la disposizione dovrebbe «essere ragionevolmente riferita al caso in cui il giudice ha deciso le questioni di diritto conformemente alla giurisprudenza della Corte attraverso un riferimento ai precedenti conformi, come consentito dall'art. 118, comma 1, disp. att. cod. proc. civ. (…) ed esige che il ricorrente spieghi per quale ragione l'orientamento della Corte debba essere mutato, i perché tale orientamento pur giusto, e dunque da confermare, non sia applicabile al caso di specie». Così inteso, in effetti, l'articolo in commento avrebbe «portata innovativa (…) assai ridotta», ed essenzialmente consistente nella comminatoria della sanzione di inammissibilità.

[31] La sentenza è pubblicata in «Il foro italiano», 2016, I, c. 975 ss., con osservazioni di A. Palmieri; e nota di S. Patti, *La contestazione dell'autenticità del testamento olografo*; in «Il corriere giuridico», 2016, p. 198 ss., con nota di M. Sesta, *Onere della prova e procedimento di impugnazione di testamento olografo: la terza via delle Sezioni Unite*; in «Famiglia e diritto», 2016, p. 563 ss., con nota di A. Donato, *Contestazione in giudizio del testamento olografo e onere di domanda di accertamento negativo della sua provenienza*; e in «Il giusto processo civile», 2016, p. 417 ss., con nota di M. Garavaglia, *Impugnazione di testamento olografo, oneri probatori e azione di accertamento negativo*.

[32] Cass. civ., 15 giugno 1951, n. 1545, in «Il foro italiano», 1951, I, c. 855.

Ed anzi, ci si può spingere anche più lontano, non solo nel tempo, ma finanche nello spazio: in effetti, talora neppure la conoscenza dei precedenti domestici parrebbe bastare più, stando almeno a pronunce come Cass. civ., sez. III, 28 febbraio 2019, n. 5823 ([33]), che, nel ritenere – ben poco condivisibilmente – il valore di titolo esecutivo di una scrittura privata formatasi ante 2006 (ovvero, prima della modifica dell'art. 474 cod. proc. civ.), ove azionata dopo quella data, ha invocato a suffragio un precedente francese del 1802 ([34]), peraltro trascurando ben più recenti arresti della Corte stessa, nonché della Consulta.

Eppure, ad uno sguardo più attento, proprio l'enorme incertezza che caratterizza un quadro siffatto consente di profilare la soluzione ricercata.

Per farlo, occorre muovere dalla premessa che, se le pronunce appena richiamate non appaiono in linea con le esigenze di certezza del diritto (in generale) e affidamento in quello giurisprudenziale (in particolare), tutte risultano formalmente legittime: perché, in assenza di vincoli realmente cogenti (tale non potendosi, allo stato, ritenere neppure quello di cui all'art. 374, comma 3, cod. proc. civ.) ([35]), nulla vieta a ciascun collegio della Corte di discostarsi anche da affermazioni giurisprudenziali apparentemente ormai sedimentate; e poiché, «nella sostanza», la stessa Cassazione ammette che ciò possa avvenire persino immotivatamente ([36]),

La pronuncia era stata ricordata da M. Sesta, *Questioni sulla prova della falsità del testamento olografo*, in «Contratto e impresa», 2014, p. 71 s.

([33]) Vedila in «Rassegna dell'esecuzione forzata», 2020, p. 95 ss., con note di P.G. Attanasio, B. Capponi, A. Celotto, B. Sassani, A. Panzarola, F. Auletta, *A più voci sulla sopravvenuta esecutorietà del titolo esecutivo negoziale* per lex nova.

([34]) Pronuncia del 9 vendemmiaio anno XI (1° ottobre 1802), di cui A. Panzarola, *A più voci sulla sopravvenuta esecutorietà del titolo esecutivo negoziale* per lex nova, cit., evidenzia l'incerta provenienza.

([35]) Ma v., *si vis*, quanto osservato in V. Capasso, *Il «vincolo» delle Sezioni semplici al principio di diritto enunciato dalle Sezioni unite tra (ir)ragionevolezza ed* (un)enforceability, in «Rivista di diritto civile», 2022, p. 673 ss.

([36]) Certo, non è questo il principio espresso da Cass. civ., sez. un., 3 maggio 2019, n. 11747, annotata da A.M. Tedoldi, *Responsabilità civile del giudice, clausola di salvaguardia e «patafisica» del diritto*, in «Giurisprudenza italiana»,

è logico che tale possibilità si dia *a fortiori* ove sia possibile richiamare anche solo un precedente, per quanto remoto. Di più: una simile conclusione deve ritenersi non solo consentita, ma addi-

2019, p. 2421 ss.; C. Amato, *Quando l'errore condanna il giudice alla responsabilità per illecito civile*, in «La nuova giurisprudenza civile commentata», 2019, p. 1318 ss.; F. Ruggiero, *Il difficile equilibrio tra indipendenza dei giudici e principio di responsabilità: la parola alle Sezioni Unite*, in «Danno e responsabilità», 2019, p. 522 ss.; G. Tota, *Sulla responsabilità civile del magistrato per inosservanza di principi giurisprudenziali consolidati*, in «Il giusto processo civile», 2019, p. 561 ss.

Chiamata a risolvere la questione della possibilità o meno di ritenere integrato «il parametro della grave violazione di legge determinata da negligenza inescusabile» (secondo la dizione dell'art. 2, comma 3, lett. a, l. 13 aprile 1988, n. 117 *ante* riforma del 2015) quando il giudice non abbia «tenuto in conto, all'interno della decisione, di un orientamento giurisprudenziale assolutamente consolidato», la Corte, premessa la non vincolatività del precedente, ha – certo – sottolineato che la sua «superabilità (…) non può prescindere dall'obbligo di conoscerne l'esistenza. In un sistema che valorizza l'affidabilità e la prevedibilità delle decisioni, l'adozione di una soluzione non in linea con i precedenti non può essere di per sé né gratuita, né immotivata, né immeditata: in una parola, deve essere comunque frutto di scelta (interpretativa) consapevole e riconoscibile come tale, e a questo scopo deve essere comprensibile, e tale diviene più facilmente se esplicitata all'esterno a mezzo della motivazione»; l'esistenza di «una motivazione non meramente formale o assertiva, in presenza di una soluzione divergente rispetto ai precedenti» è quindi indicata quale strumento principe onde dimostrare che la scelta ermeneutica compiuta sia «consapevole». E tuttavia, la pronuncia aggiunge che «non tutti i casi di mancanza della motivazione nei quali la pronunzia si ponga in contrasto con l'orientamento maggioritario, sono fonte di responsabilità civile dato che la giurisprudenza di legittimità ha in più casi ritenuto sottratta alla responsabilità anche una motivazione meramente assertiva, quando la scelta interpretativa fosse ugualmente riconoscibile, pur mancando il richiamo – preferibile – ai precedenti di riferimento».

Una volta abbandonata la teoria per rivolgersi alla fattispecie in esame, però, la Corte ha finito per sottrarsi al compito di verificare le condizioni appena delineate, riconducendo le doglianze del ricorrente alla censura dell'attività interpretativa (come tale, attratta all'ambito di applicazione della clausola di salvaguardia: cfr. art. 2, comma 2, l. 13 aprile 1988, n. 117), nonostante l'errore commesso dalla pronuncia che aveva dato la stura al procedimento fosse palese agli occhi di tutti gli operatori (e assolutamente non motivato in rapporto alla sessantennale giurisprudenza contraria).

rittura necessitata, alla luce del dettato costituzionale, perché la Carta, «in maniera del tutto univoca, disegna la Cassazione come *una;* e, se la Cassazione è una, qualunque collegio *è* la Corte di cassazione e rimane depositario di *tutti* i poteri della Corte, cioè sia di *applicare* che di *fare* la giurisprudenza» (37).

Ma se ciascuna pronuncia della Cassazione è dotata della forza e dell'autorevolezza «della Corte», ed è «giurisprudenza» in potenza, ciascuna risulta *ex se* utilmente richiamabile dalla parte, persino se rimasta del tutto isolata: perché l'allegazione di un precedente di legittimità difforme può – da un lato – ben fondare quel «serio sforzo interpretativo, deduttivo, argomentativo, per mettere in discussione con criteri e metodo di scientificità il diritto vivente o la giurisprudenza consolidata, sia pure solo con riferimento alla singola fattispecie concreta» (38), che, anche secondo le pronunce sin qui passate in rassegna, consente di sfuggire alla condanna *ex* art. 96, comma 3, cod. proc. civ.; dall'altro, lo stesso precedente, per il sol fatto di esser stato reso dalla Corte, appare in ogni caso capace di «offr[ire] elementi», secondo i casi, «per confermare o mutare l'orientamento della stessa»: perché un'interpretazione già fatta propria dalla Cassazione non può (verrebbe da dire: per definizione e «convenzione») dirsi manifestamente infondata (39). Con la conseguenza che – impregiudicata restando, nell'ipotesi considerata, la possibilità, se non la probabilità, di un rigetto nel merito – l'inammissibilità di cui all'art. 360-*bis* cod. proc. civ., che proprio la manifesta infondatezza sottende, non potrà essere dichiarata (e la mala fede o colpa grave imputata) laddove la tesi patrocinata dalla parte sia stata avallata da almeno «un precedente della Corte»: ed è allora alla ricerca e all'allegazione di questo che lo sforzo del difensore può arrestarsi.

(37) Così F. Auletta, *Diritto giudiziario civile*, 3ª ed., cit., p. 395.

(38) Cfr., *ex multis*, Cass. civ., sez. III, 11 febbraio 2022, n. 4430.

(39) Perché è dall'art. 65 ord. giud., che fa riferimento alla Corte (e dunque ad ogni sua articolazione), che si ricava l'assunto per cui «l'interpretazione della legge espressa dall'organo al quale è attribuito il controllo di legittimità sulle sentenze di altri giudici [è] da ritenersi convenzionalmente, se non quella "esatta", almeno la più "esatta" (possibile) o, se si vuole, la più "giusta" e/o la più "corretta"»: cfr. Cass. civ., sez. un., 6 novembre 2014, n. 23675.

5. *La giurisprudenza di merito*. — La conclusione appena attinta, per quanto esclusivamente riferita all'ipotesi in cui «almeno un precedente di legittimità» sulla questione di volta in volta rilevante «esista», sembrerebbe poter già dirsi aver esaurito il discorso, in ragione «vuoi» del riferimento, contenuto nell'art. 360-*bis*, n. 1, cod. proc. civ., alla sola giurisprudenza «della Corte», «vuoi» dell'atteggiamento assunto dalla stessa Cassazione nel caso in cui si dia esclusivamente una giurisprudenza di merito: risale ad appena un lustro fa l'espressa presa di posizione delle Sezioni unite, che – muovendo dal presupposto che, secondo la Consulta, tale giurisprudenza non può costituire diritto vivente (40) – hanno non solo escluso ogni tutela dell'affidamento in essa eventualmente riposto dalla parte e dal suo difensore (perché sarebbe «la giurisprudenza di legittimità» l'«unico veicolo di interpretazione del significato della legge "affidabile" per la collettività»), ma addirittura profilato il dovere di quest'ultimo di «prescinderne». Nell'obbligo di diligenza dell'avvocato, infatti, viene fatto rientrare quello «di proporre soluzioni favorevoli agli interessi del cliente, anche nelle situazioni che richiedono la soluzione di problemi interpretativi complessi, di attivarsi concretamente nel giudizio con gli strumenti offerti dal diritto processuale, indicando strade interpretative nuove, portando argomenti che facciano dubitare delle soluzioni giurisprudenziali correnti e anche della giustizia della legge, sollevando eccezioni di incostituzionalità e di contrarietà con il diritto sovranazionale, ecc.» (41). Se ne potrebbe

(40) Assunto tuttora da ritenersi corretto in via di principio; e tuttavia, non sono mancate occasioni di valorizzazione, più o meno esplicita, della giurisprudenza di merito anche da parte della Consulta: cfr. *Profili del «diritto vivente» nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di L. Salvato, in <www.cortecostituzionale.it>, febbraio 2015, p. 8 s., note 20-24.

(41) Cass. civ., sez. un., 12 febbraio 2019, n. 4135, in «Il foro italiano», 2019, I, c. 1623 ss., con nota di V. Capasso, *Di* overrulings *invocati a sproposito e di effetti collaterali del mai debellato sindacato diffuso di costituzionalità*.

Si noti, peraltro, che la stessa pronuncia richiama – sia pur solo in chiave argomentativa – l'art. 360-*bis*, n. 1, cod. proc. civ., ritenendo «significativo» che tale disposizione, «nel prevedere l'inammissibilità del ricorso per cassazione che ha deciso le questioni di diritto in modo conforme alla giurisprudenza di legittimità, imponga alla Corte di cassazione di valutare se «l'esame

far discendere la dispensabilità della conoscenza dei precedenti di merito, questi ultimi non essendo utilmente richiamabili né a favore della parte (in particolare, quale fonte di errore scusabile, ai fini della rimessione in termini, ove successivamente rivelatisi scorretti, perché smentiti dalla Cassazione), né contro la stessa (che non sarebbe soggetta a particolari oneri argomentativi, ove intendesse sostenere una tesi contraria).

E invece la conclusione, che già non era apparsa convincente a suo tempo, deve ritenersi esserlo ancora meno oggi. Di là delle peculiarità del caso deciso dalla Corte, che avevano reso particolarmente odiosa l'esclusione in principio di ogni rilievo dell'affidamento riposto nella giurisprudenza di merito ([42]), si era già osservato, in generale, che «per quanto ormai almeno l'opinione della Cassazione risulti virtualmente attingibile sempre e benché l'impegno della procura generale sia nel senso di una più capillare selezione delle occasioni suscettibili di promuovere l'emanazio-

dei motivi non offre elementi per confermare o mutare l'orientamento della stessa», confermandosi in tal modo il ruolo attivo e propositivo dell'avvocato per la più efficace tutela degli interessi del cliente nel processo»: ciò che pare avallare l'idea, sottesa al presente contributo, che il tema del valore della giurisprudenza e delle ricadute pratiche di questo vada affrontato unitariamente.

[42] Caso in cui, tra l'entrata in vigore della disposizione della cui interpretazione si discuteva (art. 829, comma 3, cod. proc. civ., come novellato nel 2006) e l'intervento nomofilattico – di cui a Cass. civ., sez. un., 9 maggio 2016, nn. 9284, 9285 e 9341, in «Giurisprudenza italiana», 2016, p. 1449 ss., con note di A. Di Majo, *Un discutibile esempio di «precomprensione»*; e di C. Consolo, V. Bertoldi, *La piena sindacabilità del lodo per errori di diritto negli arbitrati basati su convenzioni ante 2006: si applica la nuova norma che tuttavia in tal caso ingloba l'antica*; in « Giurisprudenza arbitrale», 2016, p. 379 ss., con nota di S.A. Cerrato, *Quando Ponzio Pilato siede in piazza Cavour: il caso della retroattività «fittizia» del nuovo art. 829, 3° comma, c.p.c. (con una «divagazione» in tema di arbitrato societario)* – era maturata una decennale, concorde giurisprudenza di merito, peraltro perfettamente aderente al tenore letterale della legge; laddove la nuova interpretazione della Cassazione, molto distante dal testo (e, verosimilmente, dall'intenzione del legislatore), si era tradotta in un'opera di ortopedia interpretativa «costituzionalmente orientata», con l'effetto – però – di privare le parti dell'effetto naturalmente discendente dalla dichiarazione di illegittimità costituzionale.

ne di principî di diritto, l'intervento della corte nel circolo ermeneutico, in determinate materie, non è (ancora) regolarmente garantito»; tale notazione, in uno al rilievo che «i tempi comunque necessari all'attivazione dell'«unico veicolo di interpretazione del significato della legge "affidabile" per la collettività» ([43]) ben consentono la formazione di «una pratica di applicazione stabile» da parte della giurisprudenza di merito, aveva già indotto a ipotizzare una valorizzazione della stessa, in funzione di «protezione (dei giudicabili)» ([44]).

Oggi quei rilievi possono essere confermati e ulteriormente approfonditi: da un lato, infatti, il problema della intempestiva formazione della giurisprudenza di legittimità non pare (poter essere neppure prospetticamente) risolto dall'introduzione del rinvio pregiudiziale di cui al neointrodotto art. 363-*bis* cod. proc. civ., il meccanismo essendo inteso quale strumento di utilizzo eccezionale; dall'altro, sembra invece destinato a venir meno quello che da sempre costituisce il principale ostacolo pratico alla rivalutazione del ruolo dei giudici *du fond*, *id est* la difficoltà di attingere alle loro decisioni. Invero, qualunque sia il valore normativo che si è disposti a riconoscere alla giurisprudenza (in generale), esso trova quale necessario presupposto quello della sua accessibilità ([45]): pur mutando la fonte, la logica è la medesima che presiede al «diritto scritto», e che non a caso accomuna l'ideale illuministico

([43]) V. Capasso, *Di* overrulings *invocati a sproposito e di effetti collaterali del mai debellato sindacato diffuso di costituzionalità*, cit.

([44]) V. Capasso, *(De)codificare la giurisprudenza? Dalla predizione (del giudizio) alla protezione (dei giudicabili)*, in «i-lex», 2019, p. 57 ss.

([45]) Che non è sinonimo di pubblicazione in forma particolarmente qualificata: il tema è affrontato, in Francia (ove la Cassazione ha da tempo – *id est,* da ben prima dell'*open data* delle decisioni, approvato nel 2016 – adottato un sistema di pubblicità differenziata degli *arrêts* più importanti, ferma restando la loro tendenziale diffusione tramite *Légifrance*), da P. Deumier *Un arrêt non publié peut-il faire jurisprudence?*, in «Revue trimestrielle de droit civil», 2011, p. 87 ss.: sul punto, efficace è la sintesi di X. Henry, *La jurisprudence accessible: mégacode civil: théorie d'une pratique*, in «Revue de la recherche juridique: droit prospectif», 1999, n. 17: «*c'est la publication qui contient l'affirmation que la décision présente un intérêt et non l'absence de publication qui est un signe nécessaire d'absence d'intérêt* ».

francese (e poi eurocontinentale) della codificazione e l'attività di *restatement of law* tipica dei Paesi di *common law*.

Se questo è vero, la recente entrata in funzione della banca dati delle decisioni di merito (BDP) (46) non può non indurre ad interrogarsi sulla possibilità che alla maggiore disponibilità della produzione giurisprudenziale delle Corti di merito corrisponda – da un lato – un mutamento del valore della stessa, in assoluto e in relazione a quella di legittimità, e – dall'altro, e conseguentemente – l'estensione del dovere informativo dell'avvocato. Una riflessione in tal senso, del resto, è già in corso da parte della dottrina straniera, che è giunta a risultati finanche più spinti di quelli che qui si intende suggerire: così, quanto al primo profilo, quella francese – interessata, prima di noi, dal fenomeno dell'*open data* delle decisioni giudiziarie (47) – ha evidenziato la funzione equalizzatrice della macchina, che in difetto di diverse istruzioni, attribuisce a tutte le decisioni il medesimo valore; ciò che, tenuto conto della differenza quantitativa naturalmente corrente tra le decisioni di merito e quelle di legittimità, ha indotto a ventilare l'ipotesi di una futura «inversione gerarchica» delle fonti del diritto giurisprudenziale (48). Quanto al secondo profilo, in Canada si è giunti

(46) Su cui v. E. D'Alessandro, *Ricerca, informazione e dissemination in diritto processuale civile: la Banca Dati di Merito Pubblica (Obiettivo PNRR M1-C1 Riforma 1.8)*, in «Il diritto processuale civile italiano e comparato», 2024, p. 333 ss.

(47) Disposto con la *loi* n. 2016-1321 del 7 ottobre 2016 pour une *République numérique*, ma tuttora in via di implementazione. Per una sintesi dell'evoluzione degli ultimi anni, v. P. Deumier, *L'effet de l'open data sur la jurisprudence des juges du fond*, in «Il diritto processuale civile italiano e comparato», 2023, p. 684 ss.

(48) «*On peut aussi en termes d'équilibre jurisprudentiel de l'office du juge prévoir un phénomène d'inversion hiérarchique la jurisprudence des juges de première instance prenant le pas comme référence réitérée par l'égalisation factuelle des décisions de justice traitées par la machine sur celle des juges d'appel et même des juridictions suprêmes*»: A. Louvaris, *Présentation générale : la justice prédictive entre être et devoir être*, in *La justice prédictive: actes du colloque du 12 Février 2018, organisé par l'Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation à l'occasion de son bicentenaire en partenariat avec l'Université Paris-Dauphine PSL*, Paris, 2018, p. 33.

sino a prospettare un «dovere» dell'avvocato di avvalersi a 360° delle potenzialità oggi offerte dalle banche dati; dovere dunque non più limitato al semplice studio delle questioni giuridiche e al reperimento di precedenti, ma da ritenersi esteso anche all'impiego di tecniche di *judicial analytics* onde profilare il giudice (49).

Ora, ai fini che qui interessano, la riflessione (e l'innovazione) può arrestarsi ben prima.

Da un lato, l'ipotesi considerata in questa sede (*id est,* l'assenza di decisioni di legittimità) esclude la necessità di interrogarsi sul peso relativo dei precedenti in base all'organo di emissione, viceversa consentendo di limitarsi a sottolineare che, se è vero che il dato costituzionale consente una diversificazione tra giudici – tutti, come noto, parimenti «competenti a dichiarare definitivamente la volontà del potere cui appartengono» (art. 37 l. 11 marzo 1953, n. 87) – solo per «funzioni» (art. 107, comma 3, Cost.), non vi è alcuna ragione teorica per negare ad un giudice, «qualunque giudice», la capacità di fornire un'interpretazione affidabile della legge: con la conseguenza che, ove l'organo deputato – comunque, per (mera) legge ordinaria – ad «assicura[re] l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge» (art. 65 ord. giud.) non abbia ancora avuto modo di intervenire, nessuna esegesi, tra quelle già consacrate dall'autorità giudiziaria, potrà dirsi sicuramente scorretta, e tutte dovranno ritenersi (fermo l'eventuale, diverso grado di «persuasività») dotate di «carica normativa» (incerta, ma) equiordinata.

D'altro canto, benché pure la banca dati delle decisioni di merito consenta, già allo stato, l'attività di profilazione dei protagonisti del processo (ciò che, evidentemente, non vale ancora a ipotizzarne la doverosità, né, prima ancora, la liceità) (50), ciò che interessa in

(49) Cfr. J. Mcgill, A. Salyzyn, *Judging by Numbers: How will judicial analytics impact the justice system and its stakeholders?*, in «Dalhousie Law Journal», 2021, p. 249 ss.; inizia ad interrogarsi su una simile responsabilità, seppur ancora con un raggio di azione più limitato (perché riferita al mancato utilizzo delle potenzialità dell'intelligenza artificiale nella ricerca dei precedenti e nell'*assessment* dell'infondatezza della pretesa), A.M. Gambino, *La responsabilità dell'Avvocato per mancato utilizzo della IA*, in «Diritto Mercato Tecnologia», 2025, p. 3 ss., pubblicato dopo la data del Seminario.

(50) Si è affrontato il tema, nella prospettiva – però – dell'eventuale tutela

questa sede è l'idea di partenza che ha condotto la dottrina canadese alla conclusione già riportata, più che la conclusione stessa: idea che muove dall'osservazione (empirica) per cui la diffusione degli strumenti offerti dal progresso tecnologico tende, col tempo, a mutarne l'utilizzo da opportuno (ma facoltativo) a «doveroso».

È ciò che ha condotto, oltre oceano, ad estendere l'obbligo di diligenza degli avvocati: «*[s]everal decades ago, it was accepted practice for lawyers to rely on print case reporters; now, a failure to use electronic databases to conduct legal research can amount to lawyer incompetence. The tools that lawyers are expected to use to provide competent client representation evolve as the available technologies expand and become more widely used*» ([51]); ed è ciò che, pur con tutti i *distinguo* del caso, sembra ispirare l'ormai non più recente (ma non per questo meno preoccupante) affermazione della Cassazione, secondo cui la pubblicazione di una decisione di legittimità sul sito *web* della Corte costituirebbe ragione sufficiente per negare la scusabilità dell'errore commesso dalla parte che, nella proposizione del ricorso, seppur solo di poco successivo, non vi si sia conformata ([52]).

da garantire al giudice, in V. Capasso, *Tra protezione dei dati personali e* accountability *del giudice: spunti di riflessione dall'esperienza franco-belga*, in «DPCE Online», 2024, n. 2, p. 1067 ss.

[51] J. Mcgill, A. Salyzyn, *Judging by Numbers*, cit., p. 275 s.

[52] Cass. civ., sez. II, 7 febbraio 2011, n. 3030, in «Il foro italiano», 2011, I, c. 1075 ss., con nota di G. Costantino, *Termini processuali in materia civile*, che, nell'escludere la scusabilità dell'errore in relazione ad un ricorso depositato il 4 novembre 2009, ha ritenuto irrilevante che, «al momento della presentazione del ricorso per cassazione, la sentenza» che ha operato il *revirement* giurisprudenziale «non fosse ancora stata pubblicata – come sosten[eva]no i ricorrenti nella memoria illustrativa – «sulle riviste giuridiche più note e diffuse tra gli operatori del diritto», sulla scorta del rilievo che «il testo integrale della citata sentenza [fosse] già disponibile (a partire dal 13 ottobre 2009) nel Servizio novità del sito *web* della Corte di cassazione, accompagnato da un abstract di presentazione, curato dall'Ufficio del Massimario della Corte, con il quale il mutamento di indirizzo giurisprudenziale era stato segnalato agli utenti». Sul tema v. anche C. Consolo, *Le Sezione Unite tornano sull'* overruling*, di nuovo propiziando la figura dell'avvocato «internet addicted» e pure «veggente»*, in «Giurisprudenza costituzionale», 2012, p. 3166 ss.

Certo, il discorso, anche su tale ultimo tema, è stato sinora condotto, in Italia come all'estero, quasi esclusivamente con riferimento alla pubblicità (con connesso dovere di conoscenza) della giurisprudenza delle Corti superiori; ma, una volta esclusi tanto l'ostacolo «teorico» del supposto monopolio interpretativo «affidabile» da parte della Cassazione, quanto quello «pratico» dell'accessibilità delle decisioni, la prospettiva di traslare la soluzione prospettata con riferimento alle pronunce di legittimità anche alla giurisprudenza di merito non pare del tutto fuori luogo; ciò che potrà sicuramente tradursi, in un prossimo futuro (ovvero, quando la disponibilità del dato potrà dirsi reale e completa), in una estensione del dovere dell'avvocato di conoscere la «giurisprudenza» di merito, ma che pare già attualmente consentire quella della possibilità di utilizzo in chiave difensiva ([53]) di ciascuna «pronuncia»: perché, in fondo, dire che non può bollarsi come del tutto insostenibile una tesi già posta alla base di una (qualunque) sentenza intestata al «popolo italiano» non è che un'applicazione del principio per cui non è possibile esigere dalla parte (*lato sensu*) una diligenza superiore a quella dovuta da ciascun giudice ([54]).

[53] Funzione che – posto il carattere generale del potere di condannare *ex* art. 96, comma 3, cod. proc. civ. – viene in rilievo tanto nei gradi di merito, quanto in sede di legittimità: v. la già richiamata Cass. civ., sez. III, 6 ottobre 2022, n. 29129, che indugia in considerazioni sull'insostenibilità della tesi sostenuta dal ricorrente nel corso dell'intero procedimento.

[54] Si tratta di un principio generale, che spinge le sue propaggini in varie direzioni: dalla necessità di concedere la rimessione in termini ove la decadenza sia dovuta a errore del giudice (R. Caponi, *La rimessione in termini nel processo civile*, Milano, 1996, p. 251 ss.), a quella di impedire l'estinzione del processo a seguito di rinnovazione puntualmente rispettosa dell'ordine del giudice, quand'anche ne derivi la mancata sanatoria di tutte le nullità da cui il primo era affetto, perché solo parzialmente rilevate dall'Autorità giudiziaria (v. A. D'Angelis, *Sulla rinnovazione dell'atto di citazione nullo effettuato in rinnovazione di un atto di citazione nullo*, in «Rivista di diritto processuale», 2020, p. 1366 ss.), a quella di derogare al principio di prevalenza della sostanza sulla forma in caso di scelta consapevole del giudice (F. Auletta, *Diritto giudiziario civile*, 3ª ed., cit., p. 61).

Florin Costinel Malatesta
Dottore di ricerca nell'Università di Roma La Sapienza

LA DILIGENZA E LA RESPONSABILITÀ DELL'AVVOCATO NEI RAPPORTI CON IL PROPRIO ASSISTITO

Sommario: 1. Il modello di responsabilità dell'avvocato di cui agli artt. 1176 e 2236 cod. civ. – 2. L'analisi della giurisprudenza in ordine a tale parametro di condotta professionale. – 3. Le diverse possibili configurazioni della responsabilità dell'avvocato e i criteri di imputazione. – 4. Danno da perdita di «chance» e nesso eziologico. – 5. Profili deontologici verso il proprio assistito. – 6. Analisi casistica in tema di responsabilità dell'avvocato nei confronti del proprio assistito. – 7. Considerazioni conclusive: verso un nuovo ruolo dell'avvocato?

1. *Il modello di responsabilità dell'avvocato di cui agli artt. 1176 e 2236 cod. civ.* — Il rapporto che intercorre tra l'avvocato e il proprio assistito è tra i più delicati, in quanto involge profili che in parte si discostano, in parte integrano i tradizionali principi civilistici in materia di responsabilità da inadempimento contrattuale. È lo stesso legislatore ad aver espressamente sancito, agli artt. 1176 e 2236 cod. civ., uno specifico *standard* rafforzato di diligenza, «qualificata» appunto, che l'avvocato deve garantire nei confronti del soggetto che questi rappresenta, sia in giudizio che in sede extraprocessuale; tali norme, infatti, prevedono, in considerazione dell'elevato rilievo e delle capacità tecniche richieste all'avvocato nell'esecuzione della sua prestazione professionale – specialmente ove ciò implichi la soluzione di problemi tecnici di

Quaderni di «Etica e giustizia», n. 1
L'avvocato e la giustizia, a cura di M. Gradi, Napoli, 2025

speciale difficoltà – possibili restrizioni della sua responsabilità alle sole ipotesi di dolo o colpa grave.

Un primo tratto differenziale, rispetto al comune modo di intendere la responsabilità civile, attiene, come anticipato, al parametro di diligenza richiesto *ex lege*: a tal fine, la regola scolpita dall'art. 1176, comma 2, cod. civ., da leggersi in combinato disposto con l'art. 2236 cod. civ. – nel designare i tratti caratterizzanti della condotta dell'esercente un'attività professionale in genere – impone, rispetto al debitore «comune», un diverso e specifico criterio di valutazione del comportamento dell'avvocato.

In particolare, premessa l'indeterminatezza del dato normativo nella definizione del concetto di «diligenza» [1], il professionista forense è tenuto, nella sua attività di «eterogestione» [2], a tutelare – nelle forme e modalità che ritenga più idonee, e con la

[1] Cui deve necessariamente fornire rimedio l'imprescindibile attività ricostruttivo-sistematica dell'interprete. In termini assai generali, la diligenza è ritenuta una formula riassuntiva di quel complesso di cure e cautele che il debitore deve normalmente impiegare ai fini del soddisfacimento dell'obbligazione assunta, avuto riguardo alla particolare natura dell'attività esercitata da uno o entrambe le parti, al rapporto giuridico che ne deriva e a tutte le circostanze di fatto che concorrono a determinarlo. Così, espressamente, la relazione illustrativa (n. 559) al codice civile del 1942. V., più in generale, L. MENGONI, *Responsabilità contrattuale*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXIX, Milano, 1988, p. 1072 ss.

[2] In dottrina, oggi, si tende a distinguere tra tre tipologie di rapporti giuridici, a seconda del diverso grado di diligenza richiesta: quelli in cui vengono in rilievo attività di «eterogestione», ossia di gestione di interessi altrui (si pensi all'art. 1710 cod. civ., in tema di mandato, dal quale può derivare, a titolo esemplificativo, l'amministrazione del patrimonio altrui); quelli in cui prevalgono tratti mutuati dalla disciplina della custodia (tra cui l'art. 1001 cod. civ., che prevede l'obbligo di restituzione posto in capo all'usufruttuario; l'art. 1587 cod. civ., relativo alle facoltà e agli obblighi derivanti dall'uso della cosa concessa in locazione; l'art. 1800, comma 1, cod. civ. e l'art. 1804 cod. civ., che espressamente dettano l'obbligo di conservazione delle cose detenute a titolo di sequestro convenzionale ovvero di comodato; ecc.); da ultimo, l'ultima tipologia afferisce ai rapporti di lavoro autonomo (nel qual caso essenziale, ai fini della valutazione della diligenza, è la valutazione della natura dell'attività strumentale dovuta). V. inoltre R. TISCINI, *Il ruolo dei giudici e degli avvocati nella gestione delle controversie civili*, Napoli, 2023, p. 18 ss.

necessaria perizia tecnica e prudenza – gli interessi sostanziali del proprio assistito, mediante il compimento degli atti e l'esposizione delle relative ragioni nelle loro articolazioni in fatto e in diritto ([3]); nel fare ciò, deve osservare un grado diligenza superiore rispetto a quello ordinariamente esigibile dal «buon padre di famiglia» ([4]). Più propriamente, il concetto di «diligenza», consistente nell'adeguato uso delle energie e dei mezzi più utili al soddisfacimento del creditore, va correlato a quello di «perizia», ossia al proficuo impiego, da parte del soggetto dotato di idonea abilità professionale, delle nozioni tecnico-professionali che si renderanno, di volta in volta, necessarie per il conseguimento del maggior risultato possibile, o comunque auspicabile, per il proprio assistito ([5]). Si richiede, in altri termini, un grado di diligenza che può essere racchiuso nel brocardo latino «*homo eiusdem professionis et condicionis*», vale a dire del difensore dotato della conoscenza e della preparazione media ai fini dell'incarico professionale che è chiamato ad adempiere ([6]).

([3]) G. Musolino, *La responsabilità del notaio e dell'avvocato*, Milano, 2023, p. 463.

([4]) G. Facci, *La responsabilità civile del professionista*, Padova, 2006, p. 786 ss.; M. Fortino, *La responsabilità civile del professionista*, Milano, 1984, p. 784 ss.; A. Barca, *La responsabilità contrattuale dell'avvocato nell'espletamento dell'incarico ricevuto*, in «La nuova giurisprudenza civile commentata», 2001, VI, p. 486 ss.; M. Gradi, *L'obbligo di verità delle parti*, Torino, 2018, p. 595 ss., il quale evidenzia come potrebbe financo parlarsi di «moralizzazione del processo», al fine di rendere le parti edotte circa le conseguenze del proprio agire dinanzi al giudice. Tale concezione, a ben guardare, potrebbe essere mutuata anche per quel che concerne i rapporti tra la parte assistita in giudizio e il relativo difensore, in quanto trattasi di un principio in grado di informare l'intera vicenda processuale, e non solo la relazione intercorrente tra i litiganti.

([5]) Tale è la ricostruzione operata da C.M. Bianca, *Diritto civile*, vol. IV, *L'obbligazione*, rist. agg., Milano, 2019, p. 96 ss.

([6]) Cass. civ., sez. II, 22 marzo 2017, n. 7309; Cass. civ., sez. II, 16 febbraio 2016, n. 2954; Cass. civ., sez. II, 5 luglio 2018, n. 17655; G. Musolino, *Responsabilità del prestatore d'opera*, in Id., *Contratto d'opera professionale: artt. 2229-2238*, 3ª ed., vol. de *Il codice civile: commentario*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2020, p. 551 ss.; R. Calvo, *Diligenza e professionalità della prestazione*, in *La responsabilità del professionista*, a cura di V. Cuffaro, Bologna, 2019, p. 153 ss.

La responsabilità dell'avvocato va, dunque, declinata sotto differenti profili, a seconda dell'attività che, di volta in volta, questi sarà tenuto a svolgere, oltre che della complessità derivante dalla soluzione di eventuali problemi e questioni giuridiche: ove ciò si renda necessario, la «esimente» di cui all'art. 2236 cod. civ. ammette l'imputabilità della condotta del difensore esclusivamente ove connotata da dolo o colpa grave, così consentendo una dosimetria della colpa dell'avvocato; pertanto, in tal caso – come specificato dal brocardo «*culpa lata est non intelligere quod omnes intellegunt*» – la sola forma di responsabilità configurabile sarà l'imperizia, consistente nel difetto di determinate cognizioni che gli permettano di adempiere esattamente al proprio incarico professionale, ovvero nella violazione di regole tecniche proprie del settore giuridico che viene, di volta in volta, in rilievo nel caso di specie ([7]).

Ove, per converso, la responsabilità del difensore sia ascrivibile alla negligenza ovvero all'imprudenza, questi sarà tenuto a rispondere *ex* art. 1176, comma 2, cod. civ., con conseguente configurazione dell'inadempimento *ex contractu*, in tale circostanza, anche a titolo di colpa lieve ([8]). In altri termini, allorquando l'avvocato, nell'esecuzione del mandato difensivo, ponga in essere una condotta non confacente al canone della diligenza «qualificata» di cui all'art. 1176, comma 2, cod. civ., potrà rispondere, per ciò solo, in ragione della qualifica e del ruolo che riveste, anche a titolo di colpa lieve. Al contrario, la sola necessità, ai fini della risoluzione di questioni giuridiche particolarmente complesse, di specifiche conoscenze nella sua esclusiva disponibilità è ritenuta, per granitico orientamento della Suprema Corte, condizione

([7]) Così Cass. civ., sez. III, 29 maggio 2015, n. 19213; Cass. civ., sez. III, 12 settembre 2013, n. 20904, in «Danno e responsabilità», 2014, I, p. 33 ss., con nota di M.D.G. Amone, *La responsabilità medica verso la presunzione del nesso di causa*; Cass. civ., sez. III, 13 gennaio 2005, n. 583; Cass. civ., sez. III, 19 maggio 1999, n. 4852, in «La nuova giurisprudenza civile commentata», 2000, II, p. 226 ss., con nota di C. Parodi, *Il percorso evolutivo del danno riflesso*; G. Musolino, *La responsabilità del notaio e dell'avvocato*, cit., p. 125 ss.

([8]) G. Facci, *La responsabilità civile del professionista*, cit., p. 850. Per l'esame della relativa casistica giurisprudenziale, v. *infra*, § 4.

necessaria e sufficiente atta a consentire un'attenuazione del normale grado di responsabilità esigibile in concreto dal difensore: in tal caso, la sua condotta sarà sanzionabile solo ove questi abbia agito con dolo o colpa grave. La prova dell'esistenza di tale ultimo presupposto incombe sul professionista [9]; in particolare [10], si è evidenziato un rapporto di proporzionalità inversa tra la speciale difficoltà della prestazione forense e la gradazione della colpa professionale, nel senso che all'aumentare del tasso di complessità dell'attività intellettuale, regredirà l'elemento psicologico, e viceversa. La legge richiede, perciò, a ciascun avvocato il rispetto di un parametro di condotta «diligente» tanto maggiore quanto più specialistiche siano le sue abilità tecniche [11].

[9] V., *ex multis*, Cass. civ., sez. I, 19 dicembre 2023, n. 35489; Cass. civ., sez. VI, 30 marzo 2022, n. 10190; Cass. civ., sez. II, 11 agosto 1990, n. 8218; G. Sicchiero, *Diligenza nell'adempimento*, in *Dell'adempimento: artt. 1176-1179*, vol. de *Il codice civile: commentario*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2016, p. 115 ss.

[10] Atteso il carattere meno severo della colpa grave rispetto al consueto criterio della colpa lieve. La colpa grave professionale è, in particolare, configurabile quando l'avvocato non adotti le cautele o, comunque, mostri di non conoscere o di non fare applicazione delle specifiche cognizioni tecniche del proprio settore, eventualmente anche di specializzazione, che dovrebbe conoscere, adottare e, pertanto, applicare. Nella prassi, si verifica sovente che la principale causa della colpa grave sia da rinvenire nel mancato impiego della necessaria perizia nell'esecuzione dell'attività intellettuale. Così, espressamente, G. Musolino, *La responsabilità del notaio e dell'avvocato*, cit., p. 130 ss.

[11] Così G. Musolino, *La responsabilità del notaio e dell'avvocato*, cit., p. 124 ss. e p. 475 ss., il quale chiarisce che da parte del difensore «più esperto», così come dall'avvocato che ha alimentato o comunque non disatteso una fama professionale o una particolare specializzazione in un settore dell'ordinamento giuridico, si potrebbe pretendere un risultato, ossia un esito della sua attività – para-giurisdizionale o anche contenziosa *stricto sensu* – maggiore rispetto a quanto si possa ragionevolmente pretendere dal «professionista medio». Conseguenza di tale ricostruzione sarebbe, secondo l'autore, il fatto che un determinato evento dannoso potrebbe non costituire un'ipotesi di colpa grave per il prestatore d'opera intellettuale dotato di conoscenze medie e determinare, piuttosto, la configurabilità di una fattispecie di colpa lieve per l'avvocato, specialistica in quella particolare branca dell'ordinamento presa in considerazione nel caso concreto. Stando alla giurisprudenza di legittimità, è possibile distinguere tra due diversi gradi di diligenza professionale, il primo di tipo generico;

Al fine di valutare l'eventuale sussistenza della colpa professionale, si richiederà al giudice una duplice valutazione, avente ad oggetto, *in primis*, la conformità del comportamento, in concreto tenuto dal difensore, alla fattispecie astratta dell'avvocato «esperto ed avveduto»; la seconda verterà, invece, sull'eventuale presenza, nel caso di specie, di problemi tecnici di speciale difficoltà, al cui positivo riscontro conseguirà l'attenuazione della soglia della responsabilità professionale; richiedendosi, in particolare, per la sanzionabilità della sua condotta, la necessaria sussistenza del dolo ovvero della colpa grave (12).

Sempre sotto il profilo probatorio, la giurisprudenza di legittimità ammette la proposizione, da parte del cliente, dell'*exceptio non adimpleti contractus*, *ex* art. 1460 cod. civ., nei confronti dell'avvocato che abbia violato l'obbligo di diligenza professionale, ma solamente nel caso in cui – sulla base di un giudizio di idoneità in concreto – la negligenza del difensore sia stata tale da incidere negativamente sulla sfera giuridica della parte assistita; di contro, sempre per costante orientamento della Cassazione (13), non può ritenersi inadempiente la condotta del difensore che sia consistita nella mancata presenza all'udienza di ammissione dei mezzi di prova e nell'omessa produzione, nell'ambito di un giudizio promosso sulla base di un'azione risarcitoria, di un documento attestante le spese mediche sostenute, e ciò per il rilievo che la mera assenza all'udienza *de qua* non implica alcuna rinun-

e il secondo di tipo qualificato. L'incremento della soglia di normalità del comportamento diligente esigibile *ex lege* determina, pertanto, la correlativa differente considerazione del grado di tenuità della colpa professionale, in termini di inversa proporzionalità. In tal senso, *ex multis*, Cass. civ., sez. III, 5 luglio 2004, n. 12273, in «Diritto e giustizia», 2004, XXXIII, p. 28 ss., con nota di A. Pellecchia, *La Cassazione a tutto campo sulla responsabilità dei camini bianchi*.

(12) G. Falco, *La responsabilità professionale dell'avvocato*, Roma, 2017, p. 51 ss.; G. Musolino, *Contratto d'opera professionale*, cit., p. 576 ss.

(13) Non potendo il professionista garantire l'esito comunque favorevole del giudizio ed essendo contrario a buona fede l'esercizio del potere di autotutela ove la negligenza nell'attività difensiva, secondo un giudizio probabilistico, non abbia in alcun modo pregiudicato la *chance* di vittoria. Così Cass. civ., sez. II, 15 dicembre 2016, n. 25894; G. Musolino, *La responsabilità del notaio e dell'avvocato*, cit., p. 468 ss.

cia, neppur implicita, alle deduzioni istruttorie, formulate negli atti introduttivi o nelle successive appendici scritte dell'udienza di trattazione. Le più recenti pronunce della Suprema Corte hanno, da ultimo, riconosciuto che ove la negligenza del professionista forense sia stata tale, da pregiudicare le *chance* di vittoria in giudizio dell'assistito per il sopravvenire di circostanze ostative alla realizzazione del diritto da questi vantato, l'inadempimento contrattuale dell'avvocato determinerà la perdita del diritto all'onorario (14), oltre alla necessità di risarcire (all'ormai ex cliente) gli ulteriori danni (15).

(14) Così Cass. civ., sez. II, 20 giugno 2023, n. 17589; nello stesso senso, v. anche G. Musolino, *La responsabilità del notaio e dell'avvocato*, cit., p. 467 ss.; occorre, inoltre, dare conto dell'orientamento pretorio che esclude l'applicabilità dell'art. 2236 cod. civ. nel caso di inosservanza, da parte del legale rappresentante, delle norme processuali: tali errori, specialmente ove commessi nell'esercizio dell'attività difensiva, non sembrano ammissibili sul piano giuridico, oltre che deontologico; la mancata conoscenza dei meccanismi volti a disciplinare il regolare incedere del giudizio non può essere ritenuta una mera imperizia, dovendo piuttosto essere ricompresa tra le ipotesi di grave negligenza del professionista, da cui deriva la perdita del suo diritto al compenso, in ragione del dovere di costante informazione e aggiornamento che grava sul medesimo, circa l'evoluzione legislativa e giurisprudenziale: v. Cass. civ., sez. II, 31 marzo 2023, n. 9063; Cass. civ., sez. III, 26 marzo 2024, n. 8217; Cass. civ., sez. II, 7 febbraio 2011, n. 3030.

(15) Si pensi, inoltre, allo svolgimento di un'attività difensiva totalmente inutile, già *ex ante* pronosticabile come tale, dalla quale non può derivare alcuna utilità per il proprio assistito. Tale è, ad esempio, il caso del difensore che spieghi intervento autonomo, in un giudizio già pendente tra altri soggetti, dopo la scadenza dei termini *ex* art. 183, comma 6, cod. proc. civ. e, come tale, senza alcuna possibilità di accoglimento: v. Cass. civ., sez. VI, 18 febbraio 2022, n. 5440. Così, inoltre, all'ipotesi dell'omessa impugnazione di una sentenza dichiarativa dell'estinzione del processo per irritualità della riassunzione dello stesso e della mancata informazione al cliente circa le relative conseguenze giuridiche, da cui deriva la definitiva perdita del diritto e, dunque, la sostanziale carenza di qualsivoglia utilità dell'attività difensiva precedentemente svolta, in quanto la sua prestazione è da ritenersi totalmente inadempiuta ed improduttiva di effetti in favore della parte rappresentata in giudizio: così Cass. civ., sez. III, 26 febbraio 2013, n. 4781, in «Il foro italiano», 2013, I, c. 1940 ss., con nota di G. Scarselli, *Utilità della difesa e diritto al compenso*. Si consideri, inoltre, che la mera conoscenza della disciplina che impone la rinnovazione dell'ipote-

2. *L'analisi della giurisprudenza in ordine a tale parametro di condotta professionale.* — Nel panorama giurisprudenziale relativo alla mancata osservanza di norme processuali da parte del difensore, da cui deriva la violazione dello *standard* di condotta di cui all'art. 1176, comma 2, cod. civ., si considerino, inoltre, le ipotesi, alquanto diffuse nella prassi, di omessa indicazione della data di prima udienza nell'atto di opposizione a decreto ingiuntivo (16), così come a quelle di decadenza dalla possibilità di esperire determinati mezzi di prova decisivi per il giudizio (17), dell'errore nell'integrazione del contraddittorio e nelle relative notifiche ai litisconsorti che avrebbero dovuto necessariamente partecipare al giudizio (18).

La configurabilità dell'imperizia dell'avvocato presuppone, dunque, la mancata conoscenza o la violazione, da parte del professionista, della legge; ovvero l'errore nella risoluzione di questioni giuridiche pur in assenza di discrezionalità. Al contrario, la scelta di una determinata strategia processuale può, nel caso concreto, essere fonte di responsabilità per il difensore medesimo, specialmente ove tale linea difensiva appaia, già *ex ante*, del tutto inidonea al perseguimento dello «scopo difensivo»; faranno, di conseguenza, eccezione tutte quelle ipotesi nelle quali le soluzioni fornite dalla dottrina e/o dagli indirizzi giurisprudenziali, ai fini della positiva soluzione del caso concreto con esclusivo riguardo alla posizione del proprio assistito, presentino margini di opinabilità, tali da rendere giuridicamente plausibili le scelte difensive

ca, *ex* artt. 2847 e 2878, n. 2, cod. civ., va ricompresa nell'obbligo oggetto della prestazione professionale resa dall'avvocato e rientra nella diligenza media esigibile dal difensore, e non anche dal cliente, il quale non è tenuto a conoscere il termine di scadenza della garanzia ipotecaria: così Cass. civ., sez. III, 22 giugno 2020, n. 12127.

(16) Cass. civ., sez. II, 23 aprile 2002, n. 5928.

(17) Cass. civ., sez. III, 8 maggio 1993, n. 5325, in «La nuova giurisprudenza civile commentata», 1994, II, p. 266 ss., con nota di F. MARINELLI, *Le nuove frontiere della responsabilità professionale dell'avvocato*.

(18) Cass. civ., sez. II, 24 marzo 1978, n. 1437; A.P. UGAS, *Responsabilità del prestatore d'opera*, in *Dell'impresa e del lavoro: artt. 2188-2246*, a cura di O. Cagnasso e A. Vallebona, vol. del *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, Milano, 2012, p. 880 ss.

in concreto operate dal difensore, al fine di tutelare le ragioni del suo cliente; e ciò quand'anche il giudizio si sia concluso con la soccombenza di quest'ultimo [19].

Sulla base di quanto considerato, si può ritenere, da una parte, che l'obbligazione dell'avvocato riguarda l'attività diligente che deve essere oggetto della sua prestazione e, dall'altra, che il parametro comportamentale è costituito dalla diligenza professionale rafforzata [20]. Come chiarito dalla Suprema Corte, l'inadempimento, da parte dell'avvocato, della propria obbligazione «di mezzi» [21], non può essere ricavato dal mancato raggiungimento del risultato utile atteso dal cliente, ma dev'essere valutato alla stregua dei doveri inerenti allo svolgimento dell'attività professionale, specialmente il dovere di diligenza [22].

[19] Cass. civ., sez. III, 10 giugno 2016, n. 11906. Va, in ogni caso, evidenziato, sulla scorta di quanto ampiamente sostenuto da M. Gradi, *L'obbligo di verità delle parti*, cit., p. 621 ss., spec. p. 634, con riguardo all'esclusivo ruolo di chi è formalmente parte nel processo, che occorrerà, comunque, tentare di rispettare sempre il fondamentale obbligo di verità, anche ove ciò possa risultare in contrasto con la posizione difensiva assunta nei riguardi del proprio assistito; Id., *Il dovere di leale collaborazione delle parti: verso una nuova filosofia processuale*, in «Le corti fiorentine», 2023, p. 43 ss., in cui si evidenzia la duplice natura assunta dal cd. «obbligo di verità» delle parti, il quale, al tempo stesso, presenta una «componente statica (che impone alle parti il divieto di fornire informazioni o prove false, sanzionabile soltanto *a posteriori* in caso di accertamento della falsità della parte), quanto una componente dinamica (che consiste nell'obbligo positivo dei litiganti di fornire, nel corso del processo, informazioni e prove necessarie per il corretto accertamento dei fatti)»; F. Ghirga, *L'abuso del processo e alcune norme nell'ultima riforma della giustizia civile*, in «Rivista di diritto processuale», 2023, p. 390 ss.; A. Carratta, *Dovere di verità e completezza nel processo civile*, I, in «Rivista trimestrale di diritto procedura civile», 2014, p. 47 ss.

[20] P. Doria, *La responsabilità civile professionale dell'avvocato*, in «Lavoro Diritti Europa», 2020, n. 2, p. 27 ss.

[21] Su cui v. *infra*, § 2.

[22] Cass. civ., sez. III, 29 gennaio 2009, 20828; Cass. civ., sez. III, 17 gennaio 2007, n. 974, in «Danno e responsabilità», 2007, p. 1115 ss., con nota di R. Foffa, *Responsabilità professionale dell'avvocato per proposizione di un appello inammissibile*; Cass. civ., sez. II, 11 agosto 2005, n. 16846, secondo cui: «L'avvocato deve considerarsi responsabile nei confronti del proprio cliente, ai sensi degli artt. 2236 e 1176 cod. civ., in caso di incuria o di ignoranza di

Vi è chi evidenzia come il parametro di cui all'art. 1176 cod. civ. possa, a sua volta, essere idealmente scisso in due tipologie di diligenza: «ordinaria», da intendersi quale cura e sollecitudine nell'adempimento di tutte le obbligazioni; «qualificata», consistente nella massima nell'esecuzione «esperta» della prestazione ([23]). Altri ritengono, invece, che i diversi parametri di diligenza dell'art. 1176 cod. civ. si riferirebbero ad una nozione unitaria di diligenza: a divergere sarebbero esclusivamente i criteri di valutazione del comportamento del difensore in relazione all'attività di volta in volta da questi posta in essere. Secondo quest'ultima interpretazione, si tratterebbe solamente di un'applicazione particolare della regola generale ([24]).

In ogni caso, a prescindere dalla linea di pensiero (in punto teorico) cui si preferisce aderire, resta il fatto che l'avvocato è te-

disposizioni di legge ed, in genere, nei casi in cui, per negligenza o imperizia, compromette il buon esito del giudizio, mentre nelle ipotesi di interpretazione di leggi o di risoluzione di questioni opinabili, deve ritenersi esclusa la sua responsabilità, a meno che non risulti che abbia agito con dolo o colpa grave. Pertanto, l'inadempimento del suddetto professionista non può essere desunto dal mancato raggiungimento del risultato utile cui mira il cliente, ma soltanto dalla violazione del dovere di diligenza adeguato alla natura dell'attività esercitata, ragion per cui l'affermazione della sua responsabilità implica l'indagine – positivamente svolta sulla scorta degli elementi di prova che il cliente ha l'onere di fornire – circa il sicuro e chiaro fondamento dell'azione che avrebbe dovuto essere proposta e diligentemente coltivata e, in definitiva, la certezza morale che gli effetti di una diversa sua attività sarebbero stati più vantaggiosi per il cliente medesimo».

([23]) Così P. Doria, *La responsabilità civile professionale dell'avvocato*, cit., p. 28; L. Mengoni, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi» (Studio critico)*, Milano, 1954, p. 194 ss.; *contra*, v. C.M. Bianca, *Diritto civile*, vol. IV, cit., p. 77 ss., spec. p. 94, il quale, pur condividendo la nozione unitaria di diligenza, distingue ulteriormente tra: cura, cautela, perizia e legalità; G. Cattaneo, *La responsabilità del professionista*, Milano, 1958, p. 53 ss., il quale ritiene «evidente che la diligenza del 2° comma dell'art. 1176 cod. civ. non possa essere qualche cosa di completamente diverso da quella del 1° comma: in realtà la norma del 2° non è che un'applicazione particolare della regola generale enunciata nel 1°».

([24]) Tra cui, G. Musolino, *La responsabilità del notaio e dell'avvocato*, cit., pp. 110 ss. e 465 ss.

nuto all'esecuzione del contratto di prestazione d'opera professionale non solo in virtù del combinato disposto degli artt. 1176, comma 2, e 2236 cod. civ., ma anche in relazione alla buona fede oggettiva o correttezza la quale, oltre che regola di comportamento e di interpretazione del regolamento negoziale, è anche criterio di determinazione della prestazione contrattuale, imponendo al professionista il compimento di quanto necessario o comunque utile a salvaguardare gli interessi del proprio assistito. A tal fine, il professionista deve fornire le necessarie informazioni al cliente, anche per consentirgli di valutare scientemente i rischi insiti nell'iniziativa giudiziale; da ciò deriva, ad esempio, che è fonte di responsabilità per il difensore la mancata comunicazione al cliente del valore che assume lo stato di quiescenza del processo e la conseguente possibilità di riassunzione, al punto da far decorrere il relativo termine [25].

Sulla base della ricostruzione sin qui operata, e come, tra l'altro, statuito dai giudici di legittimità [26], il rapporto tra le disposizioni di cui agli artt. 1176, comma 2 e 2236 cod. civ. è da intendersi in una relazione di integrazione «per complementarità», e non già «per specialità». La diligenza del «buon professionista» [27] costituisce, dunque, la regola generale in relazione alla natura dell'attività da questi prestata, ai fini della diversificazione del livello di diligenza esigibile dall'avvocato medio [28]. In particolare, la diligenza cui è tenuto l'avvocato, nell'adempimento delle

[25] Cass. civ., sez. III, 6 maggio 2020, n. 8494.

[26] Cass. civ., sez. III, 15 gennaio 2001, n. 499, in «Giurisprudenza italiana», 2003, p. 460 ss., con nota di A. Spinelli Francalanci, *La responsabilità contrattuale dell'avvocato: la diligenza imposta al professionista nell'espletamento del suo incarico. Rapporto tra gli artt. 1176 e 2236 cod. civ.*; nello stesso senso, G. Facci, *La responsabilità civile del professionista*, cit., p. 860.

[27] Ossia di «preparazione professionale e di attenzione medie», come indicato dalle stesse pronunce della Suprema Corte. Così, *ex multis*, Cass. civ., sez. II, 14 agosto 1997, n. 7618, in «La nuova giurisprudenza civile commentata», 1998, I, p. 890 ss., con nota di L. Martini, *La violazione di norme deontologiche quale fonte di responsabilità professionale dell'avvocato*; G. Musolino, *La responsabilità del notaio e dell'avvocato*, cit., p. 121 ss.

[28] G. Musolino, *La responsabilità del notaio e dell'avvocato*, cit., p. 475 ss.; E. Carbone, *Diligenza e risultato nella teoria dell'obbligazione*, cit., p. 123 ss.

obbligazioni assunte nell'esercizio della propria attività, ha contenuto tanto maggiore quanto più è specialistica la prestazione richiestagli; incorrerà, quindi, in responsabilità il soggetto che non abbia adoperato la diligenza dovuta in relazione alle contingenze del caso concreto, con adeguato sforzo tecnico e con impiego delle energie e dei mezzi normalmente ed obiettivamente necessari ovvero utili all'adempimento della prestazione dovuta e al soddisfacimento dell'interesse creditorio o, comunque, ad evitare possibili ed eventuali conseguenze dannose per il proprio assistito ([29]).

Come accennato, la responsabilità dell'avvocato si ricollega all'omesso perseguimento del risultato atteso (*recte*: bramato) dal proprio assistito, da intendersi, più propriamente, quale conseguenza della mancata osservanza dei doveri relativi allo svolgimento dell'attività per la quale è stato conferito il mandato ([30]); assumono, così, rilievo determinante ai fini dell'eventuale configurazione della responsabilità del difensore le specifiche modalità mediante le quali l'incarico viene in concreto eseguito.

[29] Cass. civ., sez. III, 24 giugno 2020, n. 12407. Si è, inoltre, ritenuto di escludere la configurazione della responsabilità *ex* art. 2236 cod. civ. del difensore per esito infausto del giudizio nel caso di interpretazioni di disposizioni di legge connotate da un certo tasso di opinabilità, così come in ipotesi di risoluzione di questioni giuridiche in ordine alle quali sussistono orientamento giurisprudenziali non consolidati in sede di legittimità. Così Cass. civ., sez. II, 18 novembre, 1996, n. 10068, in «Diritto ed economia dell'assicurazione», 1998, p. 616 ss., con nota di D. De Strobel, *Responsabilità professionale dell'avvocato*; G. Cattaneo, *La responsabilità del professionista*, cit., p. 72 ss. Inoltre, come chiarito da Cass. civ., sez. II, 14 agosto 1997, n. 7618, e, in dottrina, da G. Facci, *La responsabilità civile del professionista*, cit., p. 866, quanto all'accertamento della soluzione, nel caso di specie, di problemi tecnici di particolare difficoltà, questo sarà rimesso all'esclusiva valutazione, nonché all'equo apprezzamento del giudice di merito, escludendosi, in ogni caso, la configurazione della colpa professionale in caso di infausto esito del giudizio per erronea interpretazione delle norme di legge o di qualificazione giuridica del fatto ovvero, ancora, dell'atto oggetto del giudizio; a meno che, giova ribadirlo, il professionista non abbia agito con dolo o colpa grave. Sul punto, A. Carratta, *La «funzione sociale» del processo civile, fra XX e XXI secolo*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 2017, p. 579 ss.

[30] A. Barca, *La responsabilità contrattuale dell'avvocato*, cit., p. 485.

Tale valutazione va, in realtà, operata in forza del parametro di condotta scolpito dal dall'art. 1176, comma 2, cod. civ., integrato dal combinato disposto degli artt. 12 e 14 del codice deontologico forense, dal cui esame si può ricavare che il difensore «al fine di assicurare la qualità delle prestazioni professionali, non deve accettare incarichi che non sia in grado di svolgere con adeguata competenza»; al tempo stesso, questi deve, in ogni caso, «svolgere la propria attività con coscienza e diligenza, assicurando» inoltre «la qualità della prestazione professionale» resa (31).

La responsabilità professionale dell'avvocato, la cui obbligazione è di mezzi e non di risultato, presuppone la violazione del dovere di diligenza media esigibile ai sensi dell'art. 1176, comma 2, cod. civ.; tale violazione, ove consista nell'adozione di mezzi difensivi pregiudizievoli al cliente, non è esclusa né ridotta quando tali modalità siano state sollecitate dal cliente stesso, poiché costituisce compito esclusivo del legale la scelta della linea tecnica da seguire nella prestazione dell'attività professionale (32).

(31) Si pensi, a titolo di esempio, al caso dell'avvocato, nell'esecuzione della prestazione professionale, adotti strumenti difensivi scelti in maniera assolutamente non diligente tra tutti quelli a sua disposizione: tale è l'ipotesi in cui il difensore di un soggetto, convenuto per l'adempimento di un contratto di vendita di azienda, il cui difensore aveva inopinatamente chiesto l'ammissione della prova per testi al fine di dimostrare l'avvenuta stipulazione del contratto *de quo*; tale richiesta è stata ritenuta, non a torto, inammissibile, poiché il l'atto di trasferimento era comunque nella piena disponibilità del legale della parte convenuta. Così Cass. civ., sez. III, 29 giugno 2009, n. 20828, cit.; Cass. civ., sez. I, 17 gennaio 2007, n. 974, cit.; Cass. civ., sez. II, 18 maggio 1988, n. 3463, in «Responsabilità civile e previdenza», 1989, p. 317 ss., con nota di R. Aluffi Beck-Peccor, *Responsabilità dell'avvocato per negligente scelta dei mezzi difensivi*.

(32) Cass. civ., sez. III, 20 maggio 2015, n. 10289, in «Giurisprudenza italiana», 2015, p. 2322 ss., con nota di G. Sicchiero, *Dalle obbligazioni di mezzi e di risultato alle obbligazioni governabili e non governabili*; G. Musolino, *La responsabilità del notaio e dell'avvocato*, cit., p. 471 ss., il quale evidenzia che la distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato ha valore puramente descrittivo. Nel caso di specie, la Corte di cassazione ha confermato la sentenza di merito che aveva ritenuto ininfluente, ai fini della responsabilità professionale, la condivisione del cliente della scelta di chiamare in garanzia un terzo sebbene il diritto da tutelare fosse prescritto, come poi puntualmente eccepito dal terzo

In conclusione, il parametro cui la condotta difensiva deve informarsi è una diligenza «speciale e rafforzata», di contenuto tanto maggiore quanto più sia specialistica e professionale la prestazione a loro richiesta. Nella controversia concernente l'inadempimento contrattuale del professionista, pertanto, questi, per andare esente da un giudizio di condanna, ha l'onere di provare che l'insuccesso è dipeso da causa a lui non imputabile anche quando la prestazione richiestagli imponeva la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà, posto che problemi speciali esigono dal professionista una competenza speciale. Il mancato conseguimento del risultato sperato dal cliente non vale, di per sé, a determinare l'inadempimento del difensore. A ben guardare, tale conclusione non è confutata neppure dalla previsione di cui all'art. 2236 cod. civ., la quale non esonera affatto il professionista da responsabilità nel caso di insuccesso di prestazioni complesse, ma si limita a dettare un mero criterio per la valutazione della sua diligenza professionale (33).

3. *Le diverse possibili configurazioni della responsabilità dell'avvocato e i criteri di imputazione.* — Il contratto d'opera intellettuale, concluso con il professionista, si distingue dal contratto d'opera manuale, per il rischio del lavoro: la prestazione del prestatore d'opera manuale afferisce sempre ad un'obbligazione di risultato (34); quella del professionista intellettuale consiste, invece, nel mettere a disposizione del cliente la propria opera con diligenza e

chiamato. V., inoltre, A. Carratta, *Dovere di verità e completezza nel processo civile*, II, in «Rivista trimestrale di diritto procedura civile», 2014, p. 491 ss.

(33) Cass. civ., sez. III, 25 settembre 2012, n. 16254; A.P. Ugas, *Responsabilità del prestatore d'opera*, cit., p. 886 ss.; G. Sicchiero, *Dell'adempimento*, cit., p. 174 ss., spec. 178; G. Musolino, *Contratto d'opera professionale*, cit., p. 584 ss.

(34) E ciò sia che consista nell'esecuzione di un'opera materiale, sia nella prestazione di un servizio, poiché il vero oggetto del contratto non è l'esecuzione di un lavoro, ma il risultato che è ragionevole attendersi all'esito del medesimo; C. Cicero, *La prestazione professionale nella distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato e nella prospettiva delle obbligazioni da contatto sociale*, in *La responsabilità del professionista*, a cura di V. Cuffaro, cit., p. 163 ss.

perizia, a prescindere da raggiungimento del risultato desiderato ([35]). La distinzione tra obbligazioni di risultato e di mezzi, non presente nel nostro codice civile ed oggetto di dibattiti in dottrina circa la sua concreta utilità ([36]), è stata, in realtà, mutuata dall'ordinamento giuridico francese ([37]), ai fini dell'esatta descrizione dell'attività oggetto della prestazione in determinate obbligazioni di *facere*, la quale consiste, appunto, nella promessa di un determinato comportamento deputato a realizzare l'interesse credito-

[35] P. Doria, *La responsabilità civile professionale dell'avvocato*, cit., 26 ss.; G. Musolino, *La responsabilità del notaio e dell'avvocato*, cit., p. 80; L. Delli Priscoli, *Diligenza, perizia e onere della prova*, in «Diritto e formazione», 2010, p. 379 ss.; Cass. civ., sez. III, 23 marzo 2017, n. 7140, in «Giurisprudenza italiana», 2018, II, p. 330 ss., con nota di M. Ticozzi, *Gli obblighi informativi del professionista sono obbligazioni di risultato*; in «Corriere giuridico», 2018, p. 313 ss., con nota di F. Cerri, *Responsabilità professionale dell'avvocato: il conferimento del mandato rende ininfluente il rilascio della procura ad litem*.

[36] Ciò specialmente a seguito del definitivo tramonto della dicotomia tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato, dovuto a Cass. civ., sez. un., 28 luglio 2005, n. 15781, in «La nuova giurisprudenza civile commentata», 2006, p. 828 ss., con nota di R. Viglione, *Prestazione d'opera intellettuale e disciplina applicabile, tra obbligazioni di merci e di risultato*; v., inoltre, G. Falco, *La responsabilità professionale*, cit., p. 30 ss.; un primo, tradizionale, orientamento ritiene tale distinzione assai utile, almeno a fini sistematico-descrittivi, in quanto, come accennato, consente una precisa individuazione della prestazione che il professionista sarà obbligato ad adempiere. Tra gli esponenti di tale approccio, tra gli altri, F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, 21ª ed., Napoli, 2024, p. 565 ss.; A. Torrente, P. Schlesinger, *Manuale di diritto privato*, 26ª ed., Milano, 2023, p. 408 ss.; A. Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, 50ª ed., Padova, 2022, p. 887 ss.; tra gli oppositori di tale ricostruzione, invece, S. Rodotà, *Diligenza (diritto civile)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XII, Milano, 1964, p. 543 ss.; sul tema, v. inoltre E. Carbone, *Diligenza e risultato nella teoria dell'obbligazione*, Torino, 2007, pp. 79 ss. e 130 ss.; A.P. Ugas, *Responsabilità del prestatore d'opera*, cit., p. 880 ss.

[37] Come illustrato, tra gli altri, da C.M. Bianca, *Diritto civile*, vol. IV, cit., p. 73 ss.; Cass. civ., sez. II, 30 luglio 2004, n. 14597, in «Giurisprudenza italiana», 2005, VII, p. 1401 ss., con nota di S. Perugini, *La diligenza imposta al professionista nell'espletamento del suo incarico e l'obbligo d'informazione*; in «Temi romana», 2005, p. 101 ss., con nota di F. Carbone, *Il conflitto di interessi avvocato-cliente*.

rio, ma senza che ne sia assicurata la realizzazione del risultato finale ([38]).

Storicamente, le prime ricostruzioni qualificavano la responsabilità per l'esercizio di attività intellettuale in termini di illecito aquiliano; era, invece, minoritario l'orientamento che ne ammetteva la natura contrattuale ([39]). Tale dibattito risulta, oggi, ampiamente superato, atteso il carattere tipico del contratto di prestazione d'opera intellettuale: l'eventuale responsabilità addebitabile al difensore sarà, dunque, *ex contractu*. Un diverso orientamento pretorio, ormai superato, ammetteva la configurabilità della colpa del professionista intellettuale solamente in caso di condotta omissiva, e non anche di tipo attivo, come se l'attività negligente dell'avvocato fosse da apprezzare come sorta di «sforzo minimo» per escluderne la responsabilità ([40]).

Oggi, a seguito del doveroso mutamento interpretativo sul punto ad opera della Cassazione, ai fini della qualificazione in termini colposi della condotta dell'avvocato, si preferisce operare un confronto tra il comportamento da questi concretamente posto in essere e il modello scolpito dal paradigma ideale del «buon professionista»: attraverso tale raffronto, si può identificare la «condotta normalmente idonea» non solo a raggiungere il risultato bramato dal cliente, ma anche il paradigma ideale cui si sarebbe dovuto conformare il comportamento del difensore negligente.

Nel caso di obbligazione afferente all'attività professionale, il parametro di riferimento della condotta diligente non sarà costi-

([38]) G. Musolino, *La responsabilità del notaio e dell'avvocato*, cit., p. 75 ss., spec. p. 79; P. Doria, *La responsabilità civile professionale dell'avvocato*, cit., p. 25 ss.; ello stesso avviso è anche la giurisprudenza: v. Cass. civ., sez. II, 8 settembre 2015, n. 17758.

([39]) C.F. Gabba, *Nuove questioni di diritto civile*, vol. I, Torino, 1905, p. 290 ss.

([40]) G. Cattaneo, *La responsabilità del professionista*, cit., p. 179 ss.; G. Musolino, *La responsabilità del notaio e dell'avvocato*, cit., p. 482, il quale illustra l'orientamento pretorio consolidatosi in sede di legittimità prima dell'entrata in vigore del codice civile del 1942. Per la Corte di cassazione, difatti: «Non ogni errore in cui possa incorrere l'avvocato od il procuratore nell'esercizio del suo mandato, come in genere non ogni errore professionale, può determinare responsabilità, ma quello soltanto che si manifesti colposo frutto di evidente incuria o di palese insipienza» (così Cass. civ., 13 aprile 1939, n. 1201).

tuito dal «buon padre di famiglia», bensì da un criterio di diligenza «qualificata» che dipende dalla «natura dell'attività esercitata». Ciò in quanto, nell'espletamento dell'opera intellettuale, il professionista gode di ampia libertà nella scelta dei mezzi e delle tecniche di cui intenderà avvalersi in ragione della loro adeguatezza al raggiungimento dello scopo difensivo prefissato (41). Rileva, qui proprio la tradizionale distinzione – ormai superata dalla giurisprudenza (42), ma non per questo priva di rilievo sistematico – tra obbligazione di mezzi e di risultato: la prima quale criterio per la determinazione del contenuto della prestazione dovuta; la seconda, invece, quale modello per accertare l'eventuale imputabilità del mancato esatto adempimento da parte dell'obbligato (43).

Nell'obbligazione professionale, quale obbligazione appartenente alla prima delle tipologie menzionate (44), l'avvocato si impegna a prestare la propria opera per raggiungere il risultato atteso, e non anche a conseguirlo materialmente (45). Pertanto, la

(41) G. Musolino, *La responsabilità del notaio e dell'avvocato*, cit., p. 81.

(42) In quanto, come chiarito anche da P. Doria, *La responsabilità civile professionale dell'avvocato*, cit., p. 20 ss., con tale distinzione non si pone in discussione l'unitarietà del concetto di obbligazione, comunque volta al soddisfacimento dell'interesse creditorio, bensì la prestazione medesima. Così anche Cass. civ., sez. II, 28 febbraio 2014, n. 4876, in «Contratti», 2014, p. 888 ss., con nota di F. Piraino, *Corsi e ricorsi delle obbligazioni «di risultato» e delle obbligazioni e la dogmatica della sua irrilevanza*; v. inoltre L. Mengoni, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, cit., p. 188 ss.

(43) L. Rovelli, *Diligenza nell'adempimento*, in *Delle obbligazioni: artt. 1173-1217*, a cura di V. Cuffaro, vol. del *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, Milano, 2012, p. 195 ss.

(44) Difatti, come evidenziato dalla giurisprudenza di legittimità, il contenuto dell'esatto adempimento della prestazione professionale non consiste nella vittoria del giudizio, bensì nello svolgimento di un'attività volta a conseguire una qualche utilità per il soggetto rappresentato. Da ciò deriva che la responsabilità dell'avvocato potrà configurarsi esclusivamente nel caso di sua accertata negligenza nell'espletamento del mandato professionale. Così Cass. civ., sez. III, 6 febbraio 1998, n. 1286, in «La nuova giurisprudenza civile commentata», 1999, p. 358 ss., con nota di A. Lepre, *Nuovi spunti in tema di responsabilità civile dell'avvocato*; nel medesimo senso, v., successivamente, Cass. civ., sez. III, 9 giugno 2004, n. 10966.

(45) Così, tra gli altri, G. Facci, *La responsabilità civile del professionista*, cit., p. 786.

prestazione del difensore si identifica con la stessa attività da questi posta in essere in conformità agli specifici canoni di diligenza e perizia imposti *ex lege*; in determinate circostanze, benché l'interesse creditorio non sia stato pienamente soddisfatto, può comunque accadere che l'obbligazione professionale debba considerarsi egualmente adempiuta (46), in quanto l'intrinseca aleatorietà della realizzazione del risultato atteso dal cliente può essere, se del caso, al più attenuata in relazione al grado di com-

(46) Così L. ROVELLI, *Diligenza nell'adempimento*, cit., p. 218; G. FACCI, *La responsabilità civile del professionista*, cit., p. 787 ss., evidenzia, tuttavia, come sia rimasta isolata la tesi che riteneva la prestazione dell'avvocato oggetto di un'obbligazione di risultato, su cui v. anche M. FORTINO, *La responsabilità civile del professionista*, cit., p. 68 ss.; si tratta, a ben guardare, di ricostruzioni non condivise dalla stessa dottrina maggioritaria: lo stesso P. CALAMANDREI, *Limiti di responsabilità del legale negligente*, in «Rivista di diritto processuale civile», 1931, II, p. 260 ss. già evidenziava che il giudizio finale è, comunque, caratterizzato da un'intrinseca imprevedibilità, da cui non può fisiologicamente che derivare un certo «rischio» per l'attività svolta dall'avvocato, il quale non può in alcun modo, assicurare in maniera aprioristica al proprio assistito il futuro esito positivo della futura lite. Allo stesso modo, l'avvocato deve, in ogni caso, informare il proprio cliente circa le probabilità di vittoria del giudizio, così come deve renderlo edotto dei rischi e degli eventuali effetti negativi derivanti dall'iniziativa giudiziaria che si intende intraprendere. Così, in particolare, Cass. civ., sez. III, 6 maggio 2020, n. 8494, cit.; Cass. civ., sez. III, 19 luglio 2019, n. 19520; Cass. civ., sez. II, 30 luglio 2004, n. 14597, cit.

La Suprema Corte ha, difatti, recentemente ribadito che, nell'adempimento del proprio incarico professionale, l'avvocato ha l'obbligo, *ex* art. 13, comma 5, legge n. 247 del 2012, di informare il cliente, nel rispetto del principio di trasparenza, del livello di complessità dell'incarico – fornendo tutte le informazioni utili circa gli oneri ipotizzabili dal momento del conferimento alla conclusione dell'incarico – nonché di comunicare al cliente, in forma scritta, la prevedibile misura del costo della prestazione, distinguendo tra oneri, spese forfettarie e compenso professionale. In considerazione del fatto che tali obblighi attengono alla diligenza professionale, *ex* artt. 1176 e 2236 cod. civ., grava sul professionista il relativo onere probatorio. In tali termini, Cass. civ., sez. III, 11 dicembre 2023, n. 34412; Cass. civ., sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, in «Corriere giuridico», 2001, p. 1565 ss., con nota di V. MARICONDA, *Inadempimento e onere della prova: le Sezioni Unite compongono un contrasto e ne aprono un altro*.

plessità della questione giuridica e/o fattuale, ma in nessun caso eliminata *in toto* (47).

Quanto ai criteri di imputazione e valutazione dell'inadempimento professionale, furono i maestri post-classici a ricavare dai testi antichi una corrispondenza antitetica tra *culpa* e *diligentia* e a ricondurre al difetto di quest'ultima il principale criterio di imputabilità del fatto impeditivo della prestazione. Il parametro della *diligentia* conosce, in particolare, diverse gradazioni: anzitutto, la *diligentia diligentissimi*, che consiste nell'adempimento dell'obbligazione con la massima attenzione e scrupolosità, adottando ogni misura utile e/o necessaria ad evitare qualsiasi tipo di danno che possa, anche indirettamente, derivare al creditore. Diverso criterio è quello del *bonus paterfamilias*, ossia di un soggetto assai scrupoloso e solerte, in una posizione idealmente intermedia tra l'uomo «comune» e il *vir diligentissimus*, identificabile nell'*homo eiusdem professionis et condicionis* (48).

Quanto, invece, al paradigma psicologo nella valutazione della condotta del debitore, la sua introduzione si deve ai postclassici, in particolare ai giustinianei. Per quanto concerne la relativa gradazione, in relazione alle condotte ritenute esigibili, questa variava a seconda della tipologia di obbligazione contratta: *culpa lata* (o *nimia negligentia*), *culpa levis* (mera *culpa*), *culpa levissima* e *culpa* in concreto (o *culpa quam in rebus suis*) rappresentarono, così, le possibili declinazioni dell'eventuale violazione del modello astratto del *bonus paterfamilias*, forgiato sulla base dei principi etico-sociali di volta in volta dominanti nei diversi contesti sociali (49).

(47) R. Favale, *La responsabilità civile del professionista forense*, Padova, 2002, p. 75 ss.; L. Rovelli, *Diligenza nell'adempimento*, cit., p. 195. Tuttavia, come meglio precisato dall'art. 27, comma 6, cod. deont. for., l'avvocato è tenuto a informare il proprio assistito sull'esecuzione del mandato e deve fornire copia di tutti gli atti e documenti. In entrambi i casi, si tratterà, dunque, di criteri di condotta da commisurare allo svolgimento di un'attività non finale, bensì strumentale rispetto all'utilità che il creditore dovrà perseguire.

(48) G. Musolino, *La responsabilità del notaio e dell'avvocato*, cit., p. 104 ss.

(49) L. Rovelli, *Diligenza nell'adempimento*, cit., p. 191, il quale evidenzia, inoltre, come *culpa* e *diligentia* erano (e, tra l'altro, sono ancora oggi) da

Oggi, invece, circoscrivendo la responsabilità professionale alla sola *culpa lata*, si è chiarito come l'inesatto adempimento dell'obbligazione professionale, fonte del debito risarcitorio dell'avvocato verso il proprio assistito, vada esaminato sotto due distinti profili – oggettivo e relativo – ciascuno dei quali è necessario, ma non sufficiente, ai fini della qualificazione in termini di negligenza della condotta del professionista medesimo ([50]).

considerarsi in un rapporto di corrispondenza biunivoca, nonché in una relazione di antitetica contrapposizione: la *diligentia* sarebbe da ricondursi alla sanzionabilità di condotte di tipo omissivo; la *culpa* a condotte di tipo attivo. L'autore prosegue, poi, ricordando come, nel *code civil* di matrice napoleonica, rimase assai forte l'impianto romanistico, tant'è che il relativo art. 1137 assumeva a modello la responsabilità per custodia e riconsegna di cose mobili al legittimo possessore. La responsabilità per custodia conservò autonomo rilievo anche nel nostro vigente codice civile. Sulla base di tale impostazione, rimasta, al giorno d'oggi, pressoché invariata, il problema posto all'esame del prestatore d'opera intellettuale deve possedere natura tecnica. Ad esempio, si è ritenuta l'esclusione dell'art. 2236 cod. civ. al caso di mera informazione al cliente, la cui completezza e, soprattutto, tempestività prescindono dalla soluzione di qualsiasi questione a carattere tecnico-giuridico; allo stesso modo, l'attività di integrazione del contraddittorio e, financo, la riassunzione tempestiva della causa rimessa ad altro ufficio giudiziario per ragioni di connessione. Così Cass. civ., sez. III, 21 agosto 2018, n. 20836; Cass. civ., sez. II, 24 marzo 1978, n. 1437, cit.; sul punto v. anche G. MUSOLINO, *La responsabilità del notaio e dell'avvocato*, cit., p. 133; G. SICCHIERO, *Dell'adempimento*, cit., p. 24 ss.

([50]) Così G. MUSOLINO, *La responsabilità del notaio e dell'avvocato*, cit., p. 97 ss., spec. p. 131; L. ROVELLI, *Diligenza nell'adempimento*, cit., p. 203; P. DORIA, *La responsabilità civile professionale dell'avvocato*, cit., p. 29 ss., spec. p. 31, il quale evidenzia come il concetto di colpa, sia in ambito contrattuale che in quello aquiliano, presenti carattere unitario (ancorché, nel primo caso, la sua esistenza si presume; nel secondo, invece, dev'essere dimostrata dal soggetto danneggiato); R. FAVALE, *La responsabilità civile del professionista forense*, Milano, 2011, p. 174 ss. ; premesso, dunque, che il mancato raggiungimento del risultato, rappresentato, ai fini della presente indagine, dal positivo esito del giudizio, ovvero dall'attività preliminare e propedeutica al medesimo, non comporta, *ex se*, l'insorgere della responsabilità del professionista, occorre indagare se, nel caso di specie, sia stato adempiuto, o meno, l'obbligo di eseguire la prestazione con diligenza, la quale va valutata in termini di adeguatezza rispetto al fine che si intende perseguire, ossia la più proficua gestione degli interessi del proprio assistito. Essendo, inoltre, il concetto di diligenza antitetico

Come chiarito in dottrina, *dolus* e *culpa*, ove riferiti alla responsabilità professionale, sono strumenti giuridici previsti dall'ordinamento per attenuare, o financo escludere, l'antigiuridicità della condotta debitoria e dei quali l'interprete deve fare adeguato impiego per delimitare e determinare le conseguenze derivanti dall'inadempimento: l'originaria obbligazione si trasforma, in tale maniera, in una responsabilità per i danni cagionati al cliente nell'esecuzione del mandato difensivo, a causa dello scostamento fra quanto non si è raggiunto e ciò che si sarebbe dovuto e potuto conseguire con l'osservanza delle regole tecnico-professionali nella disponibilità dell'avvocato (51).

L'attività del difensore, anche in caso di controversie di notevole difficoltà e tali da esporre il cliente ad un elevato rischio di soccombenza («cause, presumibilmente, perse *ab initio*»), dev'essere comunque svolta con la massima diligenza, al fine di limitare ovvero escludere il pregiudizio per la parte da questi assistita in giudizio. Pertanto, il difensore può non accettare una causa per la quale prevede fin dall'inizio la soccombenza del suo assistito, ma non può accettarla e, successivamente, disinteressarsene, con il pretesto che trattasi di una «causa persa in partenza», senza neppure attivarsi per trovare una soluzione transattiva, essendo tale comportamento doveroso ove si accetti il mandato difensivo. In caso di assoluta inerzia del difensore viene, conseguentemente, a configurarsi la sua responsabilità professionale, avendo esposto il cliente all'incremento del pregiudizio iniziale, se non altro a causa delle spese processuali a cui lo stesso va incontro (52).

a quello di colpa (*recte*: di negligenza), l'inadempimento dell'avvocato è configurabile allorquando venga in rilievo la colpa di questi. Non priva di riscontri è, inoltre, la distinzione operata in dottrina tra colpa ed errore professionale, il quale – pur consistendo in una condotta inesatta dal punto di vista tecnico – sarebbe caratterizzato dall'assenza di colpa; anche se, ad un più attento esame, va rilevato che, ai fini dell'imputazione della condotta negligente all'avvocato, è comunque necessario un errore (negligente, ossia colposo) nell'esecuzione dell'attività tecnico-professionale.

(51) G. Musolino, *La responsabilità del notaio e dell'avvocato*, cit., p. 69 ss., spec. p. 90.

(52) Cass. civ., sez. III, 2 luglio 2010, n. 15717, in «Giurisprudenza italiana»,

Al contrario, come accennato, la responsabilità dell'avvocato non può affermarsi per il solo fatto del suo non corretto adempimento dell'attività professionale. Si pensi, ad esempio, alla mancata impugnazione da parte del difensore: in tale circostanza, occorre verificare, anzitutto, se l'evento produttivo del nocumento lamentato dal cliente sia riconducibile alla condotta del primo, se un danno si sia, inoltre, effettivamente verificato e, infine, se – ove il difensore abbia, comunque, osservato il comportamento dovuto – il suo assistito avrebbe conseguito, all'esito del gravame, alla stregua di criteri probabilistici, il riconoscimento delle proprie ragioni. A tal fine, la Suprema Corte ha stabilito che ove l'assistito non riesca a fornire la prova esatta, completa ed esaustiva dell'inadempimento del professionista, ciò determinerà il difetto della dimostrazione del necessario nesso eziologico tra la condotta del legale (tanto attiva quanto omissiva) e il risultato derivatone ([53]).

Come evidenziato in dottrina, in talune ipotesi la colpa dell'avvocato può configurare gli estremi sia di un illecito contrattuale che di tipo aquiliano ([54]), oltre che deontologico e, financo, penale ([55]).

2010, p. 2525 ss., con nota di E. CARBONE, *Responsabilità civile del patrono di causa persa*.

[53] Cass. civ., sez. III, 5 febbraio 2013, n. 2638; G. MUSOLINO, *La responsabilità del notaio e dell'avvocato*, cit., p. 118 ss.; ID., *Contratto d'opera professionale*, cit., p. 561 ss.

[54] Le ipotesi di illecito extracontrattuale hanno, a ben guardare, portata meramente residuale: si pensi, a titolo di mero esempio, all'ipotesi nella quale, in sede penale, il difensore d'ufficio adempia con assoluta negligenza alla propria prestazione professionale di difesa in giudizio, su cui v. V. D'ORSI, *La responsabilità civile del professionista*, Milano, 1981, p. 130 ss.; si pensi, inoltre, al caso in cui in udienza venga impiegate, da parte dell'avvocato, espressioni sconvenienti o anche offensive (arg. *ex* art. 89 cod. proc. civ.), su cui v. G. CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, cit., p. 197 ss.; G. ANZANI, *La responsabilità civile del professionista tra regime contrattuale e regime extracontrattuale*, in *La responsabilità del professionista*, a cura di V. Cuffaro, cit., p. 231 ss.

[55] Si pensi alle fattispecie, penalmente rilevanti, di patrocinio e consulenza infedele *ex* art. 380 cod. pen., nel qual caso, ai fini del perfezionamento di tale fattispecie, oltre alla violazione dei doveri scaturenti dal conferimento dell'incarico professionale, è inoltre necessario che sia stato arrecato un effettivo pregiudizio alla parte assistita (così Cass. pen., sez. VI, 19 maggio 1998, n.

In particolare, la giurisprudenza della Cassazione, a partire dal 2003 ([56]), ha ridisegnato l'assetto del danno non patrimoniale, ricomprendendovi ogni danno di natura non patrimoniale derivante dalla lesione di valori inerenti alla persona: così facendo, si è delineato una sorta di «sistema di danno alla persona» che, incentrato sul sistema bipolare (danno patrimoniale e danno non patrimoniale), distingue ulteriormente – all'interno del danno non patrimoniale – operando una tripartizione, tra: danno morale soggettivo; danno biologico; danno derivante dalla lesione di altri interessi di rango costituzionale ([57]).

La Corte di Cassazione, escludendo, inoltre, che il danno non patrimoniale possa essere considerato *in re ipsa*, ne ha ammesso la configurazione nel caso di attività difensiva caratterizzata da un errore professionale tale, da incidere sul contenuto del provvedimento giudiziale scaturitone, con effetti di segno negativo sulla sfera della persona: si pensi, a mero titolo esemplificativo, all'ipotesi di limitazione della libertà personale del cliente, ovvero alle fattispecie afferenti al diritto di famiglia, ove è senz'altro ipotizzabile un'irrimediabile lesione dei valori della persona costituzionalmente protetti, sia sotto il profilo personale che sotto quello relazionale ([58]). Si è giunti, così, seppur in ipotesi assai specifiche, ad ammettere la configurabilità e, conseguentemente, risarcibilità

9758; Cass. pen., sez. VI, 30 marzo 2017, n. 29783; Cass. pen., sez. VI, 26 febbraio 2019, n. 15318), oppure nel caso di patrocinio in favore di parte contrarie o avversarie *ex* art. 381 cod. pen., così come all'ipotesi delittuosa di millantato credito di cui all'art. 382 cod. pen.; sul tema, v. anche M. Gradi, *L'obbligo di verità delle parti*, cit., p. 442 ss.

([56]) In particolare, Cass. civ., sez. III, 31 maggio 2003, n. 8827, in «Il foro italiano», 2003, I, c. 2273 ss., con nota di E. Navarretta, *Danni non patrimoniali: il dogma infranto e il nuovo diritto vivente*; Cass. civ., sez. III, 31 maggio 2003, n. 8828, in «Corriere giuridico», 2003, p. 1024 ss., con nota di M. Franzoni, *Il danno non patrimoniale, il danno morale: una svolta per il danno alla persona*.

([57]) Circa tale distinzione, D. Busnelli, *Chiaroscuri d'estate: la Corte di Cassazione e il danno alla persona*, in «Danno e responsabilità», 2003, p. 819 ss.

([58]) G. Facci, *La responsabilità civile del professionista*, cit., p. 900 ss., spec. p. 927; G. Musolino, *La responsabilità del notaio e dell'avvocato*, cit., p. 492 ss.

del danno non patrimoniale derivante da negligente esecuzione dell'attività professionale forense.

4. *Danno da perdita di «chance» e nesso eziologico.* — Uno dei profili più delicati in tema di responsabilità dell'avvocato è quello afferente al concreto accertamento del nesso eziologico tra la negligenza del difensore, l'errore tecnico-professionale e l'effettivo prodursi del nocumento subìto dalla parte che questi aveva il compito di assistere. Condizione preliminare del diritto del cliente al risarcimento del danno è, anzitutto, la positiva valutazione giudiziale circa la fondatezza dell'azione irrimediabilmente compromessa dall'errore del professionista: per l'affermazione della responsabilità dell'avvocato, non è, dunque, sufficiente il suo mero errore, essendo, piuttosto, necessaria una valutazione complessiva che tenga anche conto del possibile esito del giudizio ove la condotta del legale fosse stata informata al canone di diligenza scolpito dall'art. 1176, comma 2, cod. civ.; il giudice sarà, pertanto, tenuto a svolgere una ricostruzione prognostico-probabilistica, ancorché di tipo eventuale, al fine di valutare quale sarebbe stata la situazione che si sarebbe verificata in assenza del comportamento professionale negligente (59).

Avendo il rapporto professionale fonte nel mandato *intuitu personae* conferito all'avvocato, va preliminarmente osservato che l'art. 1218 cod. civ. esonera il creditore dell'obbligazione asseritamente rimasta inadempiuta dall'onere di dimostrare la colpa del debitore, ma non anche da quello di provare il nesso di causa tra la condotta – attiva ovvero omissiva – del debitore e l'inadempimento. Ciò in considerazione del fatto che l'«assorbimento» del nesso eziologico nell'inadempimento non va inteso come sua irrilevanza, tanto sul piano sostanziale quanto processuale, bensì come prova della sua esistenza, giustificata dal fatto che quel nesso, di norma, non è funzionalmente scindibile dall'inadempimento medesimo, in quanto quest'ultimo si sostanzia nella lesione

(59) Cass. civ., sez. I, 15 ottobre 1999, n. 11629, in «Corriere giuridico», 2000, p. 902 ss., con nota di M. LASCIALFARI, *Causalità «scientifica» e causalità «giuridica» tra imputazione del fatto e risarcimento del danno*.

dell'interesse del creditore che, a sua volta, identifica l'evento di danno ([60]). L'addebito di responsabilità professionale dell'avvocato non può, pertanto, affermarsi per il solo fatto del suo non corretto adempimento dell'attività professionale, ma esige, al contrario, l'effettivo verificarsi del danno lamentato dal cliente, nonché il relativo nesso di causalità ([61]).

A tal fine, è necessario che il giudice compia una rigorosa valutazione avente per oggetto tutti gli elementi, di fatto e di diritto, che si sarebbero potuti (*recte*: dovuti) allegare nel procedimento non celebrato, ovvero negligentemente condotto, al fine di verificare se gli stessi avrebbero potuto escludere del tutto, o comunque ridurre al minimo, l'opinabilità dell'esito del giudizio *de quo* ([62]). Sulla base di tali premesse, va esclusa la responsabilità dell'avvocato che ometta di coltivare un giudizio che si dimostri già *prima*

[60] Cass. civ., sez. III, 9 maggio 2024, n. 12760.

[61] G. Falco, *La responsabilità professionale dell'avvocato*, cit., p. 33 ss.; F. Centofanti, L. Scalia, *La responsabilità civile dell'avvocato*, in *L'avvocato e le sue quattro responsabilità (disciplinare, civile, penale, amministrativo-contabile)*, a cura di V. Tenore, Napoli, 2014, p. 269 ss.; ben potrebbe tale profilo leggersi, inoltre, sulla base di quanto osservato da M. Gradi, *Il dovere di leale collaborazione delle parti*, cit., p. 44 ss. con riguardo all'impiego in giudizio di prove false: evidenzia, difatti, l'autore come «il divieto di utilizzare prove false, che non significa obbligo di utilizzare tutte le prove a disposizione della parte, ma soltanto di non introdurre nel processo prove totalmente o parzialmente alterate». Ai fini che qui interessano, si noti come, in tale circostanza, sia l'ex cliente a dover fornire la positiva dimostrazione del danno concretamente subito a causa del non corretto adempimento del mandato difensivo da parte di chi era tenuto a difenderlo in giudizio, non essendo una tale circostanza in alcun modo presunta dall'ordinamento. Come correttamente osservato dall'autore, in siffatta ipotesi, ove la falsità venga accertata nel corso del processo, la parte che vi avrà dato luogo sarà tenuta a rifondere il relativo danno nelle forme di cui all'art. 96 cod. proc. civ.; si noti, tuttavia, come allorquando tale condotta possa essere imputata all'esclusiva condotta del difensore il quale abbia agito all'insaputa del proprio cliente, quest'ultimo ben potrà rivalersi nei confronti di chi doveva, in realtà, curarne la relativa difesa in giudizio, anziché esporlo a un ulteriore nocumento.

[62] Cass. civ., sez. III, 19 febbraio 2019, n. 4742; G. Musolino, *La responsabilità del notaio e dell'avvocato*, cit., p. 564 ss.

facie privo di qualsiasi utilità per il proprio assistito (63). Al contrario, come evidenziato da Calamandrei (64), attesa l'intrinseca mutevolezza delle condizioni che precedono la definizione della lite (65), risulta assai difficile dimostrare che l'epilogo meritale sarebbe stato favorevole per il privato allorché il difensore abbia serbato una condotta conforme al dettato dell'art. 1176, comma 2, cod. civ.

Ad un primo atteggiamento di (pressoché totale) «chiusura» delle corti rispetto alle istanze di tutela, avanzate dai privati in ragione dei danni lamentati a causa della condotta negligente del proprio difensore (66), seguì, solo a partire dagli anni Settanta del secolo scorso, un primo mutamento interpretativo: si abbandonò, così, il precedente indirizzo, che ammetteva una sorta di «totale irresponsabilità» dell'avvocato in presenza di qualsiasi suo errore od omissione (67), e si acquisì, in tal modo, contezza dei signi-

(63) Così G. Facci, *La responsabilità civile del professionista*, cit., p. 852 ss.

(64) P. Calamandrei, *Limiti di responsabilità del legale negligente*, cit., p. 260 ss., per il quale «ogni sentenza è il prodotto di una quantità di fattori imponderabili, molti dei quali sono irriproducibili fuori dall'ambiente in cui la sentenza è pronunciata: solo chi vive estraneo alla pratica forense ed osserva il fenomeno giudiziario in vitro, può credere, che i giudici siano automi forniti tutti dello stesso congegno, che fanno sempre di sì quando si tocca la stessa molla, in modo che la stessa causa, portata dinanzi a dieci giudici diversi, debba dar luogo necessariamente a dieci sentenze uguali, simili a dieci positive di una negativa sola. In realtà ogni processo ha la speciale sua atmosfera, risultante dalla combinazione dei più svariati elementi: l'abilità degli avvocati, l'intelligenza dei giudici, l'opinione pubblica, il clima. Può accadere perfino che lo stesso giudice, posto in momenti diverse, magari in diverse ore della stessa giornata, dinanzi alla stessa questione, sia disposto a deciderla in modo diverso, secondo lo stato della sua salute o secondo il suo umore. Non per niente certi statuti medioevali prescrivevano che i giudici dovessero sentenziare sempre nelle ore mattutine, prima di pranzo».

(65) G. Facci, *La responsabilità civile del professionista*, cit., p. 874.

(66) *Ex multis*, Cass. civ., 10 febbraio 1931, n. 495, in «Il foro italiano», 1931, I, c. 628 ss., su cui v. *amplius* G. Musolino, *La responsabilità del notaio e dell'avvocato*, cit., p. 564 ss.

(67) Tra cui, specialmente, il problema relativo alla portata della decisione emessa all'esito del giudizio nell'ambito del quale fosse stata spiegata un'attività difensiva del tutto priva dei più elementari canoni propri della diligenza

ficativi problemi in tema di giudicato derivanti dal positivo accertamento della responsabilità del professionista, da cui sarebbe derivata la necessità di «rifacimento di un processo non fatto», con conseguenze del tutto incoerenti e, peraltro, distoniche sotto il profilo logico-giuridico rispetto ai principi dell'ordinamento giuridico processuale (68).

Le successive aperture della giurisprudenza, tese a consentire la sanzionabilità della condotta professionale negligente *ex* art. 1176, comma 2, cod. civ. finirono, pur tuttavia, per pretendere la prova sicura ed incontestabile del «sicuro fondamento dell'azione che avrebbe dovuto essere proposta o diligentemente coltivata», rendendo, in tal modo, assai arduo per la parte danneggiata dimostrare, in maniera certa ed incontrovertibile, il nesso di causalità tra l'errore difensivo e il danno lamentato (69).

professionale: in tal caso, infatti, la positiva valutazione della responsabilità del difensore avrebbe comportato la necessità di ripetere il processo nel cui ambito tale difesa era stata (negligentemente) esplicata. Così G. Facci, *La responsabilità civile del professionista*, cit., 875 ss., spec. p. 877.

(68) Come chiarisce R. Danovi, *Errore professionale: responsabilità civile e responsabilità professionale*, in «Responsabilità civile e previdenza», 1986, p. 470 ss.; Cass. civ., sez. III, 6 luglio 2020, n. 13873; Cass. civ., sez. III, 9 giugno 2004, n. 10966, cit., in «Diritto e pratica tributaria», 2005, p. 5 ss., con nota di G. Visintini, *In tema di responsabilità professionale del commercialista per perdita di chances*, secondo cui la responsabilità dell'avvocato verso il proprio cliente «per negligente svolgimento dell'attività professionale presuppone la prova del danno e del nesso causale tra la condotta del professionista ed il pregiudizio del cliente e, in particolare, trattandosi dell'attività del difensore, l'affermazione della responsabilità per colpa professionale implica una valutazione prognostica positiva circa il probabile esito favorevole dell'azione giudiziale che avrebbe dovuto essere proposta e diligentemente seguita»; Cass. civ., sez. III, 6 febbraio 1998, n. 1286, in «Responsabilità civile e previdenza», 1998, p. 650 ss., con nota di G. De Fazio, *Responsabilità dell'avvocato: per la perdita del processo e per la perdita della chance di vincere il processo*, Secondo tale pronuncia, l'avvocato, nell'esecuzione dell'attività professionale, «deve tendere a conseguire il buon esito della lite per il cliente e pertanto sussiste la sua responsabilità se, probabilmente e presuntivamente, applicando il principio penalistico di equivalenza delle cause (artt. 40 e 41 cod. pen.), esso non è stato raggiunto per sua negligenza».

(69) Così Cass. civ., sez. III, 29 gennaio 2009, 20828, cit.; Cass. civ., sez. III, 17 gennaio 2007, n. 974, cit.; Cass. civ., sez. III. 28 aprile 1994, n. 4044, in

Seguirono, pertanto, ulteriori aperture da parte dei giudici di legittimità, i quali sostituirono lo *standard* probatorio della «certezza assoluta» con quello, più attenuato, della «ragionevole certezza» che dall'adozione di diverse modalità di esplicazione dell'attività difensiva si sarebbe potuto determinare un differente e più utile esito per il proprio assistito; la *ratio* su cui riposa la successiva esegesi interpretativa va rinvenuta nell'esigenza di evitare al soggetto, già pregiudicato dalla condotta del professionista, l'assolvimento di una sorta di *probatio diabolica*, a causa del proprio precedente incolpevole affidamento riposto nella perizia e nelle conoscenze tecniche altrui (70).

Sulla base di ciò, si è chiarito che il cliente, il quale pretenda dal proprio difensore il ristoro dei danni asseritamente subìti a causa dell'omessa impugnazione della sentenza di condanna di primo grado, non potrà limitarsi a dedurre l'astratta possibilità della riforma in appello di tale pronuncia in senso a lui favorevole; ma dovrà, piuttosto, dimostrare l'erroneità della sentenza *de qua*, ovvero produrre nuovi documenti o ulteriori mezzi di prova, idonei a indurre nel giudice il ragionevole convincimento che il gravame, ove proposto, sarebbe stato accolto (71). Si è, da ultimo,

«Responsabilità civile e previdenza», 1994, p. 635 ss., con nota di S. RUTA, *La responsabilità dell'avvocato: alcune considerazioni in margine ad una riaffermazione della Suprema Corte*. Secondo tale pronuncia: «In materia di responsabilità del professionista, il cliente è tenuto a provare non solo di aver sofferto un danno, ma anche questo è stato causato dalla insufficiente o inadeguata attività del professionista e cioè dalla difettosa prestazione professionale. In particolare, trattandosi dell'attività del difensore, l'affermazione della sua responsabilità implica l'indagine - positivamente svolta - sul sicuro e chiaro fondamento dell'azione che avrebbe dovuto essere proposta e diligentemente coltivata e, quindi, la certezza morale che gli effetti di una diversa attività del professionista medesimo sarebbero stati più vantaggiosi per il cliente, rimanendo, in ogni caso, a carico del professionista l'onere di dimostrare l'impossibilità a lui non imputabile della perfetta esecuzione della prestazione».

(70) G. FACCI, *La responsabilità civile del professionista*, cit., p. 883; R. DANOVI, *Errore professionale: responsabilità civile e responsabilità professionale*, p. 471 ss.

(71) In tali termini Cass. civ., sez. III, 27 gennaio 1999, n. 722; Cass. civ., sez. II, 5 aprile 1984, n. 2222.

giunti ad ammettere il possibile impiego di un parametro puramente probabilistico ai fini della prova del nesso di causalità tra la condotta non diligente serbata dal professionista e il danno-conseguenza patito dal privato ([72]).

Da ciò deriva che presupposto della configurazione della responsabilità professionale di cui all'art. 1176, comma 2, cod. civ. è il fatto che il cliente dovrà dare conto della lamentata perdita di *chance*, consistente nella privazione della possibilità di conseguire un risultato vantaggioso ovvero di evitare un esito per lui sfavorevole. Si tratta, a ben guardare, di una prova il cui assolvimento è caratterizzato da un tasso di ineliminabile incertezza. È, perciò, pacifico che la mera costituzione tardiva del difensore, in una controversia locatizia, determinerà, *ex se*, un danno da perdita di

[72] V., in proposito, Cass. civ., sez. III, 26 febbraio 2002, n. 2836, in «Responsabilità civile e previdenza», 2002, p. 1373 ss., con nota di G. Facci, *L'errore dell'avvocato, l'appello tardivo e la chance di vincere il processo*. In tale occasione, i giudici di legittimità hanno evidenziato che, «l'inadempimento del professionista (nella specie: avvocato) alla propria obbligazione non può essere desunto (…) dal mancato raggiungimento del risultato utile avuto di mira dal cliente, ma deve essere valutato alla stregua dei doveri inerenti lo svolgimento dell'attività professionale e, in particolare, del dovere di diligenza, per il quale trova applicazione, in luogo del tradizionale criterio della diligenza del buon padre di famiglia, il parametro della diligenza professionale fissato dall'art. 1176, secondo comma, cod. civ. – parametro da commisurarsi alla natura dell'attività esercitata – sicché, non potendo il professionista garantire l'esito comunque favorevole auspicato dal cliente (nella specie, del giudizio di appello), il danno derivante da eventuali sue omissioni (nella specie, tardiva proposizione dell'impugnazione) intanto è ravvisabile, in quanto, sulla base di criteri (necessariamente) probabilistici, si accerti che, senza quell'omissione, il risultato sarebbe stato conseguito (nella specie, il gravame, se tempestivamente proposto, sarebbe stato giudicato fondato), secondo un'indagine istituzionalmente riservata al giudice di merito, e non censurabile in sede di legittimità se adeguatamente motivata ed immune da vizi logici e giuridici»; Cass. civ., sez. III, 6 febbraio 1998, n. 1286, cit., che, per la prima volta, ammise, ai fini della dimostrazione della carenza di diligenza da parte del difensore, il «canone di probabilità, con riferimento ad una connessione possibile e verosimile di accadimenti, la cui sequenza e ricorrenza possono verificarsi secondo le regole di esperienza colte dal giudice per giungere all'espresso convincimento circa tale probabilità di sussistenza e la compatibilità del fatto supposto con quello accertato».

chance poiché, sulla base delle leggi e dei principi applicabili alle contingenze del caso concreto, è sempre possibile formulare un giudizio prognostico sulle probabilità di conseguimento del risultato anelato dal cliente (73).

La perdita della possibilità di vincere il processo (74) costituisce, dunque, un danno patrimoniale, risarcibile qualora sussista un pregiudizio certo, anche solo quanto all'*an*, identificabile nella perdita di una possibilità concreta e attuale di conseguire un risultato utile, identificabile nel bene della vita auspicato dal privato; non si tratta di una mera aspettativa di fatto, in quanto tale irrisarcibile (75), bensì di un'entità patrimoniale a sé stante, giuridicamente ed economicamente suscettibile di autonoma valutazione a fini risarcitori, quale perdita della mera possibilità di conseguire qualsivoglia risultato utile (76), da cui deriverà una lesione all'integrità del patrimonio, la cui risarcibilità è conseguenza immediata e diretta del verificarsi di un danno concreto e attuale (77).

Ai fini della sua liquidazione, è necessaria la prova, fornita anche per il tramite del meccanismo presuntivo, imperniata su circostanze specifiche e concrete da cui sia possibile ricavare l'esistenza di elementi oggettivi da cui desumere, in termini di certezza o comunque di elevata probabilità, la sua attuale esistenza (78). Come

(73) Cass. civ., sez. III, 27 luglio 2024, n. 21045; Cass. civ., sez. III, 19 giugno 2024, n. 16967; Cass. civ., sez. III, 13 giugno 2024, n. 16576; I. Riva, *La responsabilità del professionista intellettuale*, in *La responsabilità del professionista*, a cura di V. Cuffaro, cit., p. 226 ss.; P. Iannone, *La responsabilità professionale dell'avvocato: i rapporti con i colleghi, i clienti e le controparti*, Bari, 2019, p. 46 ss.

(74) Ovvero di ottenere un esito, comunque, favorevole rispetto alla situazione, in concreto, determinatasi.

(75) Di tale avviso era D. Busnelli, *Perdita di chance e risarcimento del danno*, in «Il foro italiano», 1965, IV, c. 47 ss.

(76) G. Facci, *La responsabilità civile del professionista*, cit., p. 898; Cass. civ., sez. II, 18 marzo 2003, n. 3999.

(77) Cass. civ., sez. II, 13 dicembre 2001, n. 15759.

(78) Cass. civ., sez. I, 30 settembre 2016, n. 19604; Cass. civ., sez. III, 25 settembre 1998, n. 9598; v. inoltre G. Musolino, *La prescrizione della responsabilità professionale dopo la legge n. 49/2023*, in «Responsabilità civile e previdenza», 2023, p. 1694 ss., per il quale «qualora la percezione del danno non sia

illustrato dalla più recente giurisprudenza di legittimità, la scelta di una determinata strategia processuale, da parte dell'avvocato, può essere foriera di responsabilità nei confronti del proprio assistito, purché l'inadeguatezza della linea difensiva rispetto al raggiungimento del risultato perseguito dal cliente sia valutata dal giudice di merito *ex ante* (79).

Quanto all'*onus probandi* che incombe sul cliente che asserisca di aver subìto un nocumento dalla negligente condotta del (precedente) difensore, ai fini di tale accertamento, per costante giurisprudenza, il danneggiato dovrà dimostrare, conformemente ai canoni di cui all'art. 2697 cod. civ., non già la perdita del risultato, bensì esclusivamente la perdita della mera possibilità di conseguirlo. Ad esempio, la sussistenza di un danno da perdita di *chance* è stata riconosciuta in un'ipotesi di inadempimento dell'incarico professionale di partecipare ad un incanto per l'aggiudicazione di un immobile, in quanto da tale omissione è derivata l'irrimediabile perdita della possibilità di partecipare alla gara (80).

In particolare, il cliente deve fornire non solo la prova di aver sofferto un danno, ma anche che questo è stato causato dall'insufficiente ovvero inadeguata attività del professionista; poiché l'art. 1223 cod. civ. impone la dimostrazione della concreta esistenza di un danno, ravvisabile in un decremento di natura patrimoniale, la responsabilità dell'avvocato per l'omessa comunicazione al cliente dell'avvenuto deposito di una pronuncia sfavorevole, con conseguente preclusione della possibilità di esperire impugnazio-

manifesta e evidente, il termine di prescrizione del diritto al risarcimento del danno dipendente da responsabilità contrattuale – così come da atto illecito – si individua non dal momento in cui l'attività del terzo determina ontologicamente il danno al diritto altrui, bensì dall'istante in cui la produzione del danno medesimo si manifesta all'esterno, divenendo oggettivamente percepibile e riconoscibile. Solo in questo momento si verifica la previsione legislativa, secondo cui la prescrizione comincia a decorrere dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere (art. 2935 c.c.), rilevando così, come cause impeditive di carattere generale all'esercizio del diritto, gli *accidentalia negotii* quali l'apposizione di una condizione sospensiva o la previsione di un termine».

(79) Cass. civ., sez. III, 22 novembre 2018, n. 30169; P. Iannone, *La responsabilità professionale dell'avvocato*, cit., p. 58 ss.

(80) Cass. civ., sez. III, 12 febbraio 2024, n. 3824.

ne avverso la medesima, può configurarsi solamente se il cliente dimostri che l'impugnazione, ove proposta, avrebbe avuto concrete possibilità di accoglimento ([81]).

Assai peculiare risulta, in tale contesto, la distinzione di origine pretoria ([82]) tra «danno da mancata impugnazione» e «danno da perdita della possibilità d'impugnazione», ancorché – a ben guardare – il secondo sia implicitamente contenuto nel primo: la risarcibilità del «danno da mancata impugnazione» è subordinata alla dimostrazione della sussistenza di serie e ragionevoli probabilità di successo finale del procedimento non instaurato; di contro, il «danno da perdita della possibilità d'impugnazione» è configurabile, secondo la Suprema Corte, per la sola mancata partecipazione ad un giudizio, a prescindere dalle concrete possibilità di accoglimento delle proprie pretese ovvero di rigetto di quelle altrui. Ciò in quanto la semplice possibilità di essere parte del rapporto processuale avrebbe consentito di addivenire ad una diversa fattuale: si pensi alla mancata occasione di transigere la lite, ovvero di giovarsi di sopravvenienze, in fatto o in diritto, da far valere nell'ambito del

([81]) Cass. civ., sez. II, 27 maggio 2009, n. 12354, in «Responsabilità civile e previdenza», 2010, p. 817 ss., con nota di G. MUSOLINO, *Responsabilità dell'avvocato per perdita di chance di appellare la sentenza sfavorevole*; si pensi, inoltre, al caso in cui il difensore abbia determinato la definitiva perdita della possibilità, per il cliente, di regolare la crisi mediante lo strumento concordatario, in tal modo rendendo del tutto priva di qualsivoglia utilità l'attività difensiva precedentemente svolta; da ciò deriva, sotto il profilo economico-retributivo, che, dovendosi ritenere la prestazione professionale inadempiuta e, in quanto tale, improduttiva di effetti giuridici favorevoli per la parte assistita, non sarò dovuto alcun compenso all'avvocato, quand'anche l'adozione del mezzo difensivo, in seguito rivelatosi pregiudizievole, sia stata sollecitata dal cliente medesimo. Così, recentemente, Cass. civ., sez. I, 19 dicembre 2023, n. 35489, cit.; nello stesso senso, anche Cass. civ., sez. III, 26 febbraio 2002, n. 2836, secondo cui «il cliente che richieda il risarcimento del danno subito a seguito di una tardiva proposizione di un'impugnazione, derivante da una condotta colposa dell'avvocato, deve specificare le circostanze che avrebbero portato ad un esito favorevole nel giudizio d'appello».

([82]) Cass. civ., sez. II, 22 novembre 2004, n. 22026; Cass. civ., sez. II, 13 dicembre 2001, n. 15759, cit.

processo. Il danno da perdita di *chance* può consistere, inoltre, nella perdita della possibilità di avvalersi di un orientamento giurisprudenziale favorevole, eventualmente consolidatosi nelle more del giudizio medesimo (83).

Ulteriore ipotesi è quella del risarcimento del danno derivante dall'inadempimento dell'obbligo di informazione circa l'esito sfavorevole del precedente grado di giudizio, da cui è scaturita l'impossibilità di proseguire il processo in sede di gravame. In tale circostanza, si renderà necessaria una valutazione prognostica sull'esito che avrebbe potuto avere l'impugnazione preclusa dall'omessa informazione del difensore, da svolgersi sulla base del criterio della «prevedibile strategia difensiva», oltre che della possibilità di ottenere un risultato favorevole, consistente nel ribaltamento della decisione in concreto non contestata, anche alla luce degli orientamenti giurisprudenziali formatisi in materia (84). In altri termini, il giudice dovrà effettuare, sulla base di un giudizio controfattuale ipotetico, che pone al posto dell'omissione il comportamento dovuto (e non tenuto dal professionista), una valutazione prognostica avente per oggetto l'accertamento, di tipo puramente probabilistico, del conseguimento del risultato idoneo ad evitare il rischio specifico del danno in concreto verificatosi e, dunque, il conseguimento del risultato bramato da colui il quale è risultato danneggiato dalla condotta professionale non diligente (85).

Per la costante giurisprudenza della Suprema Corte (86), la responsabilità del prestatore di opera intellettuale nei confronti del proprio cliente per negligente svolgimento dell'attività professionale presuppone che il soggetto che asserisca leso il proprio dirit-

(83) G. Facci, *La responsabilità civile del professionista*, cit., p. 900 ss., spec. p. 927.

(84) Cass. civ., sez. III, 19 gennaio 2024, n. 2109, in «Danno e responsabilità», 2024, p. 307 ss., con nota di F. Bisanti, *La responsabilità dell'avvocato: la strategia difensiva e gli orientamenti giurisprudenziali come criteri fondanti la valutazione prognostica delle «vive chances di successo»*.

(85) Circa il concetto di «rischio probatorio» dovuto ad asimmetrie informative, v. M. Gradi, *L'obbligo di verità delle parti*, cit., pp. 82 ss. e 341 ss.

(86) Tra cui, *ex multis*, Cass. civ., sez. III, 17 luglio 2023, n. 20707.

to fornisca adeguata dimostrazione del nesso causale tra l'inadempimento del professionista e il danno lamentato, in applicazione della regola generale di cui all'art. 2697 cod. civ. (87).

Tale giudizio deve, in particolare, essere operato sulla scorta del criterio controfattuale ipotetico del «più probabile che non», conformandosi ad uno *standard* di certezza probabilistica, che, in materia civile, non può essere ancorato alla determinazione statistico-quantitativa delle frequenze di classi di eventi («probabilità quantitativa o pascaliana»), la quale potrebbe anche mancare ovvero essere inconferente. Va, piuttosto, verificato riconducendone il grado di fondatezza all'ambito degli elementi di conferma – e, al tempo stesso, di esclusione di altri possibili alternativi – disponibili nel caso concreto, dovendosi così preferire il criterio della «probabilità logica o baconiana») (88).

La giurisprudenza ha stabilito che nel caso di omesso svolgimento di un'attività professionale da cui sarebbe potuto derivare per il cliente un vantaggio personale o patrimoniale, la regola della «preponderanza dell'evidenza», ossia del «più probabile che non», si applica non solo all'accertamento del nesso di causalità fra l'omissione e l'evento di danno, ma anche all'accertamento del nesso tra quest'ultimo e le conseguenze dannose risarcibili (*id est*, il danno-conseguenza), atteso che, trattandosi di un evento non necessariamente verificatosi a causa dell'omissione del difensore, l'indagine del giudice non può che fondarsi su un giudizio valutativo-prognostico su base eventuale circa il possibile esito dell'attività professionale omessa (89). Al contrario, ai fini dell'esclusione della responsabilità del difensore, per consolidata giurisprudenza

(87) Cass. civ., sez. III, 6 luglio 2020, n. 13873, cit.

(88) Cass. civ., sez. III, 27 settembre 2018, n. 23197.

(89) Cass. civ., sez. III, 6 maggio 2020, n. 8516; Cass. civ., sez. III, 24 ottobre 2017, n. 25112. Nella specie, in applicazione del principio, la Suprema Corte ha confermato la sentenza impugnata, che aveva ritenuto la responsabilità di due professionisti, consistita nella mancata riassunzione del giudizio di rinvio a seguito di cassazione, con conseguente prescrizione del diritto vantato dal loro cliente, sulla base di una valutazione prognostica circa il probabile esito favorevole dell'azione non coltivata desunta dagli stringenti vincoli posti al giudice del rinvio dalla sentenza della Corte di cassazione.

([90]), la distinzione tra «prestazione di facile esecuzione» e «prestazione implicante la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà» non vale come criterio di ripartizione dell'onere della prova, ma solamente come criterio valutativo del grado di diligenza e della correlativa colpa professionale ([91]).

5. *Profili deontologici verso il proprio assistito.* — A seguito del conferimento dell'incarico professionale, l'avvocato assume l'obbligo di compiere la propria attività, predisponendo gli atti ed esponendo le ragioni del proprio assistito, al fine di ottenere l'accoglimento delle rispettive ragioni ovvero il rigetto di quelle avversarie. La prestazione forense si caratterizza per alcuni importanti parametri deontologici cui l'avvocato deve informare la propria attività professionale. Intrinsecamente connessi allo *standard* della diligenza «qualificata» di cui all'art. 1176, comma 2, cod. civ. sono le disposizioni che il codice deontologico forense detta agli artt. 12, 14, 26 e 35, in relazione ai doveri di «diligenza», «competenza», «adempimento del mandato» e «corretta informazione». Si tratta di doveri il cui adempimento è volto non solo ad assicurare un adeguato livello di professionalità della prestazione resa dall'avvocato, ma anche ad affermare l'esigenza che il difensore disponga delle capacità specificamente richieste in relazione alla prestazione da svolgere nel caso concreto ([92]).

([90]) Cass. civ., sez. III, 13 febbraio 2024, n. 3917; Cass. civ., sez. III, 15 giugno 2018, n. 15732; Cass. civ., sez. III, 20 ottobre 2014, n. 22222.

([91]) G. Volpe, *La responsabilità professionale dell'avvocato*, cit., p. 53 ss.; quanto, infine, alle modalità di ripartizione dell'onere probatorio, la distinzione fra prestazione di facile esecuzione e prestazione implicante la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà di cui all'art. 2236 cod. civ. non rileva quale criterio di ripartizione dell'onere della prova, ma esclusivamente per la valutazione del grado della diligenza (e del corrispondente grado di colpa) del professionista. Ne consegue che, in ipotesi di inesatta realizzazione del *munus* difensivo, graverà sul professionista sia l'onere di dimostrare la particolare difficoltà della prestazione, sia l'onere di provare che il risultato della stessa è dipeso da fatto a lui non imputabile, in quanto non ascrivibile alla propria condotta, informata al criterio della diligenza «qualificata» *ex* art. 1176, comma 2, cod. civ.: così, in particolare, Cass. civ., sez. III, 15 giugno 2018, n. 15732, cit.

([92]) F. Danovi, *Ordinamento forense e deontologia*, Milano, 2024, p. 131;

Il difensore deve, così, anzitutto, informare correttamente il cliente di tutti gli elementi, favorevoli e contrari, ragionevolmente prevedibili relativi al diritto vantato in giudizio, in modo da renderlo edotto di tutti i possibili rischi connessi alla futura lite, financo di quelli da cui può persino derivare, per il proprio assistito, un nocumento ulteriore rispetto alla situazione antecedente alla proposizione della domanda giudiziale ([93]). Da ciò deriva che il professionista dovrà, sia all'atto del conferimento del mandato che nel corso dello svolgimento del rapporto, sollecitare, dissuadere, nonché informare il cliente, in quanto tenuto a rappresentare a quest'ultimo tutte le questioni di fatto e di diritto, comunque insorgenti, ostative al raggiungimento del risultato, o comunque produttive del rischio di possibili effetti pregiudizievoli. Ove ciò si dovesse verificare, nonostante i suggerimenti di segno contrario del legale, si renderà necessaria, da parte di quest'ultimo, la prova (oltre che del proprio tentativo di dissuasione, anche) dell'irremovibile volontà in tal senso del cliente ([94]).

Premessa, pertanto, la «autonomizzazione» degli obblighi di informazione da quelli di prestazione del professionista forense, il primo di tali doveri è, a sua volta, scindibile in due ulteriori momenti logici, ossia: quello di studio della fattispecie e quello di successiva attuazione dell'iniziativa giudiziaria. Con riguardo al primo momento, l'avvocato deve – tenendo conto delle condi-

G. Cattaneo, *La responsabilità del professionista*, cit., p. 204 ss.; G. Sicchiero, *Dell'adempimento*, cit., p. 202 ss.

([93]) Cass. civ., sez. III, 20 novembre 2009, n. 24544.

([94]) Così Cons. naz. for., 20 dicembre 2022, n. 260; Cons. naz. for., 26 novembre 2022, n. 226; Cass. civ., sez. VI, 12 maggio 2016, n. 9695. Nel caso di specie, il cliente aveva proposto un'azione *ex* art. 1453 cod. civ. nei confronti del proprio precedente avvocato, in considerazione del rigetto della sua originaria domanda giudiziale, con contestuale domanda di ripetizione del compenso già corrisposto. I giudici di legittimità, aderendo alla lettura fornita dai giudici del merito, pur riconoscendo la manifesta infondatezza della prima domanda, riconoscevano che il cliente non avesse «più nulla a pretendere», con ciò ammettendosi che la prestazione fosse stata correttamente adempiuta, in quanto l'avvocato altro non si era che rigorosamente, e financo pedissequamente, determinato ad assolvere all'obbligo professionale il cui esatto adempimento era stato, comunque, preteso dal cliente.

zioni soggettive, nonché del grado culturale del cliente (95) – riferire a quest'ultimo, consigliando la linea difensiva ritenuta più opportuna, illustrando le probabilità di accoglimento, così come di rigetto, delle rispettive pretese; il secondo momento, invece, è essenziale per illustrare al proprio assistito tutte le notizie e le circostanze utili che consentano a quest'ultimo di decidere se avviare ovvero desistere dall'iniziativa giudiziaria (96).

Quanto al profilo probatorio, l'avvocato dovrà dimostrare di aver informato correttamente il proprio assistito circa tutte le possibili conseguenze derivanti dalla scelta processuale assunta dal cliente, pena la responsabilità non solo civile, ma anche professionale del legale. Deve, pertanto, ritenersi giustificata la sanzione della sospensione dall'attività professionale, in considerazione del danno cagionato al cliente e del grave discredito arrecato alla categoria forense, laddove l'inerzia dell'avvocato precluda al proprio assistito la possibilità di ottenere il risarcimento dei danni subìti da terzi a causa dell'intervenuta prescrizione della relativa azione, i cui termini non siano stati interrotti dall'avvocato, nonostante le rassicurazioni fornite al cliente (97).

Le considerazioni sin qui svolte afferiscono, a ben guardare, al rapporto fiduciario intercorrente tra difensore e assistito, il quale, come esplicitato dal Consiglio nazionale forense (98), si caratte-

(95) In tal senso, v. Cass. civ., sez. III, 22 gennaio 2019, n. 1567; Cass. civ., sez. III, 19 marzo 2018, n. 6688; Cass. civ., sez. III, 20 agosto 2013, n. 19220, in «Giurisprudenza italiana», 2013, p. 1723 ss., con nota di V. Carbone, *Consenso informato: non basta la sottoscrizione di un modulo prestampato*.

(96) Così G. Falco, *La responsabilità professionale dell'avvocato*, cit., p. 64 ss.; P. Calamandrei, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, rist., Milano, 1999, p. 141, il quale evidenziava che: «C'è un momento in cui l'avvocato civilista deve guardare la verità di faccia, con occhio spassionato di giudice: quello in cui, chiamato dal cliente a consigliarlo sulla opportunità di promuovere una lite, ha il dovere di esaminare imparzialmente, tenendo conto delle ragioni dell'eventuale avversario, se possa giovare alla giustizia l'opera di parzialità che gli è richiesta. Così l'avvocato, in materia civile, dev'essere il giudice istruttore dei suoi clienti».

(97) Cons. naz. for., 22 ottobre 2010, n. 125.

(98) Cons. naz. for., 24 settembre 2015, n. 14; Cons. naz. for., 30 dicembre 2013, n. 223.

rizza per la massima completezza e verità delle reciproche informazioni e comunicazioni (99). Integrerà, perciò, illecito deontologico la condotta dell'avvocato che sia consistita nell'omessa esecuzione del mandato difensivo, fornendo, in particolare, false informazioni al proprio assistito, al solo fine di proseguire il giudizio per ottenere un maggiore compenso professionale, con totale incuranza delle ragioni di tutela sul piano sostanziale del proprio assistito (100). Al tempo stesso, si è esclusa la responsabilità del difensore che, nonostante l'adozione di idonee cautele nel proporre azioni risarcitorie, non abbia nutrito sospetti circa la falsità dei fatti posti a fondamento della domanda; l'omissione di una siffatta valutazione non è stata, pertanto, ritenuta contraria al dovere di diligenza professionale (101).

Quanto, invece, all'adempimento del mandato difensivo, l'avvocato è tenuto a partecipare alle udienze e a compiere personalmente le singole attività processuali; in ipotesi di suo impedimento, dovrà, per non incorrere in sanzione disciplinare, darne tempestiva e motivata comunicazione all'autorità giudiziaria, ovvero indicare nella difesa un collega (102). I medesimi doveri sono posti anche in capo al difensore d'ufficio (103). Inoltre, sebbene, in sede penale,

(99) Del medesimo avviso era, tra l'altro, anche P. Calamandrei, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, cit., p. 75, per il quale «La probità è certamente la prima virtù del difensore nel senso che egli non debba mai affermare al giudice cosa consapevolmente contraria alla verità. Ma, poiché il patrocinatore ha l'obbligo del segreto, e non può, per non tradire la verità, tradir la difesa, egli deve saper tacere a tempo, e trovar nel silenzio la conciliazione del dovere di lealtà verso il giudice col dovere di patrocinio verso il cliente».

(100) Cons. naz. for., 18 dicembre 2020, n. 240; Cons. naz. for., 29 dicembre 2014, n. 215; Cass. civ., sez. III, 19 luglio 2019, n. 19520, cit.

(101) Cons. naz. for., 25 novembre 2020, n. 45. L'assenza di collaborazione da parte del cliente nella costruzione della linea difensiva o la sua inaffidabilità possono costituire giusta causa di recesso da parte del difensore, ma, qualora questi decida di mantenere l'incarico, non lo esonerano dall'espletarlo con diligenza e competenza, tenendo conto del rilievo costituzionale e sociale della difesa: così Cons. naz. for., 20 febbraio 2014, n. 7.

(102) Cass. civ., sez. un., 14 giugno 2016, n. 12926; M. D'Auria, *Il principio di personalità delle prestazioni professionali*, in *La responsabilità del professionista*, a cura di V. Cuffaro, cit., p. 29 ss.

(103) Cons. naz. for., 24 settembre 2015, n. 139.

l'assenza ingiustificata in udienza del difensore di fiducia non abbia automatico rilievo deontologico, se dovuta a strategia difensiva (nella specie, di tipo dilatorio) o strumentalmente omissiva, va comunque affermata la responsabilità disciplinare del difensore per negligenza professionale ove la strategia stessa consista nell'ottenere un mero rinvio da parte del difensore d'ufficio nominato in sua sostituzione, giacché a quest'ultimo non è, in ogni caso, consentito chiedere i termini a difesa *ex* art. 108 cod. proc. pen., non ricorrendo i casi di rinuncia, ovvero di revoca, o ancora di incompatibilità, o infine di abbandono della difesa (104). Infine, l'avvocato che rinunci al mandato, fino a che non ne sia avvenuta la sostituzione, deve comunque informare la parte assistita delle comunicazioni e notificazioni che dovessero pervenirgli relativamente al precedente incarico, al fine di evitare pregiudizi alla difesa. Tali principi sono validi anche per la revoca del mandato (105).

Altro presupposto dell'attività professionale è, oltre alla diligenza, anche la competenza del difensore, regolata dall'art. 14 cod. deont. for.: mentre la prima assicura la qualità della prestazione, la seconda tende ad affermare la legittimazione specifica dell'attività professionale richiesta dalla parte da questi assistita (106). Come, difatti, ribadito dal Consiglio nazionale forense, il comportamento dell'avvocato che assuma incarichi, senza averne adeguata competenza tecnica, costituisce violazione degli artt. 14 e 26 cod. deont. for. (107). Così come, similmente, contravviene alla disposizione di cui all'art. 36 cod. deont. for. il praticante avvocato che agisca in giudizio al di là delle competenze per materia e valore consentitegli dalla legge, assumendo autonoma rilevanza e disvalore il comportamento dell'iscritto che abbia assunto il mandato pur non essendo in possesso della necessaria abilitazione per l'esercizio dell'attività difensiva (108).

(104) Cons. naz. for., 10 aprile 2013, n. 56.

(105) Cass. civ., sez. un., 30 gennaio 2019, n. 2755, in «Il foro italiano», 2019, I, p. 2115 ss., con nota di L. Carbone, *Gli obblighi informativi dell'avvocato nei confronti del cliente in caso di revoca e rinuncia al mandato*.

(106) Cons. naz. for., 30 aprile 2012, n. 89.

(107) *Ex multis*, Cons. naz. for., 23 febbraio 2024, n. 23.

(108) Cons. naz. for., 8 novembre 2023, n. 237.

Il difensore è, inoltre, tenuto all'obbligo di formazione continua, il cui mancato assolvimento costituisce presupposto sufficiente per il sorgere del relativo illecito deontologico, non essendo altresì necessario indagare la conoscenza reale del diritto da parte dell'incolpato, né d'ufficio, né sulla scorta di un autoreferenziale richiamo alla competenza professionale altrimenti acquisita (109). Inoltre, si è precisato che la mancata acquisizione di alcun credito formativo nel triennio costituisce illecito disciplinare sanzionabile con la censura, tenendo conto della complessiva valutazione dei fatti e avuto riguardo alla gravità dei comportamenti contestati, al grado della colpa o all'eventuale sussistenza del dolo ed alla sua intensità, al comportamento dell'incolpato – precedente e successivo – al fatto, nonché alle circostanze, soggettive e oggettive, nel cui contesto è avvenuta la violazione (110).

Connesso all'obbligo di adeguata competenza professionale è quello relativo al profilo meramente economico-retributivo: a tal fine, l'avvocato che richieda un compenso manifestamente sproporzionato e comunque eccessivo rispetto all'attività professionale svolta, ancorché dotato di spiccata competenza e preparazione, pone in essere un comportamento deontologicamente rilevante perché lesivo del dovere di correttezza e probità. Ciò in quanto la norma deontologica in parola è posta a tutela della collettività, e non già del prestigio della professione, in quanto garantisce la qualità e la competenza professionale dell'iscritto all'albo ai fini del concorso degli avvocati al corretto svolgimento della funzione giurisdizionale (111).

Per quanto concerne, invece, l'obbligo, *ex* art. 26 cod. deont. for., di adempiere scrupolosamente il mandato, per costante orientamento del Consiglio nazionale forense si ritiene che, in difetto di un legittimo impedimento, ovvero di una comprovata strategia difensiva concordata con il cliente, pone in essere un

(109) Cons. naz. for., 5 novembre 2021, n. 179; Cons. naz. for., 22 novembre 2018, n. 150.

(110) Cons. naz. for., 5 novembre 2021, n. 197; Cons. naz. for., 18 dicembre 2018, n. 188.

(111) Cons. naz. for., 22 marzo 2022, n. 28.

comportamento deontologicamente rilevante il difensore che non partecipi all'udienza, né nomini un proprio sostituto processuale o di udienza per non scusabile e rilevante trascuratezza, a nulla rilevando l'eventuale assenza di concrete conseguenze negative o, addirittura, la presenza di vantaggi per il proprio assistito, giacché ciò non varrebbe a privare di disvalore il comportamento negligente del professionista ([112]). Relativamente, poi, alla corretta individuazione del *dies a quo* per la prescrizione dell'azione disciplinare, si è stabilito che questo vada individuato nel momento della commissione del fatto, se questo integri una violazione deontologica di carattere istantaneo che si consuma o si esaurisce al momento stesso in cui viene realizzata; ove, invece, la violazione risulti integrata da una condotta perpetrata nel tempo, la decorrenza del termine prescrizionale decorre dalla data della cessazione della condotta medesima ([113]).

Quanto al dovere di corretta informazione, va, anzitutto, evidenziato che, a seguito della liberalizzazione normativa, l'avvocato può dare informazioni sulla propria attività professionale con qualsiasi mezzo, nel rispetto dei limiti della trasparenza, verità, correttezza e purché l'informazione non sia comparativa, ingannevole, denigratoria o suggestiva ([114]). L'informazione sull'attività professionale deve essere, in ogni caso, rispettosa della dignità e del decoro professionale, nonché di tipo semplicemente conoscitivo, potendo il professionista provvedere alla sola indicazione delle attività prevalenti o del proprio *curriculum vitae*, ma non deve essere mai né comparativa, né autocelebrativa; è, pertanto, da ritenersi illecita l'informazione, diffusa anche attraverso siti internet, fondata sull'offerta di prestazioni professionali gratuite ovvero a prezzi simbolici o comunque contenuti meramente commerciali, in quanto volta a suggestionare il cliente sul piano emozionale ([115]). Costituisce, così, illecito deontologico il compor-

([112]) Cons. naz. for., 8 aprile 2024, n. 124; Cons. naz. for., 4 marzo 2024, n. 52.

([113]) Cons. naz. for., 7 marzo 2023, n. 31; Cons. naz. for., 15 giugno 2021, n. 132.

([114]) Cons. naz. for., 28 dicembre 2017, n. 243.

([115]) Cons. naz. for., 15 aprile 2021, n. 75.

tamento dell'avvocato che, al fine di acquisire potenziali clienti, pubblicizzi il proprio studio legale mediante l'offerta di assistenza legale «a zero spese di anticipo», trattandosi di informazione che non si ispira ai doveri di dignità e decoro propri della professione forense, nonché posta in essere in violazione del divieto di accaparramento di clientela, di cui all'art. 37 cod. deont. for. (116).

Spesso, il tema della «pubblicità» è intrinsecamente connesso a quello della specializzazione professionale: l'avvocato può, perciò, indicare i settori di esercizio della propria attività e, nell'ambito di questi, eventuali materie di attività prevalente, ma l'affermazione di una propria «specializzazione» presuppone, sempre e comunque, l'ottenimento del relativo diploma (117). Ad ogni buon conto, i principi in tema di pubblicità, di cui alla legge n. 248 del 2006, pur consentendo al professionista di fornire specifiche informazioni sull'attività e sui servizi professionali offerti, non legittimano tuttavia una pubblicità indiscriminata avulsa dai dettami deontologici, giacché la peculiarità e la specificità della professione forense, in virtù della sua funzione sociale, impongono specifiche limitazioni, connesse alla dignità ed al decoro della professione, la cui verifica è dall'ordinamento affidata al potere-dovere dell'ordine professionale (118). Da ultimo, l'attività di insegnamento, specialmente di tipo meramente professionale, non legittima l'uso del titolo di «professore», riservato ai docenti universitari in materie giuridiche (da cui deriva l'obbligo di specificare la qualifica, la materia di insegnamento e la facoltà di appartenenza), pena la violazione degli artt. 17, 35 e 36 cod. deont. for., in considerazione dell'evidente intento confusorio e captatorio di tale condotta, da ritenersi *in re ipsa* (119).

La responsabilità del difensore non è attenuata nel caso in cui il cliente abbia tenuto dei comportamenti su consiglio o comunque con l'assistenza del difensore medesimo, ove si tratti di comportamenti la cui illiceità non sia di immediata evidenza per un

(116) Cons. naz. for., 20 settembre 20203, n. 177.
(117) Cons. naz. for., 29 aprile 2017, n. 49.
(118) Cons. naz. for., 30 dicembre 2016, n. 391.
(119) Cons. naz. for., 18 luglio 2020, n. 136.

soggetto non esperto in materie giuridiche: è, infatti, compito del difensore indirizzare le scelte del cliente in senso conforme alla legge, se dal caso astenendosi dalla difesa ove gli siano richiesti comportamenti non ortodossi [120].

Come si è sin qui tentato di evidenziare, la questione relativa alla violazione deontologica contestata al difensore può essere foriera di problemi di non secondario rilievo, poiché dal suo mero accertamento l'immagine dell'avvocato risulterà compromessa, financo agli occhi dei creditori e degli operatori del diritto (quali giudici ed ufficiali giudiziari), in tal modo pregiudicando gravemente quell'affidamento che la collettività dovrebbe riporre nella figura dell'avvocato, quale professionista leale e corretto in ogni ambito della propria attività professionale e della vita privata.

6. *Analisi casistica in tema di responsabilità dell'avvocato nei confronti del proprio assistito.* — Nell'esecuzione del mandato *intuitu personae* che gli è stato conferito, l'avvocato è tenuto, nella fase prodromica al giudizio, a porre in essere tutte le attività utili e necessarie affinché il proprio assistito possa ricevere, all'esito dell'eventuale procedimento giudiziario, un'effettiva tutela delle proprie ragioni. Oltre che sul piano civilistico, *ex* art. 1223 cod. civ., anche sotto il profilo deontologico, *ex* artt. 26 e 27 cod. deont. for., il mancato, ritardato o negligente compimento degli atti inerenti al mandato professionale, qualora dovuti ad inescusabile trascuratezza della tutela degli interessi della parte assistita, costituirà, oltre che una rilevante inosservanza dei doveri deontologico-professionali, anche violazione di obblighi di natura civilistica sul cui esame occorre soffermarsi.

Quanto alle fattispecie nelle quali la giurisprudenza di legittimità ritiene che la condotta dell'avvocato integri la violazione degli artt. 1176, comma 2 e 2236 cod. civ., sin qui esaminati, si reputa responsabile il difensore che ometta di porre in essere tem-

[120] Così Cass. civ., sez. III, 24 aprile 2001, n. 6038; Cass. civ., sez. III,12 agosto 1995, n. 8845; Cass. civ., sez. III, 26 marzo 1990, n. 2428, in «Giurisprudenza italiana», 1991, I, 1, p. 600 ss., con nota di D. Carusi, *Responsabilità del medico, prestazione professionale di speciale difficoltà e danno alla persona*.

pestivamente un atto per il compimento del quale ha ricevuto l'incarico professionale; egualmente, in considerazione dell'irreparabile nocumento cagionato al proprio assistito, ove l'atto, benché tempestivo, sia tuttavia affetto da nullità insanabile o, comunque, improcedibile ([121]). Al tempo stesso, è costantemente affermato il carattere illecito della condotta del difensore volta a suggerire il compimento di comportamenti illeciti da parte dell'assistito ([122]). Così come, ove il professionista, anche senza scopo di lucro, falsifichi un documento o se ne avvalga consapevolmente, pone in essere un comportamento non solo contrario ai principi di correttezza, dignità e decoro professionale, ma che risulta – per la sua idoneità a vulnerare gravemente l'ordinamento giuridico, la società e il prestigio dell'intera classe forense – deontologicamente rilevante e, per tale motivo, sanzionabile mediante l'interdizione temporanea dall'esercizio della professione forense ([123]). Si tende, invece, ad escludere l'applicazione dell'art. 2236 cod. civ. nel caso in cui un avvocato, pur avendo ricevuto dal proprio cliente un foglio in bianco contenente una procura, abbia omesso di impugnare il licenziamento subìto dal cliente medesimo, in tal modo provocandogli danni irrisarcibili ([124]).

Tra le ipotesi di condotta non diligente dell'avvocato, non ricomprese tra quelle connotate da illiceità, si pensi alla mancata trascrizione di una domanda giudiziale *ex* art. 2901 cod. civ.: conseguenza di tale omissione sarà l'inopponibilità al terzo acquirente dell'eventuale sentenza di accoglimento, in rito ovvero per ragioni di merito, dell'originaria domanda avanzata dal proprio cliente, per una mera dimenticanza del difensore inesperto. Inoltre, la giurisprudenza di legittimità ha stabilito che, nel caso in cui l'avvocato abbia omesso di trascrivere la domanda giudiziale *ex* art. 2901 cod. civ., con conseguente impossibilità per il creditore

([121]) Così Cass. civ., sez. II, 20 gennaio 2010, n. 920.

([122]) Cass. civ., sez. un., 22 maggio 2017, n. 12798.

([123]) Si pensi, ad esempio, al caso in cui l'avvocato, fornendo false informazioni al cliente, falsifichi un verbale di nomina e giuramento del consulente tecnico d'ufficio, al fine di dimostrare al cliente, contrariamente al vero, di aver correttamente adempiuto al proprio mandato difensivo.

([124]) Così Cass. civ., sez. III, 1° agosto 1996, n. 6937.

di opporre gli effetti dell'eventuale sentenza di accoglimento al terzo che, nelle more del giudizio, abbia acquistato un cespite del compendio oggetto dell'esperita azione revocatoria, l'esistenza di un'iscrizione ipotecaria su quello stesso bene non è, di per sé, ostativa alla possibilità di riconoscere l'esistenza di detto danno, occorrendo, invece, una verifica della residua consistenza del credito garantito da ipoteca (125).

Allo stesso modo, può accadere che l'avvocato abbia adito un giudice incompetente: in tale circostanza, soltanto una pluralità di precedenti giurisprudenziali, idonei ad indirizzare il difensore nella corretta individuazione del giudice competente ad esaminare e decidere la controversia, può determinare l'insorgere della responsabilità professionale per erroneo convincimento circa l'autorità giudiziaria cui rivolgersi per far valere le ragioni del proprio assistito (126).

Un'ulteriore ipotesi in cui possa insorgere una questione di diritto particolarmente complessa è quella afferente all'esatta individuazione del *dies a quo* del termine di prescrizione dell'azione risarcitoria: in tale caso, nonostante le difficoltà che possono essere riscontrate dall'avvocato nell'individuazione di una soluzione interpretativa favorevole per il proprio assistito, la sua mancata attivazione ai fini dell'interruzione del termine *de quo*, non può che determinare l'irrimediabile estinzione del diritto vantato dal proprio cliente, con conseguente necessità di risarcire il danno a quest'ultimo arrecato mediante la propria inerzia processuale (127). Di contro, nell'ipotesi di incertezza circa il dominante orientamento giurisprudenziale in tema di computo del termine di prescrizione del diritto del proprio cliente, il mancato compimento di atti interruttivi della prescrizione, con riferimento al termine di prescrizione più breve, determina la violazione dell'art. 1176, comma 2, cod. civ. (128).

(125) Cass. civ., sez. III, 26 gennaio 2022, n. 2348.

(126) Cass. civ., sez. II, 4 agosto 2015, n. 16364.

(127) Cass. civ., sez. II, 22 febbraio 1980, n. 1288, su cui v. anche R. FAVALE, *La responsabilità civile del professionista forense*, cit., p. 158 ss.

(128) Cass. civ., 14 febbraio 2017, n. 3765. Nella specie, la Suprema Corte ha ritenuto esente da critiche la sentenza impugnata che aveva ravvisato negli-

Per costante orientamento va, inoltre, ribadito che l'avvocato deve tenere conto della soluzione che, sebbene contrastante rispetto alla propria linea difensiva, sia stata riaffermata dalle Sezioni unite della Corte di cassazione nelle more del giudizio, in modo da tentare, quantomeno, di scongiurare una possibile (ancorché, comunque, prevedibile) applicazione dell'orientamento interpretativo da cui pur dissente; tra i doveri professionali rientra, dunque, anche quello di spiegare una difesa, in via cautelativa, imperniata sulla lettura della norma oggetto di contestazione, in modo che ciò possa comportare minori rischi, o comunque la riduzione di un eventuale pregiudizio, per la parte assistita [129]. Sulla base di ciò, è stato, ad esempio, ravvisata la responsabilità professionale di un avvocato che, al fine di opporsi all'espropriazione per pubblica utilità di un fondo appartenente ai propri clienti, si era limitato ad impugnare le delibere comunali finalizzate all'avvio del procedimento di apposizione del vincolo preordinato all'esproprio, omettendo – tuttavia – l'impugnazione del successivo atto di approvazione del progetto esecutivo dell'opera, al quale, invece, secondo la consolidata giurisprudenza del Consiglio di Stato, doveva riconnettersi la concretizzazione dell'effetto lesivo per la parte privata [130].

La Corte di Cassazione ha, inoltre, qualificato in termini di dolo la condotta dell'avvocato che, dopo aver puntualmente proceduto ad informare il proprio cliente circa l'andamento di una causa in realtà inesistente, faceva, in tal modo, maturare irrimediabilmente la prescrizione del diritto di quest'ultimo. Secondo la lettura fornita dai giudici di legittimità, il dolo sarebbe, in tale circostanza, ravvisabile nella semplice consapevolezza di omet-

genza dell'avvocato nel non aver compiuto atti interruttivi, con scansione temporale infrabiennale, del diritto al risarcimento del danno prodotto dalla circolazione di veicoli, ancorché integrante illecito penale ma con relativo giudizio non promosso per difetto di querela, in quanto, al tempo di espletamento del mandato, la questione di interpretazione dell'art. 2947 cod. civ. era ancora assai controversa, essendosi poi susseguite ben tre pronunce delle Sezioni unite.

[129] G. Falco, *La responsabilità professionale dell'avvocato*, cit., p. 71 ss.; Cass. civ., sez. VI, 28 febbraio 2014, n. 4790.

[130] Cass. civ., sez. III, 21 luglio 2023, n. 21953.

tere l'adempimento di una precisa prestazione contrattualmente assunta, tanto più di tipo professionale, accettando, così, il rischio di impedire il soddisfacimento della pretesa creditoria, senza che sia ulteriormente necessario il requisito dell'*animus nocendi* (131).

Così come ulteriore ipotesi di scostamento dal modello della diligenza «qualificata» dell'art. 1176, comma 2, cod. civ. è quella della mancata indicazione delle prove indispensabili ai fini dell'accoglimento della pretesa giudizialmente vantata dal proprio assistito, ovvero del rigetto di quella avanzata da parte avversaria, salvo che, in forza dei principi generali in tema di obbligazioni, il difensore dimostri di non aver potuto adempiere per fatto a lui non imputabile e, pertanto, estraneo alla sua sfera di controllo, ovvero, comunque, di aver svolto tutte le attività che potevano essergli ragionevolmente richieste (132). Ipotesi non dissimile si verifica allorquando il difensore, in un giudizio risarcitorio a seguito di sinistro stradale, aveva, in un primo momento, chiesto la fissazione dell'udienza di rimessione della causa in decisione, senza tuttavia dar corso alle prove sulle modalità del fatto dedotto in giudizio, sulla responsabilità e sull'entità dei danni; ciò in quanto l'avvocato era incorso nell'erroneo convincimento che spettasse al cliente l'onere di dimostrare di aver fornito al difensore l'elenco dei testimoni da escutere in giudizio, quando – in realtà – rientrava nel *munus* difensivo provare di aver adeguatamente sollecitato il cliente a provvedere a tale comunicazione (133).

Un'ipotesi particolare di responsabilità *ex* art. 1176, comma 2, cod. civ. sussiste nel caso in cui l'avvocato provveda a redigere e notificare tempestivamente l'atto di appello, privo dell'indicazione della data dell'udienza di comparizione (134) (che, tra l'altro, dev'essere puntualmente indicato anche nella copia notificata dell'atto di opposizione a decreto ingiuntivo), da cui deriva, oltre

(131) Cass. civ., sez. III, 24 aprile 2008, n. 10659.

(132) Cass. civ., sez. II, 23 dicembre 2015, n. 25963.

(133) Cass. civ., sez. III, 12 aprile 2011, n. 8312, in «Il giudice di pace», 2012, n. 1, p. 21 ss., con nota di R. Amoroso, *Esito negativo e difensore negligente*; F. Centofanti, L. Scalia, *La responsabilità civile dell'avvocato*, cit., p. 255 ss.

(134) Cass. civ., sez. II, 27 marzo 2006, n. 6967.

alla configurazione di un vizio dell'atto in cui è contenuto il gravame, anche l'esclusione del diritto al compenso professionale (135).

Al tempo stesso, la circostanza che il cliente abbia omesso di fornire indicazioni al proprio avvocato circa la propria volontà di esperire gravame avverso un provvedimento di contenuto negativo reso nei propri confronti non esclude la responsabilità del difensore per mancata tempestiva proposizione dell'appello; ciò in particolare, ove il professionista, munito delle necessarie conoscenze tecniche, non aveva provveduto ad informare il proprio assistito circa le conseguenze derivanti dall'omessa impugnazione (136). Al contrario, la Corte di cassazione ritiene sussistente la responsabilità de difensore che, ricevuto l'incarico di impugnare un provvedimento giurisdizionale sfavorevole, non abbia in seguito esperito il gravame e, dunque, lasciata ineseguita la prestazione richiestagli. Ciò, in particolare, anche nel caso in cui il legale abbia incautamente confidato sul perfezionamento di un accordo transattivo che poi non è stato, di fatto, stipulato (137). Alquanto particolare è, inoltre, l'ipotesi di un avvocato che abbia esperito un appello palesemente infondato e, soprattutto, nell'interesse di un soggetto diverso dal proprio assistito e senza neppure informarlo adeguatamente (138).

Diversamente, si è esclusa l'applicabilità dell'art. 2236 cod. civ., con conseguente configurazione della responsabilità del difensore, per ritenuta insussistenza di problemi tecnico-giuridici di particolare complessità, nel caso in cui questi abbia errato nell'individuare il termine di scadenza dell'efficacia di un contratto di locazione, con evidente pregiudizio imminente e irreparabile per il proprio assistito (139). Diverso è, invece, il caso in cui il difensore, pur avendo rappresentato la necessità della propria sostituzione per conflitto d'interessi con altra parte del medesimo giudizio, e continuando, ciò nonostante, a svolgere attività defensionale

(135) Cass. civ., sez. II, 23 aprile 2002, n. 5928, cit.

(136) Cass. civ., sez. III, 20 novembre 2009, n. 24544, cit.

(137) Così Cass. civ., sez. II, 12 aprile 2011, n. 10686.

(138) Cass. civ., sez. III, 14 settembre 2000, n. 12158; Cass. civ., sez. II, 19 novembre 1992, n. 12364, in «Giurisprudenza italiana», 1994, I, 1, p. 1638 ss., con nota di M.C. Traverso, *Appunti sulla responsabilità del professionista legale*.

(139) Così Cass. civ., sez. II, 14 agosto 1997, n. 7168, cit.

nell'ambito del medesimo rapporto processuale, non abbia provveduto alla riassunzione del giudizio nel frattempo interrotto, con conseguente estinzione del medesimo (140).

Tra gli obblighi professionali dell'avvocato rientra, infine, quello di sollecitare il cliente a consegnargli la documentazione necessaria all'espletamento dell'incarico affidatogli, il cui adempimento è onere del difensore medesimo dimostrare, onde non incorrere in responsabilità professionale (141).

7. *Considerazioni conclusive: verso un nuovo ruolo dell'avvocato?* — A conclusione di tali considerazioni, nonostante sia definitivamente venuta meno la bipartizione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato (142), il professionista forense è comunque tenuto, sotto il duplice profilo negoziale, oltre che deontologico, a conseguire un determinato «risultato», il quale non dev'essere inteso in senso eminentemente materiale, dovendosi, piuttosto, ricondurre ad una realtà formale: il fine ultimo dell'attività professionale consiste in un bene immateriale, identificabile nella realizzazione dell'interesse che l'assistito-creditore intende realizzare (143).

Come si è sin qui osservato, diversamente dal contratto d'opera manuale, non necessariamente l'aspettativa del cliente e il risultato dell'attività della professione forense devono convergere. Al più, come si evidenzia in dottrina, si può distinguere tra incarico specifico e incarico generico (144): nel primo caso, il difensore assume

(140) Cass. civ., sez. VI, 6 luglio 2015, n. 13927.

(141) Cass. civ., sez. III, 30 maggio 2023, n. 15271. In tale ipotesi, la Suprema Corte ha cassato con rinvio la sentenza di merito che aveva negato la responsabilità di un avvocato per aver ritardato la proposizione di un ricorso *ex* art. 700 cod. proc. civ., con conseguente rigetto di quest'ultimo per carenza del presupposto del *periculum in mora*, sul presupposto che il cliente non avesse dimostrato la tempestiva consegna al legale della documentazione necessaria per l'instaurazione del procedimento.

(142) Su cui v. *supra*, § 2.

(143) In tal senso, G. Musolino, *La responsabilità del notaio e dell'avvocato*, cit., p. 88 ss.

(144) Si pensi, ad esempio, alla redazione di un parere su un caso specifico, alla partecipazione ad un'asta giudiziaria, ovvero all'esperimento di gravame avverso una pronuncia sfavorevole resa nei confronti della parte di cui si sono

un'obbligazione di risultato, impegnandosi a compiere la specifica attività richiesta; nella seconda ipotesi, assume, invece, un'obbligazione di mero comportamento, da cui possono derivare ulteriori obbligazioni, dalla cui violazione derivano vizi di responsabilità per il difensore. Ciò premesso, ove la realizzazione dell'obiettivo anelato dall'assistito sia facilmente perseguibile, sarà ragionevole desumere l'applicazione dell'art. 1176, comma 2, cod. civ. nel caso in cui la condotta tenuta dal professionista sia apparsa del tutto inadeguata e non confacente all'interesse creditorio (145).

Il tema della responsabilità professionale forense sta, dunque, vivendo un momento di espansione, dovuto, oltre che a ragioni giuridiche, collegate ai nuovi perimetri di responsabilità dell'avvocato frutto dell'elaborazione pretoria, anche e soprattutto a cause di tipo socio-economico (146).

Considerando, conclusivamente, che, al giorno d'oggi, la professione forense viene sempre più assimilata, anche sul piano legislativo (147), ad un'attività esercitata in forma d'impresa, occorre comunque tenere presente che l'avvocato opera nella società in cui vive, e che la sua condotta deve concorrere a consolidare le ragioni della giustizia e della legalità, nel processo, così come in ogni ambito della vita dei consociati. La sua è, pertanto, una figura insostituibile, in quanto volta ad assicurare pienamente il

assunte le difese in giudizio. Così G. CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, cit. p. 170 ss.

(145) Circa tali considerazioni, v. G. MUSOLINO, *La responsabilità del notaio e dell'avvocato*, cit., pp. 92 ss. e 471 ss.

(146) P. DORIA, *La responsabilità civile professionale dell'avvocato*, cit., p. 55; F. MARINELLI, *La responsabilità civile dell'avvocato*, in «Previdenza forense», 2012, p. 187 ss.

(147) Si pensi, anzitutto, al decreto-legge n. 223 del 2006, convertito in legge n. 248 del 2006, che portò alla contestuale abrogazione delle tariffe minime per l'onorario degli avvocati e del divieto del «patto di quota lite», cui seguì la previsione di cui all'art. 9 della legge n. 27 del 2012 (di conversione del decreto-legge n. 1 del 2012), con cui vennero, a loro volta, abrogate le tariffe delle professioni regolamentate; il divieto del «patto di quota lite» venne, successivamente, reintrodotto con l'art. 13, comma 4, della legge n. 247 del 2012. Il potere contrattuale degli avvocati con le grandi imprese, ad un certo punto, si è, in tal modo, ridotto in maniera significativa.

principio, di rango costituzionale, di effettività della tutela giurisdizionale (148). Si pensi, nel diritto penale, oltre che civile, alla difesa d'ufficio, la quale è la concreta rappresentazione del ruolo sociale dell'avvocato (149), strumento essenziale per il funzionamento della giurisdizione e garanzia della pienezza della tutela dei diritti di tutti quei soggetti che, per la loro debolezza, sono esposti a possibili discriminazioni.

La funzione dell'avvocato è ancor più evidente, infine, nella gestione delle controversie civili, in particolare nel ricorso agli «strumenti di pacificazione diversi dalla decisione avversariale» (150), ossia le *ADR*: gli avvocati, tramite la formulazione di proposte conciliative ovvero transattive, possono, così, pervenire al componimento della lite, derivante della crisi della cooperazione spontanea tra i consociati, al fine di evitare *in toto* il giudizio, ovvero di porre fine a quello già instaurato (151). Mediante il proficuo impiego degli strumenti di autonomia privata, l'accorto difensore può, tramite il minor dispendio di energie e costi per il proprio assistito, assicurare il massimo risultato utile per la sfera giuridica di quest'ultimo; ciò tanto nell'ambito del sistema della «giustizia complementare», che in quello della «giustizia contrattualizzata» (152).

Attesa, dunque, l'aleatorietà dell'obiettivo da perseguire, ossia la più ampia tutela sul piano giuridico delle ragioni del proprio as-

(148) F. Danovi, *Ordinamento forense e deontologia*, cit., p. 154 ss.

(149) P. Calamandrei, *Elogio dei giudici scritto da un* avvocato, cit., p. 249, per il quale la «utilità sociale è tanto più grande, quanto maggiore è il numero di sentenze di non luogo a procedere, che si pronunziano» grazie alla sua opera professionale. In tale contesto, il maestro fiorentino riscontrava, persino, che «tra il rito giudiziario e il rito religioso esistono parentele storiche molto più strette di quanto non indichi la uguaglianza della parola».

(150) Così R. Tiscini, *Il ruolo dei giudici e degli avvocati*, cit., p. 18.

(151) R. Tiscini, *Il ruolo dei giudici e degli avvocati*, cit., p. 69.

(152) Espressione, quest'ultima, di R. Tiscini, *Il ruolo dei giudici e degli avvocati*, cit., p. 65 ss., spec. p. 85 ss.: con tale espressione, l'autrice intende evidenziare come i privati, per il tramite dei rispettivi difensori, possano – in forza del principio dispositivo – servirsi degli strumenti negoziali al fine di regolare e disporre della *res litigiosa*, sia sotto il piano sostanziale che processuale, similmente a quanto avviene, in Francia, in forza del «*contrat judiciaire*» di cui all'art. 780 del *code de procédure civile*.

sistito, acquista rilievo centrale la scelta del professionista nell'individuazione degli strumenti tecnici di cui si intende avvalere ai fini dell'adempimento del mandato difensivo. Per riprendere le parole di Calamandrei, l'avvocato non dovrà, nell'esplicazione dell'attività difensiva, servirsi di modalità che si possano rivelare infruttuose, se non addirittura perniciose per le ragioni del proprio assistito che aveva riposto fiducia nelle competenze e nella capacità logico-dissuasive del professionista; l'avvocato dovrà, pertanto, dimostrarsi «professionista della persuasione» (153), pur sempre nella consapevolezza dell'elevato ruolo sociale che riveste (154).

(153) P. Calamandrei, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, cit., p. 71 ss., spec. p. 102, in cui si legge: «Prendete due o più persone mediocremente colte e ragionevoli, che vogliano parlare tra loro per mettersi d'accordo su qualche questione tecnica, o per persuadere un terzo che li ascolti: uomini d'affari che negoziano un contratto, clinici chiamati a consulto, generali che combinano un piano d'attacco. Il loro modo di ragionare sarà, nella forma, lo stesso: un dialogo serrato fatto di frasi brevi, in cui ciascuno ci industrierà di esprimer l'essenziale con parole semplici, le obiezioni saranno presentate e confutate una alla volta per arrivare al punto centrale del dissenso, i periodi resteranno a mezzo quando chi li pronuncia di accorgerà che l'interlocutore ha capito il resto da sé, e il gesto lo sguardo il tono basteranno, meglio delle frasi tornite, a stabilire il contatto e l'intesa. Così parlano gli uomini che vogliono farsi intendere e persuadere. Invece gli avvocati, questi professionisti della persuasione, usano spesso un modo di esprimersi che è tutto il contrario». È, d'altronde, sempre l'avvocato fiorentino che, nell'ammonire i giovani avvocati della sua epoca, affermava in maniera del tutto bonaria, anche con qualche nota di faceto nei confronti della magistratura: «Difendi le tue cause con zelo; ma non esagerare. La troppa dottrina, l'eccezionale sfoggio di citazioni di autori, il raffinato virtuosismo dialettico stancano il giudice. Se scrivi troppo, non legge; se parli troppo, non ascolta; se sei oscuro, non ha tempo per cercar di capirti. Per vincer le cause, bisogna portare argomenti mediocri e semplici: che offrano al giudice la facile strada della minor resistenza. Disse, sospirando, quell'avvocato, quando ebbe la notizia di aver perduto una causa alla quale aveva dedicato sei mesi di zelantissime fatiche».

(154) Cons. naz. for., 29 aprile 2022, n. 35; Cons. naz. for., 7 marzo 2022, n. 7. V., inoltre, A. Carratta, *La «funzione sociale» del processo civile, fra XX e XXI secolo*, cit., p. 579 ss.

Rossella Brosio
Dottoranda di ricerca nell'Università di Catanzaro

«CYBERETHICS»
UN VENTURO DOVERE PROFESSIONALE NELL'ERA DELLA SOCIETÀ DIGITALE

Sommario: 1. Evoluzione storica della figura professionale. – 2. L'avvocato nell'era digitale: nuove sfide e opportunità. – 3. L'insorgenza di nuovi doveri professionali. – 4. Osservazioni conclusive.

1. *Evoluzione storica della figura professionale*. — Per raggiungere la casa di un logografo ateniese si percorreva una viuzza lastricata di ciottoli che portava verso le pendici dell'Acropoli. Varcato il muro in mattoni crudi che la nascondeva, il cliente veniva accolto nell'androceo, quella parte della casa riservata agli uomini, illuminato dalla luce del vestibolo, dove il giurisperito lo attendeva in una poltrona appoggiata a un pavimento in mosaico. Un braciere riscaldava l'ambiente circondato da pareti intonacate di rosso.

Abbigliato con un telo di lana fermato alla vita da una cintura e sulla spalla destra da una spilla, il logografo raccoglieva le doglianze e le richieste del cliente scrivendo gli appunti su una tavola rivestita di cera con una penna di canna appuntita imbevuta d'inchiostro. Al tramonto preparava l'orazione a pagamento attingendo ai fatti di causa, alla biblioteca delle leggi e alla propria competenza retorica. Revisionato più volte e farcito di citazioni,

Quaderni di «Etica e giustizia», n. 1
L'avvocato e la giustizia, a cura di M. Gradi, Napoli, 2025

il testo diventava la traccia del discorso poi letto dal cliente alla giuria popolare del Delfinio, il Tribunale adiacente al Santuario di Apollo. Se l'esito del giudizio fosse stato favorevole, la fama del logografo si sarebbe diffusa.

Questa è una delle prime immagini di una professione che, cambiando nel tempo, dura da più di duemila anni. La figura dell'avvocato compare quando gli ordinamenti giuridici assumono una complessità che esclude i profani, quando il diritto diviene un sistema autonomo che regola i comportamenti, quando per raggiungere la giustizia viene costruita la forma processuale. Lentamente, ma inesorabilmente, all'originaria esclusiva possibilità di difendersi da soli si abbina il tecnico. Prima come oratore, come estensore di arringhe a pagamento, poi come rappresentante in giudizio con competenze specialistiche: un consulente che diviene «giurista parlante».

Nei riti primordiali della giurisdizione ateniese assumeva un ruolo centrale la parola che persuade e l'argomentazione che convince, e prevaleva il criterio dell'equità, cioè l'equilibrato buon senso rispetto alla razionalità astratta delle norme imposte ai cittadini.

I magistrati avevano il compito di ricevere le accuse private, di istruire le cause, di indirizzarle dinnanzi ai giudici conciliatori che tentavano di indurre le parti a una soluzione transattiva. Solo con il mancato accordo il contenzioso giungeva al massimo tribunale popolare, l'Eliea, costituito da cittadini liberi di almeno trent'anni di età, sorteggiati tra il ceto medio e di media cultura, senza preparazione specifica e compensati in modo contenuto. A queste giurie profane, specchio della morale comune, si rivolgevano direttamente le parole dei contendenti, fossero essi imputati o persone offese. Costoro, pur potendo chiedere il sostegno di personaggi autorevoli, erano obbligati a illustrare personalmente le proprie ragioni. Era un arcaico esempio di autodifesa che non prevedeva argomentazioni tecniche, né un linguaggio giuridico, né perorazioni astratte.

Il processo non durava più di un giorno e si dipanava in cadenze prefissate in cui ciascuna parte disponeva di un tempo rigido e immodificabile per dare spazio all'oralità, con arringhe e repliche.

Senza camera di consiglio e senza altri confronti, i giudici votavano utilizzando un gettone pieno per l'assoluzione e uno forato per la condanna.

Era dunque un tempo in cui erano assenti gli studiosi della legge e la procedura era affidata ai non specialisti, ai rappresentanti del popolo, i quali si attribuivano il compito di decidere con un'ignoranza tecnica che veniva considerata un pregio. In queste assemblee di popolo regnava la parola. Venivano seguite con approssimazione le regole procedurali e lo svolgersi del processo era improntato a un marcato anti-formalismo, coerente con la cultura di un corpo giudicante non togato. Si preferiva infatti la spontaneità e spesso la rozzezza alle strategie preordinate e per questo si voleva che la parola delle parti non fosse intrisa di tecnicismi o virtuosismi. Come si direbbe oggi, la disintermediazione dava vita a un ambiente paritario tra le parti e i giudicanti, accomunati da un linguaggio condiviso perché fondato su regole indiscusse di convivenza civile e su un eguale bagaglio di conoscenze.

In questo contesto iniziò gradualmente, dopo un periodo oscuro, a emergere una figura cui si è fatto cenno, destinata a incrinare il quadro armonico tradizionale, quella del logografo. Non si trattava di un professionista del diritto, ma di un virtuoso della parola che preparava per iscritto gli interventi che ciascuna parte avrebbe dovuto personalmente svolgere dinnanzi alle Corti. Raramente, e solo quando non si era in grado di far comprendere il lavoro dei logografi ai giurati, intervenivano soggetti che illustravano con parole più semplici gli scritti difensivi. Erano i *sinegori,* che letteralmente significa «quelli che parlano a favore».

Compare così per la prima volta un tecnico in un rito fino ad allora riservato alla gente comune. E non stupisce che il cittadino della Grecia classica, impegnato a confrontarsi con la collettività dei suoi pari, si sentisse rassicurato dall'opera di chi possedeva l'arte di persuadere e di dissuadere, organizzando l'arringa in modo razionale ed empatico. Dinnanzi a giudici senza esperienza, che trascuravano le leggi perché a loro spesso estranee, era quanto mai utile che la ricostruzione dei fatti e le motivazioni dei comportamenti fossero condotte con efficacia da terzi competenti. Il bravo logografo sapeva organizzare il discorso utilizzando la reto-

rica del senso comune, quella che preferisce esaltare il verosimile piuttosto che un possibile inverosimile. Inoltre, si giovava della retorica sofista, che puntava all'utile attraverso un linguaggio asciutto, lineare, non verboso, privo di tentazioni declamatorie, diretto al risultato.

Con Roma lo schema cambia e l'assistenza professionale durante il rito processuale lentamente si trasforma. Ogni società, per quanto elementare, non può fare a meno di darsi un insieme di regole che formano il corpo di norme da far osservare attraverso le sanzioni. È comprensibile che si crei un contenzioso tra i cittadini da un lato, che rivendicano di averle osservate e, dall'altro, lo stato che lo contesta. Tale contrapposizione richiede di essere accompagnata da una tecnica che stabilisca come queste regole debbono essere applicate, e dunque da esperti che le conoscano. Semplificando si può dire che le leggi non sono autosufficienti in quanto devono essere conoscibili, conosciute e interpretate attraverso il diritto.

Se nella storia greca questa intermediazione tecnica è quasi assente, in epoca romana è stata imponente e raffinatissima. Il gioco processuale non si accontenta dell'eloquenza capace di persuadere, ma si affida a competenze separate, utili per indirizzare la condotta delle parti e influire sulle decisioni.

Si affermano così due categorie. Da un lato gli *advocati* cioè i giureconsulti, i consulenti giuridici che svolgono una funzione precedente e parallela al processo. Essi hanno il compito di formulare i *responsa* che sciolgono i dubbi nati dall'intreccio tra le norme emanate e quelle consuetudinarie, di raccogliere le testimonianze e di studiare le problematiche giuridiche. Dall'altro, i *patrones* che occupano la scena, e cioè gli oratori che in aula tutelano la parte davanti al giudice.

Può anche accadere che le due funzioni si cumulino nella stessa persona, ma normalmente gli *advocati* mettono a disposizione la competenza giuridica negli atri delle residenze private istruendo le parti sul come dar forma alle loro pretese, mentre i *patrones* sfoggiano la loro maestria pubblicamente, dinnanzi alle giurie.

Gli *advocati* e i *patrones* escono poco alla volta dal loro ruolo informale mentre si delineano i contorni di un mestiere privato e

retribuito, cui viene riconosciuta la rilevanza pubblica (*ius publicae respondendi*).

Con Giustiniano, intorno al 500 d.C., si apre una stagione di rinnovamento che riforma il lessico giuridico premiando la chiarezza e allo stesso tempo ridando vigore a una professione forte di diritti e di doveri. La caduta di Costantinopoli però apre a secoli opachi in cui l'*ars postulandi* viene esercitata da una ristretta schiera di giurisperiti che operano nelle università e nelle scuole dove si esaltano procedure improntate al garbo e alla scaltrezza, ma lontane dalle esigenze della società civile.

Nel periodo successivo, accantonato il modello dialogante d'impronta romana, l'autorità ecclesiastica impone il processo inquisitorio al suo servizio. I tribunali speciali, dominati dai domenicani, limitano lo spazio di azione degli avvocati, scelti dal tribunale e non dall'inquisito, esclusi dalle fasi processuali in cui viene raccolta la prova, cui viene concesso di confrontarsi con il cliente solo alla presenza dell'inquisitore.

Solo con il periodo rivoluzionario si scompagina il modello inquisitorio francese del Settecento: il decreto dell'ottobre 1789 dispone il diritto dell'arrestato di scegliere uno o più consultori con cui conferire liberamente. Le ombre dell'antico sospetto verso l'avvocato scompaiono con Napoleone, che stabilisce l'obbligo della difesa e sottopone a rigida tutela statale l'ordine dei legali.

Mentre nel 1874 il nuovo Stato italiano regolamenta la professione degli avvocati sulla scia delle riforme transalpine, la storia dell'avvocatura italiana dall'Unità in avanti è segnata, più di altre professioni, dalle decisioni dei governi. Con la legge del 1933 il regime fascista riuscì a limitare l'autonomia del foro con una diversa regolamentazione dei provvedimenti disciplinari e con l'ingerenza della magistratura nelle funzioni di autogoverno degli avvocati.

L'altalenante storia del mestiere legale, così sommariamente esposta, mostra un dato inconfutabile: non esiste un paradigma avvocatizio con canoni fondamentali e permanenti. Esso cambia a seconda delle regole che lo adeguano alla cultura dominante ed è influenzato dagli assetti politici del momento ([1]). Ed allora, non ci

[1] La ricostruzione dell'evoluzione storica della professione forense è trat-

si può che chiedere: quale sarà la trasformazione che l'intelligenza artificiale imporrà al mondo dell'avvocatura?

2. *L'avvocato nell'era digitale: nuove sfide e opportunità*. — Nel 1996, John Perry Barlow apriva così la sua Dichiarazione d'indipendenza del *cyberspazio*: «Governi del mondo industriale, stanchi giganti di carne e d'acciaio, io vengo dal *cyberspazio*, la nuova dimora della mente. In nome del futuro, invito voi, che venite dal passato, a lasciarci in pace. Non siete i benvenuti tra di noi. Non avete sovranità sui luoghi dove ci incontriamo» (2).

Sospeso tra sogno e incubo, il diritto tecnologico si profila all'orizzonte del nostro destino accompagnato dagli algoritmi, entrati ormai con forza invadente nelle nostre vite. Siamo avvolti in uno spazio immateriale, inseriti in una nuova esistenza in cui la vita scorre in perenne connessione, incuneati in un'ecologia nuova impregnata da macchine che imparano da sole. La necessaria disponibilità al cambiamento e la dovuta sudditanza alle innovazioni incrineranno i tratti della professione forense, che necessariamente dovrà fare i conti con l'insorgenza di nuovi doveri, la nascita di nuovi istituti giuridici e di nuove branche del diritto: si pensi, ad esempio, al diritto dell'informatica e della *privacy*.

Rispetto all'importanza di intensificare le proprie competenze in merito al diritto dell'informatica, sono spunti di riflessione interessanti le considerazioni di Alessandro Mantelero (3). Si tratta di riflessioni rivolte principalmente agli studiosi del diritto civile, ma che, a parer di chi scrive, possono considerarsi estensibili alla generale categoria dei giuristi e, nello specifico, agli esercenti la professione forense.

In particolare, Mantelero mette in evidenza come il diritto dell'informatica si connota come il laboratorio più avanzato della cultura civilistica in una società in cui le istanze collegate alla

ta da F. Gianaria, A. Mittone, *L'avvocato nel futuro*, Torino, 2022, p. 5 ss.

(2) La citazione è tratta da S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Bari, 2015, p. 1.

(3) Si riportano le considerazioni dello scritto di A. Mantelero, L'AI Act*: la risposta del legislatore europeo alle sfide dell'intelligenza artificiale*, in «Accademia: Rivista dell'Associazione Civilisti italiani», 2024, p. 191 ss.

diffusione di tecnologie innovative sono tema dominante rispetto alle quali il diritto è chiamato a dare risposte in termini di regolazione del contesto socio-tecnico.

Una prima considerazione riguarda l'approccio metodologico del giurista al tema della regolamentazione della tecnologia. Decenni or sono la storiografia europea comprese, con la scuola degli *Annales*, la limitatezza di un'indagine storica meramente evenemenziale e la necessità di uno sguardo più ampio con rispetto al fenomeno storico, incluso un correlato nuovo metodo di tipo interdisciplinare ove lo storico si interessava all'economia, alla sociologia, alla psicologia e ad altri rilevanti saperi per accertare il vero.

La stessa svolta pare ancora da completarsi nell'apporto civilistico allo studio del diritto. Guardare alla concretezza dei problemi regolatori, individuare il punto di congiunzione fra la visione sistemica del diritto e la sua concretizzazione operativa, studiarne le interazioni necessarie con altri ambiti (come quello dell'analisi del rischio nel caso dell'intelligenza artificiale), paiono esercizi meno degni della civilistica. Questo con il risultato che sono poi i c.d. pratici a colmare questa lacuna, spesso meno attrezzati in termini di comprensione del quadro sistemico e teorico. A ciò si aggiunga che una visione prevalentemente orientata al dibattito dogmatico in quanto tale ha portato ad esempio nel caso dell'intelligenza artificiale a fantasiose discussioni circa la natura di persona giuridica della stessa, denotando se non altro una limitata comprensione tecno-sociale del problema.

Una seconda considerazione concerne poi la maturità del settore di indagine e la maturità necessaria per avvicinarvisi. Il diritto delle società digitali vanta ormai una pluridecennale tradizione, connotata da una forte componente sovranazionale e comparatistica, che va rispettata: pensare di affrontare il tema dell'intelligenza artificiale, o altri di tale ambito, in maniera estemporanea sulla base di qualche generica lettura e conoscenza porta a risultati deboli, che creano talora paradossi, quali quello di presentare come nuove quelle che sono idee già ben note e discusse in passato o, più banalmente, di sposare una visione locale rispetto ad un dibattito globale di cui si disconoscono protagonisti e temi.

Così nel caso dell'*AI Act*, non può ragionarsi guardando a quanto accade a Bruxelles, senza avere in mente quanto contemporaneamente accade a Strasburgo, a Washington o a Brasilia, perché il dibattito e le strategie regolatorie, sia normative sia giurisprudenziali, sono ormai globali in questo ambito.

Un'ultima considerazione attiene alla scientificità dell'approccio metodologico ai temi dell'intelligenza artificiale e del digitale. Troppo spesso si argomenta una malintesa idea di maturità scientifica, secondo cui il giurista dovrebbe distinguersi per una varietà di interessi, dimenticando non solo che importanti studiosi della materia elaborarono chiari indirizzi di ricerca, ma soprattutto che non è più accettata nel panorama scientifico internazionale l'incapacità di indagare con metodo e continuità un dato tema, essendo giustamente considerato segno di debolezza l'andare da un tema all'altro senza sviluppare un'approfondita linea di ricerca che, per sua natura, richiede anni di studio ed elaborazione.

È quindi da auspicarsi che l'*AI Act* sia l'occasione per rafforzare le fila dei giovani giuristi dediti ai temi del diritto dell'informazione e dell'informatica, evitando di costringere molti di essi a migrare in altri paesi con maggiori aperture metodologiche, e dando un contributo di profilo alto ma allo stesso tempo concreto al dibattito giuridico ed alla regolamentazione dell'intelligenza artificiale, secondo quella che è storicamente la funzione dell'università, luogo di riflessione per lo sviluppo della società.

Se l'approccio al *cyberspazio* deve essere metodologico e scientifico, inevitabilmente gli esercenti la professione legale saranno chiamati a gestire questioni legate alla protezione dei dati personali e alla *cybersecurity*, soprattutto laddove si faccia ricorso ai sistemi di *LegalTech*. Più precisamente, *LegalTech* è un termine che deriva dalla contrazione di «*legal technology*» e si riferisce all'uso di tecnologie e *software* per fornire servizi legali e supportare il settore giuridico.

In realtà, si tratta di una moltitudine di applicazioni, dalla semplice gestione documentale all'automazione dei processi, fino all'impiego di intelligenza artificiale per l'analisi predittiva in ambito giuridico, per lo svolgimento di compiti ripetitivi e a basso

valore aggiunto, per la redazione di documenti *standard* o per le ricerche di carattere giurisprudenziale.

Il *LegalTech* non solo accelera e semplifica questi processi ma li rende anche più accessibili, abbattendo barriere geografiche ed economiche. Per gli operatori del settore, significa poter gestire un maggior volume di lavoro con maggiore precisione e minori rischi di errore.

A titolo esemplificativo, applicazioni pratiche di *LegalTech* possono innanzitutto essere:

a) le piattaforme di automazione contrattuale: queste soluzioni permettono la creazione, la negoziazione e la gestione di contratti in modalità completamente digitale, riducendo i tempi e i costi. In questa categoria possono collocarsi i c.d. *smart contracts*: la negoziazione e la stipula di contratti si svolgono sempre più spesso *online*. Gli avvocati devono padroneggiare gli strumenti digitali per redigere e gestire contratti intelligenti in grado di auto-eseguirsi in base a determinate condizioni.

La locuzione *smart contract* è traducibile letteralmente come «contratto intelligente» (4), di conseguenza un interprete potrebbe essere tentato dall'identificare detta figura come un nuovo tipo contrattuale (inteso in senso giuridico), in particolare un tipo contrattuale dotato di intelligenza autonoma. Palesandosi fin da subito qualche perplessità in merito alla possibilità che un contratto possa essere dotato di facoltà intellettive autonome, è opportuno riferirsi allora alla normativa attualmente vigente in materia: in proposito, il decreto legge n. 135 del 2018 (5), convertito

(4) Una prima definizione dottrinale di *smart contract* si deve a G. Settanni, *Analisi e qualificazione giuridica dell'oracolo dei «contratti intelligenti»*, in «Il diritto dell'informazione e dell'informatica», 2024, fasc. 2, p. 240.

(5) In particolare, l'art. 8-*ter* del citato decreto legge dispone: «Si definiscono "tecnologie basate su registri distribuiti" le tecnologie e i protocolli informatici che usano un registro condiviso, distribuito, replicabile, accessibile simultaneamente, architetturalmente decentralizzato su basi crittografiche, tali da consentire la registrazione, la convalida, l'aggiornamento e l'archiviazione di dati sia in chiaro che ulteriormente protetti da crittografia verificabili da ciascun partecipante, non alterabili e non modificabili. Si definisce "smart contract" un programma per elaboratore che opera su tecnologie basate su registri

con legge n. 12 del 2019, identifica gli *smart contracts* come quei programmi per elaboratore che operano su tecnologie *blockchain* [6] e la cui esecuzione vincola automaticamente due o più parti sulla base di effetti predefiniti dalle stesse.

In base alla suddetta definizione, emergerebbe, per prima cosa, che i contratti intelligenti non sarebbero in realtà contratti, ma solamente dei «programmi per elaboratore»: per usare ancora un anglicismo ben conosciuto dalla stragrande maggioranza della popolazione mondiale, si tratterebbe quindi semplicemente di *software*. Gli *smart contracts* non sarebbero allora un tipo contrattuale, ma solo e soltanto dei programmi informatici, che necessariamente il professionista deve conoscere e deve saper maneggiare.

Ulteriori applicazioni pratiche di *LegalTech* riguardano:

b) l'analisi predittiva: l'uso dell'intelligenza artificiale per analizzare precedenti giuridici e prevedere l'esito di cause legali sta

distribuiti e la cui esecuzione vincola automaticamente due o più parti sulla base di effetti predefiniti dalle stesse. Gli *smart contract* soddisfano il requisito della forma scritta previa identificazione informatica delle parti interessate, attraverso un processo avente i requisiti fissati dall'Agenzia per l'Italia digitale con linee guida da adottare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto».

[6] In questo senso si veda S. RIGAZIO, *Smart contracts e tecnologie basate su registri distribuiti nella l. 12/2019,* in «Il diritto dell'informazione e dell'informatica», 2021, fasc. 2, p. 369, in cui si mette in evidenza che: «Non esiste attualmente una nozione condivisa di *blockchain*, sebbene la dottrina abbia profuso ampi sforzi nel tentativo di descriverne gli effetti sotto diversi profili: alcuni studiosi sostengono che si tratti di una tecnologia in grado di prevedere crisi finanziarie, altri che trasformerà e plasmerà il concetto stesso di diritto privato, altri ancora ne fanno addirittura un "manifesto" di libertà e ribellione nei confronti della sovranità degli Stati e di altre istituzioni (*in primis* gli istituti bancari) in campo economico. Nel tentativo di offrire un inquadramento dogmatico della fattispecie in esame, lo si potrebbe ricondurre alla categoria delle fattispecie a formazione progressiva giacché, in considerazione delle caratteristiche sopra evidenziate, l'effetto finale – ovvero la costituzione di un registro condiviso e, dunque, la gestione e la condivisione delle informazioni – è il risultato di fatti diversi e tra loro collegati, quali l'esecuzione delle transazioni e la successiva costituzione dei blocchi, secondo le regole proprie della tipologia di *blockchain* (pubblica o privata) adottata».

diventando sempre più affidabile, offrendo agli avvocati uno strumento prezioso per la strategia processuale (naturalmente è essenziale che il controllo umano, sia sempre presente, per evitare non solo clamorosi errori giuridici, ma anche cognitivi che possono portare conseguenze paradossali);

c) la tecnologia *blockchain* per la verifica di documenti: l'adozione della *blockchain* nel *LegalTech* offre nuove possibilità per la certificazione e la verifica di documenti legali in modo sicuro e trasparente;

d) la realtà virtuale per la formazione legale: potrebbe essere utilizzata per simulare ambienti giuridici per la formazione di avvocati e studenti, offrendo esperienze immersive e pratiche;

e) l'automazione e il diritto proattivo: l'automazione non si limiterà alla gestione dei casi esistenti ma aiutererebbe le imprese a identificare e prevenire potenziali rischi legali, adottando un approccio proattivo alla *compliance*.

È importante precisare che il supporto dei sistemi digitali da parte degli esercenti la professione forense non deve essere considerato una chimera. Risale al 6 giugno 2024 un'indagine condotta da *Deloitte Legal*, che ha organizzato nell'*Auditorium* della sua nuova sede romana, *Time to build 2024*, l'annuale evento di presentazione del *report* in questa occasione intitolato *Legal tech e strategie per il legal del futuro* ([7]).

Il dibattito ha rivelato l'immagine di dipartimenti legali in rapida trasformazione, consci dell'evoluzione in corso e dell'importanza del supporto al *business* nel processo di generazione del valore e quindi pronti alle nuove sfide che il mercato attuale e la tecnologia stanno ponendo loro davanti.

Il *report* evidenzia, infatti, tra gli altri dati emersi, come la maggioranza degli intervistati ritenga importante adottare una strategia chiara e condivisa nel proprio dipartimento legale. L'80% dei rispondenti alla *survey* ha dichiarato di avere definito una strategia chiara del dipartimento legale; nel 60% dei casi

[7] L'analisi statistica recante il titolo *Legal tech e strategie per il legal del futuro: pubblicato il Report 2024 Survey Legal Management* è tratta da *Legal Management Consulting (LMC) Survey*, in <www.deloitte.com>, 6 giugno 2024.

questa strategia non solo è stata pianificata, ma anche documentata e portata all'attenzione del *top management* dell'azienda per approvazione.

Per quanto riguarda la tecnologia, secondo l'indagine condotta da *Deloitte Legal*, i dipartimenti legali italiani hanno investito principalmente in *software* di firma digitale, citata dal 70% degli intervistati. Anche i *tool* di archiviazione (46% degli intervistati) e di *e-billing* (44% degli intervistati) rappresentano oggi le tecnologie più utilizzate.

Con riferimento, invece, alle strategie di *sourcing*, dalle informazioni rilevate possiamo osservare come nei dipartimenti legali italiani le strategie più diffuse prevedano l'esternalizzazione di attività legate al diritto penale, al diritto amministrativo e al diritto del lavoro. I servizi che vengono svolti internamente al dipartimento sono solitamente legati alle attività di contrattualistica (89%), al diritto commerciale e societario (75%) e alla *compliance* (74%), attività che vengono anche ritenute tra le più importanti di un dipartimento legale.

La statistica fornisce una risposta certa: anche se le istituzioni sono lente a recepire il cambiamento (e a regolamentarlo) e le facoltà giuridiche restie ad adeguare i programmi al mondo in cui lavoreranno gli avvocati di domani, la metamorfosi della professione legale è già una realtà, una realtà destinata a confrontarsi anche con le regole etiche che la governano.

In generale, l'intelligenza artificiale nel *LegalTech* mira a migliorare l'accesso alla giustizia, aumentare l'efficienza e ridurre i costi associati alle attività legali. Tuttavia, è importante notare che l'utilizzo di strumenti tecnologici nel settore legale, deve necessariamente conformarsi ad alcuni dogmi.

Sul punto, la Commissione europea per l'efficienza della giustizia, nota anche con l'acronimo *Cepej*, del Consiglio d'Europa, nel 2018, ha adottato una Carta etica europea per l'uso dell'intelligenza artificiale nei sistemi di giustizia e nei relativi ambienti [8].

[8] Il testo integrale della *Carta etica europea sull'utilizzo dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari e negli ambiti connessi* è reperibile in <www.coe.int>, dicembre 2018.

Il primo principio è dato dal rispetto dei diritti fondamentali: occorre che la progettazione e l'implementazione di strumenti e servizi di intelligenza artificiale siano compatibili con i diritti fondamentali della persona. Gli strumenti di intelligenza artificiale adottati in ambito giudiziario devono perseguire scopi precisi conformemente ai diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e dalla Convenzione n. 108 per la protezione dei dati personali.

Nel momento in cui vengono utilizzati strumenti di intelligenza artificiale per risolvere una determinata controversia o per assistere al processo decisionale giudiziario è indispensabile che venga assicurato che ciò non determini una minore garanzia del diritto di accesso alla tutela giurisdizionale e del diritto al giusto processo. Dovranno essere rispettati i principi della *rule of law* e dell'imparzialità del giudice. Si dovrà accordare preferenza agli approcci *ethical-by-design* o *human-right-by-design-approaches*. Ciò significa che, sin dalle fasi di progettazione e apprendimento, le regole che sanciscono il divieto di violazioni dirette o indirette dei valori fondamentali tutelati dalle convenzioni devono essere pienamente integrate.

Il secondo principio è di non discriminazione: è necessario, cioè, prevenire lo sviluppo di possibili discriminazioni tra individui o gruppi di individui. Data la capacità di questi metodi di trattamento di svelare la discriminazione esistente, mediante il raggruppamento o la classificazione di dati relativi a individui o a gruppi di persone è necessario che le parti interessate, pubbliche e private, debbano garantire che i metodi non riproducano o aggravino tale discriminazione o non conducano ad analisi deterministiche. Occorre prestare massima attenzione tanto nelle fasi di sviluppo quanto nelle fasi di implementazione, soprattutto quando l'elaborazione sia basata direttamente o indirettamente su dati sensibili. Nel momento in cui viene individuata tale discriminazione è indispensabile predisporre misure correttive al fine di limitare o, se possibile, eliminare questi rischi, nonché sensibilizzare la parte interessata.

Altro principio enunciato nella Carta etica è quello di qualità e sicurezza. Per ciò che riguarda il trattamento di decisioni e dati

giudiziari, bisogna utilizzare fonti certificate e dati immateriali mediante modelli concepiti in modo multidisciplinare, in un contesto tecnologico sicuro. Coloro che progettano i modelli di apprendimento dovrebbero poter attingere ampiamente alla competenza dei professionisti del sistema giudiziario e dei professori nei settori del diritto e delle scienze sociali. Formare *team* di progetto misti in cicli di progettazione brevi al fine di produrre modelli funzionali è sicuramente uno dei metodi organizzativi che permettono di capitalizzare su questo approccio multidisciplinare.

Inoltre, le tutele esistenti che riguardano l'aspetto etico dovrebbero essere aggiornate in maniera continuativa dalle squadre di progetto. I dati basati su decisioni giudiziarie che sono inseriti in un *software* che implementa un algoritmo di apprendimento automatico dovrebbero essere modificati fino a quando non sono stati effettivamente utilizzati dal meccanismo di apprendimento. Tutto il processo deve essere tracciabile al fine di garantire e verificare l'assenza di modifiche in grado di alterare il contenuto o il significato della decisione in elaborazione.

Anche i modelli e gli algoritmi creati devono essere archiviati ed eseguiti in ambienti sicuri al fine di garantire l'integrità e l'intangibilità del sistema. Il principio di trasparenza è altresì enunciato nella Carta etica.

A questo riguardo, si ritiene necessario rendere accessibili e comprensibili le metodologie utilizzate per l'elaborazione dei dati e autorizzare *audit* esterni. Bisogna trovare un equilibrio tra la proprietà intellettuale di determinati metodi di elaborazione e l'esigenza di trasparenza (accesso al processo di progettazione), imparzialità (assenza di pregiudizi), equità e integrità intellettuale, ossia la priorità agli interessi della giustizia quando si utilizzano strumenti suscettibili di determinare conseguenze legali o di influenzare in maniera incisiva la vita delle persone. È necessario chiarire che queste misure si applicano all'intera catena di progettazione e operativa, dal momento che il processo di selezione, la qualità, nonché l'organizzazione dei dati influiscono direttamente sulla fase di apprendimento. La prima alternativa è la totale trasparenza tecnica. Il sistema potrebbe anche essere spiegato attraverso un linguaggio chiaro e familiare, al fine di descrivere come

vengono realizzati i risultati, comunicando, ad esempio, le prestazioni, gli strumenti utilizzati e la natura dei servizi offerti.

Gli esperti potrebbero essere incaricati di certificare le metodologie di elaborazione o effettuare consulenza preventiva, mentre le autorità pubbliche potrebbero concedere la certificazione soggetta a revisione periodica.

Ultimo principio è il c.d. *under user control*, finalizzato a garantire che gli utilizzatori siano attori informati e capaci di controllare le scelte effettuate. L'autonomia dell'utente deve essere aumentata e non compressa dall'intelligenza artificiale.

I professionisti del sistema giudiziario dovrebbero essere in ogni momento in grado di esaminare le decisioni giudiziarie e i dati utilizzati per giungere ad un risultato e continuare a non esserne vincolati necessariamente alla luce delle peculiarità specifiche di quel caso. L'utente deve essere informato attraverso un linguaggio chiaro e comprensibile (a prescindere dal fatto che le soluzioni offerte dai mezzi d'intelligenza artificiale siano vincolanti) delle diverse alternative a disposizione e del diritto di accedere ad un tribunale, nonché alla consulenza legale, così come previsto dall'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo. Generalmente, quando viene realizzato un sistema informativo basato sull'intelligenza artificiale, dovrebbero esserci programmi di alfabetizzazione informatica destinati agli utenti e dibattiti che coinvolgono professionisti del settore giudiziario.

3. *L'insorgenza di nuovi doveri professionali*. — Si è compreso che non sarà l'atmosfera novecentesca ad accompagnare le giornate di lavoro degli avvocati che verranno. La tecnologia, agevolante o dirompente che sia, fornirà ai professionisti nuovi strumenti, producendo nuove opportunità e nuove disuguaglianze. La digitalizzazione delle mansioni toglierà centralità allo studio legale così com'è.

La necessaria disponibilità al cambiamento e la dovuta sudditanza alle innovazioni incrineranno i tratti di quella figura statica che viveva di autorevolezza acquisita e di solido prestigio incrementato nel tempo. Nascerà quello che qualcuno ama definire un

«avvocato ibrido» [9], figura che sta sorgendo da un contraddittorio accostamento di metodologie differenti che mescolano l'intelligenza dialettica dell'esperto di controversie legali e il pensiero computazionale del sistema cibernetico, tanto da fare apparire, oggi, l'avvocato come un novello retore digitale.

L'«avvocato ibrido» non è però un semplice burocrate informatico, bensì un tecnico specializzato chiamato ad esercitare la professione legale e tenuto a conoscere, in forma metadisciplinare, i problemi giuridici e i criteri logici delle stesse tecnologie esponenziali di cui fa uso. L'automazione tecnologica impone, infatti, lo sviluppo di nuove competenze e dà spazio per la nascita di nuove professioni giuridiche che richiedono un ripensamento sulla stessa formazione dei giuristi e dell'avvocato.

Sulla scorta del Codice deontologico forense italiano, all'interno del quale sono dettati i principi e le modalità di esercizio dell'avvocatura e che viene continuamente aggiornato, l'avvocato si presenta, sostanzialmente, come soggetto ad un dovere di competenza e di formazione continua, dovendosi puntualmente adeguare ed aggiornare in riferimento alle proprie abilità e conoscenze circa i metodi e i contenuti anche del tecnodiritto, al fine di poter accettare in modo corretto gli incarichi ed assicurare le qualità delle sue prestazioni sulla scorta delle nuove regole della c.d. *CyberEthics* [10].

Gli avvocati devono essere consapevoli delle implicazioni etiche che l'uso delle tecnologie esponenziali può comportare. Devono essere in grado di affrontare questioni complesse legate alla conformità legale delle nuove tecnologie, alla *privacy*, alla sicurezza dei dati e alla responsabilità nell'uso delle stesse. Ciò richiede una comprensione approfondita delle leggi e delle normative di

[9] L'avvocatura, nel caso in cui riuscisse ad affrontare la sfida delle tecnologie esponenziali, potrebbe essere l'unica professione legale capace di rinnovarsi pur conservando le tradizionali funzioni di consulenza, assistenza e decisione sui casi controversi. Per un approfondimento sul pensiero ibrido si veda R. KURZWEIL, *Get Ready for the Hybrid Thinking*, in <www.ted.com>, marzo 2014.

[10] C. SARRA, *Cyberethics e deontologia forense*, in *Etica Informatica Diritto*, a cura di P. Moro, Milano, 2008, pp. 131-151.

settore – e l'Unione Europea ne ha già approvate diverse – e una costante formazione per rimanere aggiornati sulle nuove sfide che emergono.

In questa prospettiva, la Commissione per le nuove tecnologie della *Fédération des barreaux d'Europe*, *id est* dell'Ordine degli Avvocati Europei, ha elaborato un documento sul tema dal titolo *Gli avvocati europei nell'era di ChatGPT*, che raccoglie le linee guida su come gli avvocati dovrebbero sfruttare le opportunità offerte dai grandi modelli linguistici e dall'intelligenza artificiale generativa ([11]). Il testo si basa sulla predisposizione di una serie di principi al fine di garantire il rispetto dei profili etici connessi all'utilizzo dei sistemi di intelligenza artificiale generativa negli studi legali.

L'obiettivo perseguito dalla citata Commissione è far si che gli avvocati europei siano preparati alle nuove tecnologie per poter utilizzare gli strumenti di intelligenza artificiale in modo responsabile e nel rispetto dei principi che guidano la professione forense. Ciò si rende necessario, in quanto, come affermato nelle suddette linee guida: «La discussione sull'impatto dell'intelligenza artificiale (IA) in campo legale è in corso da tempo. Tuttavia, l'introduzione di *ChatGPT* di *OpenAI* il 30 novembre 2022 ha rappresentato un catalizzatore significativo per esplorare come gli strumenti di intelligenza artificiale generativa potrebbero trasformare i servizi legali. A giugno 2023, siamo ancora in una fase in cui sono accessibili *chatbot* di IA generici, ma è prevedibile che nel tempo emergeranno rapidamente sistemi di intelligenza artificiale generativa specializzati, progettati specificamente per il settore legale, con l'obiettivo di semplificare i compiti dei professionisti».

La Commissione ha elaborato tali linee guida riguardanti l'utilizzo nella professione forense di modelli linguistici di grandi dimensioni e strumenti di intelligenza artificiale che si basano su di essi: «Comprendere la tecnologia dell'IA generativa; riconoscere

([11]) *Gli avvocati europei nell'era di ChatGPT: Linee guida rivolte agli avvocati per sfruttare al meglio le opportunità offerte dai modelli linguistici di grandi dimensioni e dalla intelligenza artificiali generativa*», in <www.fbe.org>, giugno 2023.

le limitazioni e il contesto; rispettare le regole esistenti sull'IA; integrare le competenze legali; assicurare il rispetto del segreto professionale; garantire la protezione dei dati personali e della *privacy*; informare i clienti e assumersi la responsabilità».

Secondo la Commissione, infatti, le linee guida dovrebbero essere tenute presenti dagli avvocati al fine di mantenere gli *standard* relativi all'etica, con la finalità di tutelare la riservatezza del cliente garantendo l'utilizzo consapevole e informato dell'intelligenza artificiale generativa e dei modelli linguistici di grandi dimensioni in ambito legale. Preliminarmente, nel testo, viene specificato il contenuto dei concetti di «modelli linguistici di grandi dimensioni» e di «intelligenza artificiale generativa».

Nel primo caso si afferma che i modelli linguistici di grandi dimensioni (*Large Language Models*), come *ChatGPT* di *OpenAI*, costituiscono un progresso nel campo dell'intelligenza artificiale, in particolar modo con riferimento all'elaborazione del linguaggio naturale. Tali modelli sono sottoposti ad una formazione che è scandita in due fasi: nella fase di pre-formazione i modelli vengono testati su un ampio raggio di dati senza annotazioni manuali stabilendo una comprensione di base inerente al linguaggio. A ciò seguirà la fase c.d. di messa a punto in cui i modelli vengono testati su campioni di dati più piccoli e specifici per talune attività con annotazioni manuali.

Per intelligenza artificiale c.d. generativa, invece, si intendono quei sistemi di intelligenza capaci di generare testi, immagini o altri media conseguentemente alla richiesta. L'intelligenza artificiale generativa si basa sui grandi modelli linguistici ed ha la capacità di generare *output* che evocano da vicino il linguaggio umano. Generalmente gli utenti non interagiscono direttamente con i *Large Language Models*, ma utilizzano specifici strumenti di intelligenza artificiale generativa che si basano su di essi. Ciò premesso, nelle linee guida viene specificato il contenuto dei sette principi in materia elaborati dalla Commissione.

La prima linea guida, denominata «Comprendere la *GenAI*», afferma: «Assicurati di possedere una conoscenza sufficientemente completa della tecnologia di intelligenza artificiale generativa che utilizzi nella tua professione. Prenditi il tempo per familiariz-

zare con le sue capacità, le sue funzionalità e le potenziali implicazioni legali. Questa conoscenza ti consentirà di prendere decisioni consapevoli in merito all'utilizzo appropriato e responsabile della tecnologia determinando quando e come sfruttarla efficacemente nel tuo lavoro».

Secondo la linea guida illustrata è necessario fare attenzione sia alle insidie connesse all'apprendimento automatico, come *bias* [12] e mancanza di interpretabilità, sia ai rischi specifici dei *Large Language Models* e dell'intelligenza artificiale generativa, quali le allucinazioni, ossia la creazione di informazioni o contenuti non in linea con la realtà.

La seconda linea guida è definita «Riconoscere le limitazioni e il contesto». Qui si afferma come sia di fondamentale importanza comprendere il ruolo svolto dai *Large Language Models* e dall'intelligenza artificiale generativa ai fini di un miglioramento degli aspetti che riguardano la professione e con riferimento alla possibilità di offrire soluzioni più efficaci. Eppure, è importante tenere in considerazione, nonostante i progressi, i limiti di tale tecnologia. Bisogna tenere presente che i contenuti generati dall'intelligenza artificiale potrebbero essere non sempre del tutto accurati, completi o aggiornati. È opportuno tenere presente lo scopo principale dei grandi modelli linguistici, i rischi di allucinazioni e pregiudizi. È importante ricordare che i sistemi di *GenAI* di supporto alla conversazione, ad esempio, non sono necessariamente adatti per altre applicazioni, incluse le applicazioni legali. Bisogna verificare sempre l'*output* generato dal sistema.

La linea guida 3 è rubricata «Rispettare le regole dell'intelligenza artificiale». L'attenzione in questo caso si focalizza sull'esigenza del rispetto da parte degli avvocati, delle norme che governano

[12] Il *bias* è l'inclinazione o il pregiudizio presente nei sistemi di intelligenza artificiale che può influire sulla capacità del sistema stesso di prendere decisioni o di produrre risultati puntuali. Esso può palesarsi in diversi modi, come ad esempio nei dati utilizzati per addestrare il sistema o nell'algoritmo che governa il sistema stesso. Una delle principali cause è dovuta all'utilizzo di dati per addestrare il sistema che risultano essere sbilanciati o incompleti: in tal caso i risultati prodotti dal sistema di intelligenza artificiale saranno errati o le previsioni imprecise.

l'intelligenza artificiale. Ciò comporta un aggiornamento costante sul regolamento dell'Unione europea dedicato all'intelligenza artificiale attualmente in fase di approvazione e una necessaria conoscenza delle normative nazionali o dettate dagli ordini professionali forensi. Ancora, è necessario che gli avvocati esaminino attentamente i termini di servizio stabiliti dai fornitori di *GenAI* al fine di garantire la conformità agli *standard* legali e deontologici.

Secondo tale linea guida, inoltre, è opportuno osservare come le norme sull'intelligenza artificiale sono in continua evoluzione e pertanto suscettibili di modifiche che riflettono la natura dinamica della tecnologia e dei panorami giuridici di riferimento. Perciò è importante che gli avvocati prestino particolare attenzione al fine di rimanere aggiornati sugli sviluppi degli scenari giuridici adottando di conseguentemente le opportune prassi lavorative.

La linea guida 4, definita «Integrare le competenze giuridiche» afferma che: «La *GenAI* dovrebbe integrare le competenze legali, piuttosto che sostituirle. Utilizzala come strumento per semplificare le attività nel tuo studio legale e migliorare l'efficienza dei servizi offerti. Tuttavia, ricorda che la *GenAI* non dovrebbe mai sostituire in alcun modo il tuo giudizio professionale, la tua capacità critica e la tua competenza».

Secondo tale linea guida, è opportuno evitare di riporre eccessivo affidamento sui risultati prodotti dall'intelligenza artificiale generativa. È necessario ricordare che, per quanto essa possa essere d'aiuto nella redazione di documenti, non dovrebbe mai sostituire le decisioni dell'uomo. Bisogna prestare attenzione e controllare autonomamente i risultati attraverso analisi, ricerche, verifiche dei fatti e giudizio professionale. Nella linea guida, inoltre, si pone l'accento sul fatto che alcune persone decidano di non rivolgersi ad un avvocato poiché ritengono esaustivo un consulto con *chatbot* basato sui *Large Language Models* e che perciò sia importante informare i clienti sui rischi connessi all'affidamento esclusivo di tale pratica.

La linea guida 5 è denominata «Rispettare il segreto professionale». In particolare, fa riferimento all'esigenza di garantire il segreto professionale anche nelle ipotesi di utilizzo di strumenti o piattaforme di intelligenza artificiale generativa. Perciò l'avvoca-

to deve adottare tutte le precauzioni necessarie per proteggere la riservatezza delle informazioni e delle comunicazioni che riguardano il cliente. Bisogna ulteriormente assicurare che i sistemi di intelligenza artificiale generativa utilizzati dall'avvocato dispongano di adeguate misure di sicurezza in grado di tutelare i dati sensibili e di rispettare gli obblighi deontologici e legali connessi alla riservatezza del cliente.

La linea guida 6 è rubricata «Garantire la protezione dei dati personali e della *privacy*». Qui si afferma che il contenuto della linea, pur presentandosi connesso con quello dedicato al segreto professionale, ribadisce l'importanza cruciale della salvaguardia dei dati personali da parte degli avvocati quando utilizzano gli strumenti dell'intelligenza artificiale generativa. La linea precisa la necessità di effettuare una valutazione circa la congruità della *GenAI* al regolamento generale sulla protezione dei dati personali precisando come sia importante procedere con cautela e adottare tutte le misure ritenute opportune nonché vagliare i problemi relativi alla *privacy* e a potenziali rischi ad essa connessi. È importante che gli avvocati abbiano consapevolezza del fatto che l'inserimento dei dati personali nei sistemi di intelligenza artificiale generativa richiede un'adeguata conoscenza giuridica e una valutazione circa la conformità alle normative in materia di protezione dei dati personali e della *privacy*.

Proseguendo nella disamina del testo, si giunge, infine alla linea guida 7 denominata «Informare il cliente e assumersi la responsabilità». In questo caso si sottolinea l'importanza per l'avvocato di mantenere una comunicazione trasparente con i clienti relativamente all'utilizzo dei sistemi di intelligenza artificiale generativa.

È opportuno informare il cliente circa l'utilizzo della *GenAI*, nonché illustrare lo scopo di tale utilizzo, i vantaggi, le limitazioni e le garanzie, assicurandosi che i clienti comprendano il ruolo di questa tecnologia nelle questioni legali. Bisogna specificare se gli strumenti in questione siano utilizzati per effettuare ricerche relative a questioni legali o per altre attività.

4. *Osservazioni conclusive*. — L'evoluzione verso l'avvocatura ibrida impone un'estensione del perimetro deontologico che travalica la tradizionale condotta professionale, delineando quelli che potremmo definire come nuovi doveri di vigilanza tecnologica ed equità algoritmica. In questo scenario, l'avvocato non è più soltanto il custode della legge, ma diviene il garante dell'integrità del processo decisionale automatizzato, gravato dall'obbligo etico di trasparenza algoritmica verso il cliente. Ciò implica il dovere non solo di informare sulla natura dello strumento utilizzato, ma di esplicitare i limiti intrinseci della tecnologia impiegata, evitando che il cittadino nutra una falsa percezione di infallibilità verso il responso della macchina. Parallelamente, emerge un dovere di resistenza alla standardizzazione acritica: l'avvocato ha l'obbligo morale di contrastare i *bias* cognitivi e i pregiudizi incorporati nei dataset di addestramento, agendo come un filtro etico che impedisca la cristallizzazione di ingiustizie storiche o discriminazioni sistemiche prodotte da *software* di giustizia predittiva.

A questo si aggiunge un inedito dovere di manutenzione della competenza digitale, inteso non come mero aggiornamento facoltativo, ma come requisito essenziale per la validità del mandato: accettare un incarico senza comprendere i criteri logici della tecnologia sottostante alla controversia (sia essa un contratto intelligente o un algoritmo di profilazione) potrebbe configurarsi come una nuova forma di negligenza professionale. Infine, il segreto professionale si evolve nel dovere di sicurezza proattiva e sovranità dei dati, imponendo al professionista di vagliare tecnicamente la «filiera del dato» per impedire che le informazioni sensibili vengano utilizzate, anche in forma aggregata, per finalità commerciali di terze parti. In definitiva, la soluzione per scongiurare una deriva burocratica risiede nel riconoscere che l'etica forense del futuro non sarà una semplice appendice della tecnica, ma la condizione di esistenza stessa della professione, l'unico elemento in grado di trasformare un potente calcolo statistico in una decisione di giustizia umana e situata.

Paola Francone
Dottoranda di ricerca dell'Università del Salento

USO DELLA TECNOLOGIA E QUESTIONI DEONTOLOGICHE

Sommario: 1. Intelligenza artificiale e problemi oltreoceano. – 2. Panorama europeo e regolamentazione italiana. – 3. Intelligenza artificiale e implicazioni deontologiche in ambito italiano. – 4. Scenari e prospettive future.

1. *Intelligenza artificiale e problemi oltreoceano*. — L'obiettivo di una giustizia efficiente ed efficace, prima sognata, poi millantata ed infine imposta dal PNRR [1], sembra implicare come precipitato logico l'utilizzo da parte dell'avvocato delle tecnologie esponenziali, vale a dire dei sistemi caratterizzati da rapide accelerazioni alimentate dai risultati raggiunti progressivamente in grado di «plasmare le principali *industry* e tutti gli aspetti della nostra vita» [2]. E, allora, quale migliore alleato per garantire qualità e speditezza nelle prestazioni professionali se non l'intelligenza artificiale?

Redazione di atti e di pareri, correzione di bozze, scrittura di *e-mail* e traduzioni sono solo alcuni dei vantaggi in termini di miglioramento dell'efficienza che l'intelligenza artificiale – da intendersi come «insieme di metodi scientifici, teorie e tecniche finalizzate a riprodurre mediante le macchine le capacità co-

[1] Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, in <www.governo.it.>, 23 aprile 2021, p. 11 ss.

[2] *Singularity University*, in <digtechs.com>, 24 giugno 2021.

gnitive degli esseri umani» (3) – potrebbe apportare al mondo forense (4).

Ma come ogni novità che si rispetti, accanto ad indubbie opportunità si paventano inevitabili rischi e perplessità (5). Nel mondo giudiziario le preoccupazioni sollevate non sono frutto

(3) Carta etica europea sull'uso dell'intelligenza artificiale (IA) nei sistemi giudiziari e in ambiti connessi, in <dm.coe.int>, 3 dicembre 2018, p. 47. La Carta, sviluppata dalla Commissione europea per l'efficienza della giustizia (Cepej) del Consiglio d'Europa su impulso della Risoluzione del Parlamento europeo, approvata nel febbraio 2017, recante «Raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica», nonostante non abbia carattere vincolante, si pone l'obiettivo di guidare e orientare l'attività degli operatori pubblici o dei privati protagonisti della diffusione e dell'applicazione dell'intelligenza artificiale. Per un commento alla Carta, v. C. Barbaro, *Cepej, adottata la prima Carta etica europea sull'uso dell'intelligenza artificiale (AI) nei sistemi giudiziari*, in <www.questionegiustizia.it>, 7 dicembre 2018; Id., *Uso dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari: verso la definizione di principi etici condivisi a livello europeo? I lavori in corso alla Commissione europea per l'efficacia della giustizia (Cepej) del Consiglio d'Europa*, in «Questione giustizia», 2018, n. 4, p. 190; A. Carratta, *Decisione robotica e valori del processo*, in «Rivista di diritto processuale», 2020, p. 494.

(4) Sul tema del rapporto tra intelligenza artificiale e giustizia, v. D. Dalfino, *Stupidità (non solo) artificiale, predittività e processo*: *alcune considerazioni critiche a partire dallo studio di Jordi Nieva Fenoll su Intelligenza artificiale e processo*, in <www.questionegiustizia.it>, 2019, 3 luglio 2019; R. Bichi, *Intelligenza artificiale tra «calcolabilità» del diritto e tutela dei diritti*, in «Giurisprudenza italiana», 2019, p. 1773; F. Donati, *Intelligenza artificiale e giustizia*, in «Rivista AIC», 2020, p. 415; D. Dalfino, *Giustizia robotica predittiva (o meglio, prevedibile)*, in <www.editorialedomani.it>, 26 marzo 2021; A. Gorassini, *Il valore della cultura giuridica nell'era digitale*, in «Tecnologie e diritto», 2021, p. 38; A. Torrisi, *Riflessioni a margine di un recente progetto sull'utilizzo dell'intelligenza artificiale in ambito giuridico*, in «Persona e mercato», 2023, p. 715; V. Colomba, *Il futuro delle professioni legali con l'AI: cosa verrà dopo la giustizia predittiva?*, in <www.agendadigitale.eu>, 5 aprile 2023, § 3; G. Finocchiaro, *Intelligenza artificiale: quali regole?*, Bologna, 2024, p. 101; C. Morelli, *Intelligenza artificiale: essere avvocati nell'era di ChatGPT*, Santarcangelo di Romagna, 2024, p. 85; G. Alpa, *La difesa dei diritti e il ruolo dell'avvocato nella applicazione dei sistemi di intelligenza artificiale*, in «Contratto e impresa», 2024, p. 267.

(5) G. Finocchiaro, *Intelligenza artificiale e responsabilità*, in «Contratto e impresa», 2020, p. 714, giustifica l'atteggiamento restio di una parte della

(esclusivamente) di una *forma mentis* conservatrice, riluttante ad accogliere i cambiamenti che l'uso della tecnologia impone, ma sono apprensioni derivate dalla volontà di non rendere ripetibili in Italia accadimenti verificatisi (per il momento) oltreoceano [6].

A New York, infatti, lo studio legale di due avvocati è stato sanzionato con una multa da 5.000 dollari per aver citato precedenti inesistenti [7]. Nello specifico, un uomo dopo essere stato colpito da un carrello di metallo durante un volo da El Salvador a New York, ha citato in giudizio la compagnia aerea Avianca per il risarcimento dei danni subiti. I suoi legali nell'opposizione all'archiviazione del caso hanno prodotto un fascicolo contente precedenti analoghi. Tuttavia, gli eventi, i tribunali, i nomi dei giudici, i numeri di registro e le date erano totalmente falsi e inventati da *ChatGPT*, cui era stato domandato di trovare dei precedenti adatti alla questione e che, inoltre, aveva risposto positivamente – «i casi che ho fornito sono reali e possono essere trovati in Westlaw, LexisNexis e nel Federal Reporter» – quando gli avvocati avevano chiesto rassicurazioni sulla reale esistenza dei casi citati [8].

dottrina giuridica verso l'informatica in questi termini: «forse per una sorta di timore reverenziale o forse di ritrosia nei confronti delle nuove tecnologie».

[6] Nelle more della pubblicazione del presente articolo, quanto già emerso nell'esperienza statunitense ha trovato puntuale riscontro anche nella realtà giurisprudenziale nazionale, che ha confermato, senza sorprese, i primi casi di cattivo utilizzo di strumenti di intelligenza artificiale nella redazione di atti giudiziari: Trib. Firenze, sez. spec. imprese, 14 marzo 2025, in «Diritto industriale», 2025, n. 3, p. 253 ss., con nota di D. Masi, *ChatGPT e «allucinazioni di intelligenza artificiale»: un caso di responsabilità ex art. 96 c.p.c.?*; Trib. Latina, sez. lav., 23 settembre 2025, n. 1034, in <www.avvocatocivilista.it>, 5 ottobre 2025; Trib. amm. reg. Lombardia, 21 ottobre 2025, n. 3348, in <www.altalex.it>, 20 novembre 2025.

[7] La notizia è riportata nello scritto *Usa ChatGPT per scovare i precedenti ma sono falsi, nei guai un avvocato*, in <www.ildubbio.news>, 28 maggio 2023.

[8] *Mata v. Avianca, Inc.*, n. 1:2022-cv-01461, doc. 54 (SDNY 2023), p. 19. Nella sentenza si legge testualmente: «*The Schwartz Affidavit of May 25 included screenshots taken from a smartphone in which Mr. Schwartz questioned ChatGPT about the reliability of its work (e.g., "Is Varghese a real case" and "Are the other cases you provided fake"). (…) ChatGPT responded that it had supplied "real" authorities that could be found through Westlaw, LexisNexis and the Federal Reporter*».

Al di là dell'archiviazione del caso Avianca per la consegna della documentazione dell'accusa fuori termine, lo spunto di riflessione è che non vi sia nulla di «intrinsecamente improprio» (9) nell'utilizzo di *ChatGPT*, come affermato dal giudice della questione, ma che sia necessario che gli avvocati si assumano la responsabilità delle risposte del *chatbot* assicurandosi della veridicità.

E allora ci si chiede come si possa ridefinire il rapporto tra tecnologia e deontologia, come si possa coniugare il dovere di riservatezza con l'utilizzo dell'intelligenza artificiale e se il dovere di competenza dell'avvocato implichi la conoscenza dei nuovi strumenti di intelligenza artificiale.

2. *Panorama europeo e regolamentazione italiana*. — Ad oggi, in Italia, non abbiamo a disposizione un codice deontologico che contenga dei riferimenti per il corretto utilizzo dell'intelligenza artificiale, ma in Europa la discussione sull'impatto dell'intelligenza artificiale in campo legale è in corso da tempo e l'introduzione di *ChatGPT* di *OpenAI* il 30 novembre 2022 ha rappresentato un catalizzatore significativo per esplorare come gli strumenti di intelligenza artificiale generativa – riferendoci a modelli di intelligenza artificiale che, addestrati su serie massicce di dati, sono in grado di produrre automaticamente contenuti sotto forma di testo, immagini, audio e video (10) – potrebbero trasformare i servizi legali.

Per tale motivo, la *Fédération des barreaux d'Europe* (Federazione europea degli avvocati) ha pubblicato le prime linee guida rivolte agli avvocati per sfruttare al meglio le opportunità offerte dai modelli linguistici di grandi dimensioni e dall'intelligenza artificiale generativa – elaborate dalla Commissione per le nuove tecnologie – finalizzate alla formazione degli avvocati per un uti-

(9) Secondo la sentenza citata alla nota precedente, p. 1: «*Technological advances are commonplace and there is nothing inherently improper about using a reliable artificial intelligence tool for assistance. But existing rules impose a gatekeeping role on attorneys to ensure the accuracy of their filings*».

(10) *Intelligenza Artificiale Generativa*, in <www.treccani.it.>, 2023.

lizzo responsabile e deontologicamente corretto degli strumenti di intelligenza artificiale nella professione, sintetizzate in sette raccomandazioni [11].

a) Comprendere la tecnologia dell'intelligenza artificiale generativa. Bisogna assicurarsi di possedere una conoscenza sufficientemente completa della tecnologia di intelligenza artificiale generativa che si utilizza nella professione, delle sue capacità, funzionalità e potenziali implicazioni legali al fine di prendere decisioni consapevoli in merito all'utilizzo appropriato e responsabile della tecnologia, determinando quando e come sfruttarla efficacemente nel lavoro.

b) Riconoscere le limitazioni e il contesto. Per rimanere all'avanguardia nel settore, è fondamentale comprendere come gli strumenti di intelligenza artificiale possono migliorare alcuni aspetti della professione e offrire soluzioni più efficaci ma, al contempo, è importante considerare i limiti di questa tecnologia. Nonostante i suoi progressi, infatti, i contenuti generati dall'intelligenza artificiale potrebbero non essere sempre del tutto accurati, completi o aggiornati e per tale motivo è indispensabile verificare sempre l'*output* generato dal sistema.

c) Rispettare le regole esistenti sull'intelligenza artificiale. È essenziale che gli avvocati europei conoscano e rispettino le norme esistenti che disciplinano l'uso dell'intelligenza artificiale, soggette a continue evoluzioni e modifiche. Ciò implica rimanere aggiornati sul regolamento sull'intelligenza artificiale dell'Unione europea e conoscere eventuali normative nazionali o stabilite dagli ordini forensi, anche quando non giuridicamente vincolanti.

d) Integrare le competenze legali. L'intelligenza artificiale dovrebbe essere utilizzata come strumento per semplificare le attività dello studio legale e migliorare l'efficienza dei servizi offerti senza sostituire in alcun modo il giudizio professionale, la capacità critica e la competenza. Per quanto questa possa aiutare a redigere dei

[11] *Gli avvocati europei nell'era di ChatGPT: linee guida rivolte agli avvocati per sfruttare al meglio le opportunità offerte dai modelli linguistici di grandi dimensioni e dalla intelligenza artificiale generativa*, in <www.ordineavvocatibari.it>, 1° luglio 2023.

documenti, non dovrebbe mai sostituire le decisioni dell'uomo: è necessario prestare attenzione e controllare in modo autonomo i risultati attraverso analisi, ricerche, verifica dei fatti e giudizio professionale, informando, al contempo, i clienti sui rischi associati all'affidarsi esclusivamente a questo tipo di pratica.

e) Assicurare il rispetto del segreto professionale. È indispensabile garantire il segreto professionale anche quando vengono utilizzati strumenti o piattaforme di intelligenza artificiale generativa, implementando misure di sicurezza efficaci per salvaguardare i dati sensibili e rispettare gli obblighi deontologici e legali relativi alla riservatezza del cliente.

f) Garantire la protezione dei dati personali e della *privacy*. Pur sovrapponendosi parzialmente alla precedente raccomandazione, questa linea guida sottolinea la necessità di una valutazione scrupolosa della conformità dell'intelligenza artificiale al regolamento generale sulla protezione dei dati, evidenziando l'importanza di esercitare cautela, adottare misure appropriate e affrontare i problemi di *privacy* e i potenziali rischi. Gli avvocati devono essere consapevoli del fatto che l'inserimento di dati personali nei sistemi di intelligenza artificiale richiede un'adeguata base giuridica e una valutazione in conformità con le disposizioni sulla protezione dei dati e sulla *privacy*. Per garantire la *privacy* e la protezione dei dati, è essenziale implementare solide misure di sicurezza che comprendano sia la tecnologia utilizzata sia i processi, proteggendo dall'accesso, dall'uso o dalla divulgazione non autorizzati dei dati personali.

g) Informare i clienti e assumersi la responsabilità. Ciò implica di mantenere una comunicazione trasparente con i clienti in merito all'uso di tecnologie di intelligenza artificiale nello studio legale, di spiegare chiaramente il fatto che si utilizzi, nonché lo scopo di tale utilizzo, i vantaggi, le limitazioni e le garanzie, assicurandosi che i clienti comprendano il ruolo di questa tecnologia nelle loro questioni legali, specificando se questi strumenti vengono utilizzati per ricerche legali o per ulteriori attività e assumendosi la responsabilità degli esiti così come delle conseguenze dell'utilizzo dell'intelligenza artificiale. All'interno dello studio legale bisogna adottare un approccio responsabile verso

l'utilizzo di tali strumenti tecnologici, informando anche tutti i colleghi delle regole stabilite e assicurandosi che queste siano rispettate.

A settembre 2024, con l'entrata in vigore del regolamento europeo n. 1689 sull'intelligenza artificiale, noto come *Artificial Intelligence Act* (*AI Act*) (12), la Commissione per le nuove tecnologie della *Fédération des barreaux d'Europe* ha avvertito l'esigenza di aggiornare le predette linee guida (re)intitolandole *Avvocati europei nell'era di ChatGPT: linee guida su come gli avvocati dovrebbero sfruttare le opportunità offerte dai grandi modelli linguistici e dall'intelligenza artificiale generativa* e prevedendo nove (in parte) nuove raccomandazioni.

a) Riconoscere i limiti dell'intelligenza artificiale nella pratica legale (13). È necessario possedere una conoscenza approfondita di tali strumenti tecnologici utilizzati nella propria pratica legale, riconoscere i limiti e la natura specifica, effettuare un controllo incrociato delle informazioni generate dall'intelligenza artificiale con fonti verificate e applicare la propria esperienza per valutare la validità dei risultati.

(12) Il reg. Ue n. 1689/2024 è entrato in vigore il 2 agosto 2024 e si applica a decorrere dal 2 agosto 2026, ad eccezione di quanto previsto dall'art. 113, lett. a, b e c. Tale regolamento stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale e modifica i regolamenti Ce n. 300/2008, Ue n. 167/2013, Ue n. 168/2013, Ue n. 858/2018, Ue n. 1139/2018 e Ue n. 2144/2019, nonché le direttive Ue n. 90/2014, Ue n. 797/2016 e Ue n. 1828/2020. Sul tema in dottrina, v. F. Donati, *Diritti fondamentali e algoritmi nella proposta di regolamento sull'intelligenza artificiale*, in «Il diritto dell'Unione europea», 2021, p. 453; C. Morelli, *Nuove regole europee per l'AI: impatto su giuristi e* legal tech, in <www.altalex.it>, 10 maggio 2021; C. Casonato, B. Marchetti, *Prime osservazioni sulla proposta di regolamento dell'Unione europea in materia di intelligenza artificiale*, in «BioLaw Journal», 2021, p. 415; F.C. La Vattiata, *Brevi note «a caldo» sulla recente Proposta di Regolamento UE in tema di intelligenza artificiale,* in «Diritto penale e uomo», 2021, n. 6, p. 1; C. Iurilli, *Il diritto naturale come limite e contenuto dell'intelligenza artificiale. Prime riflessioni sul nuovo Regolamento Europeo «AI Act»,* in <www.judicium.it>, 24 giugno 2024, § 4.

(13) La nuova linea guida n. 1 fa riferimento al considerando 20 e agli artt. 4, 13, 14 e 26 reg. Ue n. 1689/2024.

b) Rispettare le regole esistenti sull'uso dell'intelligenza artificiale (14).

c) Considerare l'uso di intelligenza artificiale da parte di altri (15). In futuro si prevede che i nostri colleghi, i clienti, le autorità nazionali e sovranazionali, compresi i tribunali, i giudici, i pubblici ministeri, gli organi amministrativi, i clienti e le controparti utilizzeranno l'intelligenza artificiale. Ciò richiede un nuovo approccio alla gestione delle prove e alle azioni da intraprendere in relazione alle prove presentate dai clienti.

d) Integrare le competenze legali (16).

e) Mantenere il segreto professionale tra avvocato e cliente (17).

f) Garantire la protezione dei dati (18).

g) Garanzia di trasparenza esterna e interna (19). La trasparenza esterna implica che l'avvocato e il cliente concordino quali strumenti di intelligenza artificiale verranno utilizzati per il caso specifico e in che misura verranno applicati i loro risultati. La trasparenza interna prevede che gli avvocati comunichino ai propri collaboratori come gestire i risultati generati dall'intelligenza artificiale.

h) Considerare l'impatto sulla proprietà intellettuale (20). Per aumentare la probabilità che l'*output* di intelligenza artificiale non violi i diritti di proprietà intellettuale di altri, occorre verificare se il fornitore dello strumento indennizza i suoi utenti o se attenua in altro modo i rischi.

i) Utilizzare l'intelligenza artificiale con consapevolezza del suo

(14) La nuova linea guida n. 2 fa riferimento all'art. 4 reg. Ue 2024/1689 e all'art. 20 della Convenzione del Consiglio d'Europa sull'intelligenza artificiale.

(15) La nuova linea guida n. 3 fa riferimento al considerando 134 e all'art. 50 reg. Ue n. 1689/2024.

(16) La nuova linea guida n. 4 fa riferimento all'art. 14 reg. Ue n. 1689/2024.

(17) La nuova linea guida n. 5 fa riferimento all'artt. 15 e 26 reg. Ue n. 1689/2024.

(18) La nuova linea guida n. 6 fa riferimento agli artt. 5, 6, 12 e 22 reg. Ue n. 679/2016, nonché all'art. 26 reg. Ue n. 1689/2024.

(19) La nuova linea guida n. 7 fa riferimento agli artt. 13 e 50 reg. Ue n. 1689/2024.

(20) La nuova linea guida n. 8 fa riferimento ai considerando 104-108, nonché agli artt. 25 e 53 reg. Ue n. 1689/2024.

impatto ambientale (21). Lo sviluppo e l'utilizzo di tali strumenti tecnologici implicano un notevole consumo di energia, acqua e risorse, contribuendo all'inquinamento ambientale e ai rischi per le comunità locali. Come professionisti del settore legale, è fondamentale adottare pratiche in linea con la sostenibilità ambientale, sfruttando al contempo l'intelligenza artificiale: ottimizzare l'uso di intelligenza artificiale; scegliere una intelligenza artificiale efficiente; incoraggiare la trasparenza; effettuare un approvvigionamento sostenibile.

L'adozione dell'*AI Act* rappresenta una pietra miliare per l'Unione europea. Con lo scopo di migliorare il funzionamento del mercato interno, istituisce un quadro giuridico uniforme per quanto riguarda lo sviluppo, l'immissione sul mercato, la messa in servizio e l'uso di sistemi di intelligenza artificiale nell'Unione, in conformità dei valori dell'Unione, promuovendo la diffusione di un'intelligenza artificiale antropocentrica e affidabile, garantendo al contempo un livello elevato di protezione della salute, della sicurezza e dei diritti sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, promuovendo l'innovazione.

Il regolamento sull'intelligenza artificiale è un elemento chiave della politica dell'Unione europea volta a promuovere lo sviluppo e l'adozione in tutto il mercato unico di un'intelligenza artificiale sicura, lecita e che rispetti i diritti fondamentali (22).

Il nuovo regolamento stabilisce un insieme proporzionato ed efficace di regole vincolanti per i sistemi di intelligenza artificiale con un approccio basato sul rischio definito in modo chiaro, tale da adattare la tipologia e il contenuto delle regole all'intensità e alla portata dei rischi che possono essere generati dai sistemi di intelligenza artificiale. È pertanto necessario vietare determinate pratiche di intelligenza artificiale inaccettabili, quali la manipolazione comportamentale cognitiva e il punteggio sociale, stabilire requisiti per i sistemi di intelligenza artificiale ad alto rischio e obblighi per gli operatori pertinenti, nonché obblighi di trasparenza

(21) La nuova linea guida n. 9 fa riferimento al considerando 140 reg. Ue n. 1689/2024.

(22) Considerando 1 reg. Ue n. 1689/2024.

per determinati sistemi di intelligenza artificiale. Il regolamento vieta, inoltre, l'uso dell'intelligenza artificiale per attività di polizia predittiva basate sulla profilazione e su sistemi che utilizzano dati biometrici per classificare le persone sulla base di specifiche categorie, quali la razza, la religione o l'orientamento sessuale di una persona [23].

Al fine di garantire una corretta applicazione, sono stati istituiti diversi organi direttivi: un ufficio per l'intelligenza artificiale all'interno della Commissione per far rispettare le regole comuni in tutta l'Unione europea; un gruppo di esperti scientifici indipendenti a sostegno delle attività di esecuzione; un comitato per l'intelligenza artificiale composto da rappresentanti degli Stati membri e incaricato di fornire consulenza e assistenza alla Commissione e agli Stati membri ai fini di un'applicazione coerente ed efficace del regolamento sull'intelligenza artificiale; un *forum* consultivo per i portatori di interessi volto a fornire competenze tecniche al comitato per l'intelligenza artificiale e alla Commissione. Sono previste, inoltre, delle sanzioni pecuniarie per le violazioni del regolamento sull'intelligenza artificiale, fissate in percentuale del fatturato annuo globale nell'esercizio finanziario precedente della società che ha commesso il reato o, se superiore, in un importo predeterminato [24].

Si dà atto che è in corso di esame in commissione il disegno di legge n. 1146 del 2024 [25], recante delega al Governo per l'adeguamento della normativa interna al Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sull'intelligenza artificiale n. 1689/2024 [26]. Il d.d.l., il cui parere positivo del Garante *Privacy* è pervenuto in data 2 agosto 2024, non si sovrappone all'*AI Act*, ma ne

[23] Considerando 26 reg. Ue n. 1689/2024.

[24] Considerando 168 reg. Ue n. 1689/2024.

[25] Divenuto, nelle more della pubblicazione del presente contributo, legge 23 settembre 2025, n. 132, dal titolo «Disposizioni e deleghe al Governo in materia di intelligenza artificiale».

[26] Per un commento alla normativa, v. G. Barone, *La regolamentazione dell'Intelligenza Artificiale: è «corsa agli armamenti»,* in «Diritto penale e processo», 2024, p. 991; C. Morelli, *Intelligenza artificiale: norme in ordine sparso*, in <www.altalex.it>, 7 ottobre 2024.

accompagna il quadro regolatorio negli spazi propri del diritto interno. Si pone l'obiettivo di proteggere i diritti fondamentali, la democrazia, lo Stato di diritto, la sostenibilità ambientale sulla base dei possibili rischi e del livello d'impatto, promuove l'innovazione per il benessere dei cittadini e opera un bilanciamento tra opportunità e rischi, prevedendo norme di principio e disposizioni di settore che da un lato incentivano l'utilizzo delle nuove tecnologie per il miglioramento delle condizioni di vita dei cittadini e della coesione sociale e, dall'altro, forniscono soluzioni per la gestione del rischio fondato su una visione antropocentrica. La finalità, dunque, è quella di porre al centro di ogni attività che riguardi lo sviluppo e la concreta applicazione dei sistemi e dei modelli di intelligenza artificiale l'autodeterminazione umana. In particolare, la previsione normativa introduce sei capi, relativi: ai principi e finalità; alle disposizioni di settore (sanità, lavoro, professioni intellettuali, pubblica amministrazione, attività giudiziaria, *cybersicurezza* nazionale); alla strategia nazionale, Autorità nazionale e azioni di promozione; alle disposizioni a tutela degli utenti e in materia di diritto d'autore; alle disposizioni penali; alle disposizioni finanziarie.

3. *Intelligenza artificiale e implicazioni deontologiche in ambito italiano*. — Nonostante la mancanza nel nostro ordinamento di norme deontologiche concernenti la regolamentazione dell'utilizzo dell'intelligenza artificiale tali da creare un equilibrio tra questioni etiche e strumenti tecnologici, un'interpretazione estensiva del codice deontologico forense, anche alla luce del contesto normativo europeo, è non solo possibile ma anche dovuta.

In primis, il dovere di segretezza e riservatezza è connaturato alla nozione di professione legale [27]: l'avvocato è tenuto al segreto professionale e al massimo riserbo su fatti e circostanze apprese nell'esercizio professionale, secondo quanto prescritto dall'art. 13 cod. deont. for. in combinato disposto con l'art. 28 cod. deont.

[27] G.C. Hazard, A. Dondi, *Etiche della professione legale*, Bologna, 2005, p. 285.

for., che regolano il riserbo e il segreto professionale ([28]). Da qui l'importanza di evitare che l'utilizzo dell'intelligenza artificiale provochi la diffusione di dati riservati che vengano inseriti nelle domande formulate al *chatbot* o che si conceda l'autorizzazione all'utilizzo di dati in possesso dell'utente ([29]). Tali inserimenti – diretti o indiretti – potrebbero comportare un'acquisizione dei dati e un'ulteriore elaborazione, con conseguente violazione del segreto professionale.

Se, dunque, l'uso di applicazioni di intelligenza artificiale basate sul *cloud* implica nuovi pericoli per la riservatezza e potenziali problemi di sicurezza, è necessario che i professionisti attuino tutte le precauzioni necessarie per proteggere la riservatezza delle informazioni e salvaguardare i dati sensibili: è indispensabile conoscere le modalità con cui i fornitori di intelligenza artificiale raccolgono, utilizzano, archiviano e condividono i dati, scegliere i prodotti che consentono il controllo completo delle informazioni private dei clienti e verificare i sistemi di sicurezza e crittografia utilizzati per prevenire violazioni.

In secondo luogo, il nostro codice deontologico forense non si occupa espressamente della competenza tecnologica dell'avvocato. Tuttavia, quest'ultima potrebbe estensivamente desumersi

([28]) A tal proposito: Cons. naz. for., 25 febbraio 2020, n. 37; Cons. naz. for., 23 luglio 2013, n. 130: «la deontologia forense ha uno dei suoi pilastri fondamentali nella tutela della riservatezza del rapporto avvocato-cliente (...). E ciò in quanto lo studio professionale deve garantire la riservatezza del cliente, quale esplicazione del decoro e della dignità che la funzione sociale della professione impone»; Cons. naz. for. 13 marzo 2013, n. 37: «il dovere di riservatezza condizioni anche la c.d. "logistica" dello studio professionale, che deve garantire la riservatezza del cliente, quale esplicazione del decoro e della dignità che la funzione sociale della professione impone».

([29]) R. Messinetti, *La tutela della persona umana* versus *l'intelligenza artificiale. Potere decisionale dell'apparato tecnologico e diritto alla spiegazione della decisione automatizzata*, in «Contratto e impresa», 2019, p. 861, secondo la quale «emergerebbe un vero e proprio nuovo diritto fondamentale a controllare i processi di costruzione e utilizzazione dell'identità personale quale "dispositivo di socializzazione"»; A. Viglianisi Ferraro, *Le nuove frontiere dell'intelligenza artificiale ed i potenziali. Rischi per il diritto alla* privacy, in «Persona e mercato», 2021, p. 393.

dall'art. 14 cod. deont. for. – quale dovere posto a tutela della collettività ([30]) – anche alla luce della normativa vigente in ambito europeo. Il dovere di competenza non può, infatti, esaurirsi nella mera conoscenza approfondita della legge, ma deve necessariamente implicare anche la padronanza delle tecniche di utilizzazione del sapere giuridico e, dunque, anche della conoscenza del funzionamento dell'intelligenza artificiale al fine di assicurare la qualità delle prestazioni professionali e di non incorrere nelle sanzioni disciplinari di cui all'art. 26 cod. deont. for. ([31]). Non è più sostenibile escludere dal novero delle competenze quelle relative alla tecnologia ([32]). L'accettazione, infatti, di un incarico professionale presuppone la competenza a svolgerlo e il mancato, ritardato o negligente compimento di atti inerenti al mandato o la nomina – quando derivi da non scusabile e rilevante trascuratezza

([30]) Cons. naz. for., 30 dicembre 2013, n. 231: «Il dovere di competenza di cui all'art. 12 cod. deont. for. (ora art. 14 del nuovo codice deontologico) che costituisce il presupposto dell'obbligo di aggiornamento professionale previsto dall'art. 13 cod. deont. for. (ora art. 15 del nuovo codice deontologico), ha la finalità di garantire la parte assistita che l'accettazione dell'incarico da parte dell'avvocato implicitamente racchiuda il possesso di quella preparazione professionale acquisita, appunto, con la regolare frequenza delle attività di aggiornamento. La norma deontologica in parola è pertanto posta a tutela della collettività, e non già del prestigio della professione, in quanto garantisce la qualità e la competenza dell'iscritto all'albo ai fini del concorso degli avvocati al corretto svolgimento della funzione giurisdizionale». Sul dovere di competenza, in generale, v. Cons. naz. for., 23 febbraio 2024, n. 23; Cons. naz. for., 9 marzo 2017, n. 2017; Cons. naz. for., 2 maggio 2016, n. 98; Cons. naz. for., 7 aprile 2016, n. 54.

([31]) Sul punto: Cons. naz. for., 11 novembre 2022, n. 211: «il dovere di competenza garantisce al cliente che l'avvocato possegga la preparazione necessaria per l'incarico, (con una) preparazione acquisita, appunto, con la regolare frequenza delle attività di aggiornamento».

([32]) L. Di Majo, *«Mi rimetto alla clemenza dell'intelligenza artificiale»: l'AI*-jurisdictional process *e il* cyber-lawyer, in <www.giustiziainsieme.it>, 20 febbraio 2024, § 4: «Conoscere le modalità con cui la tecnologia si è attestata, i linguaggi algoritmici, i sistemi di traduzione, l'affidabilità dei software, diventerà il bagaglio minimo di conoscenze da integrare, certo da non sostituire, all'armamentario gnoseologico di un *Cyber-lawyer* che dallo stesso dovrà essere capace di carpirne i benefici e di aggirarne i rischi».

degli interessi della parte assistita – costituisce violazione dei doveri professionali.

È da chiarire che la competenza tecnologica non implica un affidamento cieco nei confronti della stessa, ma la consapevolezza da parte del professionista dei limiti che la caratterizzano con la conseguente necessità di monitorare costantemente le prestazioni e gli *output*, nonché di esaminare attentamente risultati e suggerimenti.

In questo contesto assume rilevanza il dovere di informazione – art. 27 cod. deont. for. – da declinarsi alla luce delle moderne esigenze in una duplice funzione: da un lato, quale diritto del cliente ad essere consapevolmente reso edotto delle potenzialità e dei rischi dell'intelligenza artificiale e dello scopo del suo eventuale utilizzo, se per ricerche legali o per ulteriori attività, con quali vantaggi, limitazioni e garanzie; dall'altro lato, quale necessità di temperare la responsabilità del professionista che rischia di essere utilizzata come espediente nell'ipotesi di sconfitta processuale. Su tale punto si esprime anche il d.d.l. n. 1146/2024 ([33]), dettando delle disposizioni di principio volte a preservare le professioni intellettuali non solo da un utilizzo dell'intelligenza artificiale che ne snaturi la funzione, ma anche dalla possibilità che essa mini il rapporto di fiducia tra cliente e professionista. A tal proposito, stabilisce che per assicurare il rapporto fiduciario tra professionista e cliente, le informazioni relative ai sistemi di intelligenza artificiale utilizzati dal primo debbano essere sempre comunicati al secondo con linguaggio chiaro, semplice ed esaustivo ([34]).

4. *Scenari e prospettive future.* — Il quesito di base alla luce delle problematiche sollevate è come possa costituirsi ed affiancarsi ad una conoscenza degli strumenti informatici, una coscienza tecnologica poiché gli avvocati hanno sempre più la necessità di un'alfabetizzazione relativa all'utilizzo dell'intelligenza artificiale.

([33]) Si veda oggi l'art. 13 della legge n. 132/2025, rubricato «Disposizioni in materia di professioni intellettuali».

([34]) Art. 12 d.d.l. n. 1146/2024.

Negli Stati Uniti, apripista anche in questo ambito, diversi tribunali hanno introdotto obblighi di trasparenza per gli avvocati che utilizzano strumenti di intelligenza artificiale generativa, imponendo loro di dichiarare se e in che modo tali strumenti siano stati utilizzati nella redazione degli atti e di attestare che i risultati generati sono stati sottoposti a revisione umana ([35]). E, dunque, perché non emulare tale esempio virtuoso?

Le organizzazioni forensi, inoltre, dovrebbero considerare di rendere obbligatoria una parte dei crediti della formazione continua all'informatica giuridica e in particolare all'intelligenza artificiale, soffermandosi sulle esigenze da tutelare concernenti il dovere di riservatezza e il segreto professionale, oltre alla protezione dei dati personali, il dovere di informazione del cliente, nonché sulle possibili conseguenze di responsabilità civile o deontologica derivanti dall'uso improprio della tecnologia ([36]).

([35]) Si veda ad esempio, nell'ambito della *District Court for the Eastern District of Pennsylvania*, lo *Standing Order Re: Artificial Intelligence («AI») in Cases Assigned to Judge Baylson*, reperibile in <www.paed.uscourts.gov>, 6 giugno 2023, relativo all'uso dell'intelligenza artificiale nella preparazione di documenti legali. L'ordine richiede che tutti gli avvocati e le parti che si rappresentano da sole debbano indicare in una dichiarazione fattuale chiara e semplice l'utilizzo dell'intelligenza artificiale nella redazione di qualsiasi documento presentato al tribunale, come reclami, risposte, mozioni o memorie e debbano certificare che ogni singola citazione legale o documentazione nel documento è stata verificata in modo altrettanto accurato. Il giudice Baylson ha specificato che la trasparenza sull'uso dell'intelligenza artificiale è essenziale per garantire l'integrità del processo legale e per affrontare potenziali preoccupazioni legate all'affidabilità e all'accuratezza dei documenti legali generati dall'intelligenza artificiale. In particolare, l'ordinanza prevede che: «*If any attorney for a party, or a pro se party, has used Artificial Intelligence («AI») in the preparation of any complaint, answer, motion, brief, or other paper, filed with the Court, and assigned to Judge Michael M. Baylson*, *must, in a clear and plain factual statement, disclose that AI has been used in any way in the preparation of the filing, and certify, that each and every citation to the law or the record in the paper, has been verified as accurate*».

([36]) Il Consiglio nazionale forense precisa che il dovere di aggiornamento non concerne solo le materie strettamente giuridiche ma anche l'apprendimento di materie nuove o solo in parte trattate nei corsi universitari, come l'informatica giuridica amministrativa, le scienze sociali e del comportamento,

A tal proposito, anche nel d.d.l. n. 1146/2024 – e nella relativa delega al Governo – sono previsti per gli ordini professionali percorsi di alfabetizzazione e formazione sull'uso dei sistemi di intelligenza artificiale con la possibilità di un riconoscimento di un equo compenso modulabile sulla base delle responsabilità e dei rischi connessi all'uso dei sistemi di intelligenza artificiale. In sostanza, tutti gli avvocati dovrebbero cercare di familiarizzare con i concetti e le questioni essenziali dell'intelligenza artificiale. Pertanto, sarebbe opportuno stilare dei protocolli di *best practices* che possano orientare il comportamento dei professionisti, con la conseguente creazione di uno sportello informativo e di supporto presso ciascun ordine professionale, cui rivolgersi nei casi di difficoltà in cui i legali potrebbero incorrere: errori dell'algoritmo, insufficiente sicurezza e *privacy*, eccessivo affidamento nei confronti della tecnologia e inadeguata protezione dei consumatori.

Si dà inoltre conto dell'instaurazione dell'Osservatorio permanente per l'uso dell'intelligenza artificiale – con decreto ministeriale del 10 luglio 2024 adottato dal Ministro della Giustizia – quale luogo di riflessione e approfondimento che consente il permanente coinvolgimento di tutti gli attori fondamentali della giurisdizione e del processo, in cui affrontare i temi che toccano il rapporto tra intelligenza artificiale e giurisdizione, a partire dalla qualità e sicurezza delle banche dati giuridiche, agli strumenti di supporto dell'attività giurisdizionale e delle professioni [37].

Gli operatori legali possono affrontare questa nuova era del diritto se competenti perché adeguatamente preparati e formati, se seguono le previsioni normative, etiche e deontologiche perché, in caso contrario, l'intelligenza artificiale più che eliminare la responsabilità umana potrebbe inasprirla.

l'organizzazione e gestione dello studio legale. In tal senso: Cons. naz. for., 3 aprile 2024, n. 120; Cons. naz. for., 11 novembre 2022, n. 211; Cons. naz. for., 5 novembre 2021, n. 197.

[37] *IA, Nordio accoglie richiesta Cassazione e Cnf e istituisce Osservatorio*, in <www.consiglionazionaleforense.it>, 12 luglio 2024.

Giacomo Pirotta
Dottore di ricerca nell'Università di Milano Bicocca

NUOVE AZIONI RISARCITORIE COLLETTIVE E DEONTOLOGIA FORENSE
DALLE CRITICITÀ PASSATE ALLE NUOVE SFIDE

Sommario: 1. Introduzione. – 2. I doveri di diligenza e competenza dell'avvocato del ricorrente nei confronti del proprio assistito. – 3. La responsabilità dell'avvocato del ricorrente nei confronti degli aderenti. – 4. La responsabilità deontologica del rappresentante comune degli aderenti. – 5. Il «third party funding» nelle azioni collettive: cenni sulle criticità deontologiche. – 6. Conclusioni.

1. *Introduzione.* — Nell'anno 2008, il *Foro italiano* ha ospitato un saggio di Angelo Dondi e Andrea Giussani in materia di azioni collettive risarcitorie [1]; da sempre attenti alle tematiche di comparazione giuridica, i due studiosi si sono soffermarti sull'introduzione dell'art. 140-*bis* cod. cons., concentrandosi in particolare sulle possibili carenze della disciplina deontologica forense alla luce della sopravvenuta normativa.

Lo scritto, ricco di spunti di riflessione, si sofferma sulle fattezze dell'azione collettiva consumeristica, individuando profili problematici che potrebbero essere tuttora rilevanti e suggerire un aggiornamento della disciplina deontologica. L'utilizzo del condizionale è invero d'obbligo poiché – se fino all'anno 2018 la disciplina dell'azione collettiva risarcitoria è rimasta confinata

[1] A. Dondi, A. Giussani, *Azioni collettive risarcitorie e deontologia forense: lacune del diritto interno e prospettive future*, in «Il foro italiano», 2008, V, c. 272 ss.

Quaderni di «Etica e giustizia», n. 1
L'avvocato e la giustizia, a cura di M. Gradi, Napoli, 2025

all'interno del codice del consumo – a partire dall'entrata in vigore della legge 12 aprile 2019, n. 31, le potenzialità applicative delle azioni collettive sono ampliate in modo esponenziale.

Le novità normative – introdotte negli anni e accresciute con la già citata l. n. 31/2019 e con il decreto legislativo 10 marzo 2023, n. 28 – hanno, infatti, non solo ridisegnato l'*iter* procedimentale dell'azione collettiva risarcitoria, ma anche mutato i suoi presupposti e gli ambiti di applicazione. Per citare solo alcune delle innovazioni intervenute, si segnalano: l'abrogazione dell'art. 140-*bis* cod. cons. [2], il recepimento della *class action* «deconsumerizzata» all'interno del codice di rito [3], l'attribuzione della legittimazione attiva a proporre le azioni di classe anche ai singoli *class members* [4] e, infine, l'introduzione di nuo-

[2] L'abrogazione – a causa di diversi rinvii dell'entrata in vigore della legge n. 31/2019 – è definitivamente avvenuta il 19 maggio 2021, data dalla quale è stata effettivamente fruibile la nuova *class action*.

[3] Diversamente da quanto previsto in precedenza, l'azione di classe codicistica – disciplinata dall'art. 840-*bis* e ss. cod. proc. civ. – consente l'aggregazione di pretese risarcitorie anche in materie differenti da quella consumeristica. Se, in passato, era infatti possibile intentare l'azione collettiva risarcitoria a tutela dei soli diritti di credito di consumatori e utenti, allo stato la *class action* è promovibile in presenza di «diritti individuali omogenei», a fronte di condotte illecite tenute da imprese o da enti gestori di servizi pubblici o di pubblica utilità, relativamente ad atti e comportamenti posti in essere nello svolgimento delle loro rispettive attività. La medesima generalizzazione ha interessato anche l'azione inibitoria collettiva. Sulla deconsumerizzazione dei rimedi collettivi, si veda A. Carratta, *I nuovi procedimenti collettivi: considerazioni a prima lettura*, in «Giurisprudenza italiana», 2019, p. 2297 ss.

[4] L'art. 840-*bis* cod. proc. civ. prevede che «un'organizzazione o un'associazione senza scopo di lucro i cui obiettivi statutari comprendano la tutela dei predetti diritti o ciascun componente della classe può agire nei confronti dell'autore della condotta lesiva per l'accertamento della responsabilità e per la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni. Ai fini di cui al periodo precedente, ferma la legittimazione di ciascun componente della classe, possono proporre l'azione di cui al presente articolo esclusivamente le organizzazioni e le associazioni iscritte in un elenco pubblico istituito presso il Ministero della giustizia»; sul tema, in dottrina, D. Dalfino, *Forme di tutela e oggetto del processo*, in Class action *e azione inibitoria collettiva*, a cura di U. Ruffolo, Milano, 2021, p. 20 ss.

ve azioni consumeristiche (le c.d. azioni rappresentative) ([5]) che dovrebbero persino consentire l'esercizio aggregato di diritti potestativi ([6]).

In questo contesto normativo fortemente rinnovato, si impone quindi la necessità di valutare se, ed in che misura, le criticità a suo tempo segnalate da Dondi e Giussani (prevalentemente legate agli elevati *standard* di competenza dell'avvocato del proponente e alle sue responsabilità nei confronti degli aderenti) siano ancora attuali e se le nuove discipline in materia di azioni collettive risarcitorie impongano altresì nuove riflessioni in materia deontologica.

2. *I doveri di diligenza e competenza dell'avvocato del ricorrente nei confronti del proprio assistito.* — La prima criticità evidenziata nel procedimento collettivo ai sensi dell'abrogato art. 140-*bis* cod. cons. è legata all'alto *standard* di competenza richiesto all'avvocato del proponente; utilizzando, infatti, una appropriata similitudi-

[5] In controtendenza rispetto la deconsumerizzazione dei rimedi collettivi, il legislatore italiano – su spinta della disciplina europea – ha introdotto le c.d. azioni rappresentative. Tali strumenti costituiscono un rimedio a tutela degli interessi collettivi dei consumatori promosso, nelle specifiche materie di cui all'allegato II-*septies* del codice del consumo (*id est* specifiche discipline europee e nazionali a tutela dei consumatori), da un ente legittimato in quanto parte ricorrente per conto dei consumatori e finalizzata a ottenere un provvedimento inibitorio o un provvedimento compensativo» a detrimento del professionista che ha commesso l'illecito consumeristico (art. 140-*ter* cod. cons.). Tra le novità di maggiore impatto introdotte dal d.lgs. 28/2023 troviamo sicuramente le forme di tutela richiedibili con le azioni rappresentative; infatti, i provvedimenti compensativi – per espressa previsione di legge – potrebbero soddisfare bisogni di tutela ben più ampi della *class action* codicistica. Per rendersene conto sarà sufficiente guardare all'art. 140-*ter* cod. cons. ove si chiarisce che il provvedimento compensativo costituisce la misura volta a «rimediare al pregiudizio subito dal consumatore, anche attraverso il pagamento di una somma di denaro, la riparazione, la sostituzione, la riduzione del prezzo, la risoluzione del contratto o il rimborso del prezzo» ai sensi delle discipline sostanziali violate.

[6] Sull'estrema rilevanza della novità, v. G. De Cristofaro, *Azioni «rappresentative» e tutela degli interessi collettivi dei consumatori*, in «Le nuove leggi civili commentate», 2022, p. 1032 ss.

ne, gli studiosi hanno evidenziato che «l'azione collettiva risarcitoria sta a quella individuale in qualche modo come un autobus a un taxi: la guida del veicolo è più impegnativa e richiede maggiore prudenza e maggiore competenza».

In effetti, l'azione collettiva analizzata nello scritto era foriera di particolari complessità; difficoltà che venivano soprattutto individuate nella disciplina dell'atto introduttivo, nell'«enunciazione della dimensione seriale della lite», con l'indicazione della «dimensione imprenditoriale dell'illecito e la sua incidenza sui diritti degli utilizzatori finali del prodotto o servizio che ne formi oggetto».

L'incapacità del legale di dimostrare tali requisiti avrebbe comportato l'inammissibilità dell'azione collettiva pronunciata in sede endoprocedimentale (art. 140-*bis*, comma 3, cod. cons.), con possibili conseguenze anche sul piano della responsabilità disciplinare; d'altro canto, le regole deontologiche *ratione temporis* applicabili (*id est* gli artt. 8 e 12 cod. deont. for. previgente) già imponevano all'avvocato di «adempiere i propri doveri professionali con diligenza» e di non «accettare incarichi che sap[esse] di non poter svolgere con adeguata competenza».

In realtà, come osservato nel saggio citato, il filtro d'inammissibilità limitava, di fatto, la responsabilità del difensore ([7]), che si sarebbe verificata solo nelle ipotesi di maggiore negligenza; difatti, per l'ottenimento della pronuncia di ammissibilità, si considerava sufficiente «l'indicazione che si rit[enesse] illecita e lesiva dei diritti dei consumatori la prassi commerciale abusiva consistente nell'utilizzazione di un'individuata clausola vessatoria, o di un'individuata pubblicità ingannevole, in un individuato contesto spazio-temporale, senza che [fosse] necessario indicare anche i soggetti lesi da tale condotta né le occasioni in cui la lesione si [fosse] concretizza[ta] nei loro confronti» ([8]).

([7]) «In qualche modo l'abilitazione endoprocedimentale limita il rischio di incaute assunzioni di responsabilità, ma non le esclude del tutto».

([8]) Tale specifica riguardava l'ipotesi in cui il filtro d'inammissibilità scattasse per la mancata dimostrazione dell'«esistenza di un interesse collettivo»,

D'altro canto, per poter addivenire alla pronuncia finale di condanna a beneficio dei consumatori lesi, l'individuazione degli «ulteriori elementi» necessari sarebbe potuta avvenire tramite «la deduzione in giudizio delle adesioni trasmesse al proponente» da parte degli aderenti (abr. art. 140-*bis*, comma 2, cod. cons.).

L'introduzione della *class action* all'interno del codice di rito – nell'anno 2019 – suggerisce, però, di rivalutare la questione, tenendo conto, da un lato, della generalizzazione dell'azione collettiva risarcitoria e, dall'altro, della compiuta regolamentazione del rito applicabile. Entrambi i profili, come si preciserà, sono infatti idonei ad incidere sul grado di diligenza e competenza richiesta all'avvocato per assolvere al mandato conferitogli.

Come anticipato, uno dei primi elementi da considerare riguarda la generalizzazione del rimedio che ha comportato un mutamento dei presupposti oggettivi e soggettivi dell'azione.

Per quanto riguarda i profili oggettivi, il nuovo art. 840-*bis* cod. proc. civ. consente di promuovere l'azione collettiva in contesti preclusi dall'abrogato art. 140-*bis* cod. cons.; se, infatti, prima della l. n. 31/2019 era consentita l'aggregazione delle sole pretese dei consumatori, il rimedio codicistico legittima ora la tutela di qualsivoglia tipologia di «diritti individuali omogenei», a condizione che essi dipendano da illeciti commessi da imprese o enti gestori di servizi pubblici o di pubblica utilità, nello svolgimento delle loro attività. La dottrina e la giurisprudenza si sono ampiamente interrogate sul concetto di «omogeneità», giungendo spesso ad opinioni contrastanti; come si è cercato di chiarire in altra sede ([9]), il significato di «diritti individuali omogenei» deve essere prevalentemente

ma l'abrogato art. 140-*bis* cod. cons. prevedeva la medesima sanzione processuale per la manifesta infondatezza dell'azione e la sussistenza di un conflitto di interessi.

[9] Cfr. F. Cesareo, G. Pirotta, *Il* greenwashing *nella lotta al* climate change: *fondamenti sostanziali giusprivatistici e tutela risarcitoria collettiva*, in «BioLaw Journal», 2023, p. 217 ss., spec. p. 227 ss.

indagato sul piano processuale, valorizzando diversi fattori, quali la finalità sottesa all'introduzione della *class action* [10], gli elementi di comunanza tra le pretese dei danneggiati [11]

[10] Con l'azione collettiva, i danneggiati aggregano le proprie pretese, affinché vengano trattate e decise cumulativamente, preservando il valore dell'economia processuale (cfr. A. GIUSSANI, *Azioni collettive risarcitorie nel processo civile*, Bologna, 2008, p. 69 ss.); le finalità del rimedio suggeriscono, quindi, un'interpretazione restrittiva del concetto di «omogeneità», giacché letture eccessivamente permissive minerebbero la serialità delle pretese intralciando la decisione congiunta delle domande e rendendo preferibile la tutela individuale (v. App. Milano, 3 marzo 2014, in «Il foro italiano», 2014, I, c. 1623 ss.; Cass. civ., sez. III, 31 maggio 2019, n. 14886, in «Il corriere giuridico», 2020, p. 952 ss.)

[11] Ferma restando la serialità delle domande aggregabili, l'omogeneità delle situazioni soggettive dovrebbe presupporre l'identità o, quantomeno, l'assimilabilità dei fatti costitutivi posti a fondamento delle pretese; in altri termini, ciascuna domanda risarcitoria dovrebbe discendere dal medesimo danno-evento o, quantomeno, da danni-evento assimilabili (in questo senso, sul sistema previgente, ma con considerazioni tuttora valide, Trib. Venezia, 25 maggio 2017, in «Il corriere giuridico», 2018, p. 216 ss.). Ciò è, peraltro, ricavabile dall'art. 840-*sexies*, comma 1, cod. proc. civ. laddove specifica che la sentenza che accoglie la *class action* «provvede in ordine alle domande risarcitorie (...) del ricorrente» (titolare di un diritto individuale omogeneo) ed «accerta che il resistente, con la condotta addebitatagli (...) ha leso diritti individuali omogenei». Nel senso che i diritti debbano scaturire dalle medesime azioni od omissioni plurioffensive oppure da condotte offensive abituali, v. A. GIUSSANI, *Il nuovo art. 140*-bis *c. cons*., in «Rivista di diritto processuale», 2010, p. 597. Tuttavia, la comunanza delle sole questioni fattuali non pare sufficiente, essendo preferibile un più forte collegamento causale che ricomprenda altresì le questioni di diritto; ammettere, infatti, diversi titoli di responsabilità significherebbe consentire l'accesso a questioni giuridiche estremamente eterogenee che non potrebbero trattarsi cumulativamente (si pensi, ad esempio, al diverso atteggiarsi degli oneri probatori in caso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale). Cfr. A. AMIDEI, *L'ammissibilità dell'azione di classe fra omogeneità dei diritti individuali e garanzia di adeguata gestione del processo*, in Class Action *ed azione collettiva inibitoria*, a cura di U. Ruffolo, cit., p. 79 ss.; P. PORRECA, *Ambito soggettivo e oggettivo dell'azione di classe*, in «Europa e diritto privato», 2010, p. 541 ss.

Peraltro, accanto al pacifico collegamento causale (sostanzialmente d'identità del titolo), sarebbe ipotizzabile un collegamento di carattere improprio,

e, infine, il concreto atteggiarsi del rito predisposto [12].

che richiede il vaglio di identiche questioni: cfr. M. TARUFFO, *La tutela collettiva nell'ordinamento italiano: lineamenti generali*, in «Rivista trimestrale di diritto e proceduta civile», 2011, p. 115; G. CONTE, *I «diritti individuali omogenei» nella disciplina dell'azione di classe*, in «Rivista di diritto civile», 2011, p. 611. Maggiori complessità attengono, invece, alla comunanza dei *petita*; se, infatti, l'abrogata azione di classe consumeristica suggeriva una certa omogeneità nell'oggetto delle pretese (P. FLORIO, *L'azione di classe nel nuovo art. 140 bis e gli obiettivi di deterrenza e di accesso alla giustizia dei consumatori*, in *I diritti del consumatore e la nuova* class action, a cura di P.G. Demarchi, Bologna, 2010, p. 526 ss.; e C. CONSOLO, *Come cambia, rivelando ormai a tutti e in pieno il suo volto, l'art. 140 bis e la* class action *consumeristica*, in «Il Corriere giuridico», 2009, p. 1297 ss.), l'attuale disciplina codicistica non appare altrettanto cristallina. Per chiarire tale aspetto, pare opportuno soffermarsi sul concreto atteggiarsi dell'*iter* collettivo (sul punto, si veda la successiva nota 12).

[12] Per come strutturata, l'attuale *class action* è composta di una prima fase, volta ad accertare la fondatezza dell'azione intentata, e una seconda fase, volta a risarcire ciascun aderente. Nella prima fase, il ricorrente chiede, da un lato, il ristoro del pregiudizio personalmente subito e, d'altro, l'accertamento della responsabilità del resistente per la lesione di diritti omogenei; sul versante probatorio, invece, entrambe le parti si difendono compiutamente, con prove costituende e documenti. In caso di fondatezza dell'azione, il giudice indicherà con sentenza le caratteristiche dei diritti omogenei ed i documenti da produrre per aderire alla classe ed ottenere il risarcimento. Nella seconda fase, invece, ciascun danneggiato – con la propria adesione – determina l'«oggetto della domanda» ed espone i «fatti costituenti le ragioni» dell'adesione; il resistente deposita, invece, una memoria di contestazione, deducendo eventualmente fatti impeditivi, modificativi od estintivi di ciascuna pretesa. All'interno di questa fase, che si conclude con l'accoglimento o il rigetto delle adesioni presentate, le parti possono unicamente produrre prove documentali, essendo preclusa la prova costituenda (arg. sugli artt. 840-*septies* e 840-*undecies* cod. proc. civ.). Ciò premesso, la difformità dei ristori troverà quindi il principale limite nei poteri istruttori delle parti in sede di adesione, ossia nella sola produzione di documenti; e ciò non tanto per l'aderente (che può anche introdurre le dichiarazioni scritte di terzi *ex* art. 840-*septies*, comma 3, cod. proc. civ.), quanto per il resistente, che può contraddire con le sole prove precostituite. Anche per i *petita*, quindi, i diritti omogenei presuppongono una certa assimilabilità, una comunanza che potrebbe ben riguardare i danni-conseguenza patiti da ciascun *class member* (A. AMIDEI, *L'ammissibilità dell'azione di classe fra omogeneità dei diritti individuali e garanzia di adeguata gestione del processo*, cit., p. 84 ss.). Consentire il ristoro di danni-conseguenza eterogenei, significherebbe ammettere un'estensione del *thema probandum* in fase di adesione, che le parti (e,

In tale contesto normativo, le conclusioni di Dondi e Giussani in ordine agli *standard* di diligenza del difensore del proponente (ora ricorrente) sembrano confermate o persino acuite: avendo generalizzato l'azione collettiva, l'attenzione del legale potrà unicamente soffermarsi sull'illecito da sottoporre al giudice, per individuare situazioni giuridiche soggettive altamente assimilabili (i diritti individuali omogenei). L'operazione di sussunzione della fattispecie concreta nei binari dell'azione collettiva appare abbastanza complessa giacché presuppone solide conoscenze non solo del diritto processuale civile, ma anche degli ambiti del diritto civile in cui possono verificarsi illeciti plurioffensivi.

D'altronde, sin quando l'azione collettiva è stata circoscritta all'ambito consumeristico, l'assimilabilità tra i diritti tutelati era probabile conseguenza della soggettiva omogeneità dei consumatori ([13]); diversamente, l'apertura della *class action* ad illeciti differenti ha esteso l'azione collettiva a platee di soggetti poten-

nello specifico, il resistente) potrebbero non riuscire a fronteggiare con i soli documenti. In definitiva, i *petita* potranno differire a condizione che le questioni individuali restino contenute (pena lo snaturamento dell'azione collettiva) e possano risolversi, in fase di adesione, con le sole prove documentali. Sul tema, si veda R. Donzelli, *L'ambito di applicazione e la legittimazione ad agire*, in *Class action*, a cura di B. Sassani, Pisa, 2019, p. 22; in giurisprudenza, con osservazioni ancora valide, cfr. Cass. civ., sez. III, 31 maggio 2019, n. 14886, cit.

[13] I consumatori hanno un'identica soggettività giuridica, sono guidati da scopi uniformi e operano sul mercato in modo tendenzialmente similare. Malgrado una parte della dottrina prediliga una nozione allargata di consumatore (E. Gabrielli, *Il consumatore e il professionista*, in *I contratti dei consumatori*, a cura di E. Gabrielli ed E. Minervini, vol. I, Torino, 2005, p. 33 ss., la disciplina del codice del consumo e, nello specifico, la definizione di cui all'art. 3, come quella dell'art. 18, prevedono che il consumatore possa unicamente essere una persona fisica. Cfr. G. Chiné, in *Codice del consumo*, a cura di V. Cuffaro, Milano, 2019, *sub* art. 3, p. 20 ss. L'attività del consumatore – connotata dalla non professionalità – ha come scopo il soddisfacimento di un bisogno della sfera privata, personale o familiare. In giurisprudenza, Trib. Firenze, 1° ottobre 2014; e Trib. Trento, 3 settembre 2014, entrambe reperibili in *Banche dati Wolters Kluwer*; in dottrina, A. Barenghi, *Diritto dei consumatori*, Milano, 2017, p. 17 ss.; infine, quando opera, il consumatore si trova a concludere contratti in presenza di forti asimmetrie informative che rischiano di distorcere l'ordinato ed efficiente svolgimento delle dinamiche di mercato: cfr. S. Stefanelli, *Il co-*

zialmente disomogenei, che potrebbero vantare diritti risarcitori molto dissimili. Si pensi, ad esempio, alla fattispecie della pubblicità ingannevole come illecito concorrenziale: i concorrenti lesi (che potrebbero, ad esempio, essere multinazionali operanti in tutto il territorio nazionale, imprese nazionali quotate in borsa, imprese locali operanti in specifici ambiti regionali), sebbene subiscano la medesima condotta lesiva, potrebbero ambire all'accertamento e al conseguente ristoro, di danni-conseguenza molto disomogenei (14). Ebbene, tali disomogeneità potrebbero implicare cospicui accertamenti personalizzati, idonei a minare dalle fondamenta l'azione collettiva, esponendo il ricorrente a possibili pronunce d'inammissibilità o infondatezza dell'azione e il suo difensore a violazioni degli artt. 12, 14 e 26 cod. deont. for.

Valutando, invece, i rinnovati i profili soggettivi, non deve trascurarsi che l'attuale conformazione della *class action* – diversamente dalla primigenia azione *ex* art. 140-*bis* cod. cons. – attribuisce la legittimazione attiva agli enti esponenziali a garanzia dei diritti lesi (15), ma anche a ciascun componente della classe (il c.d. *lead plaintiff*). Le diverse ipotesi di legittimazione incidono sul *thema decidendum* del giudizio di fondatezza della domanda, giacché l'azione intentata dagli enti esponenziali imporrà al giudice di valutare la responsabilità del resistente e la lesione di diritti individuali omogenei; diversamente, il ricorso depositato dal *lead plaintiff* richiederà, altresì, di accertare la lesione del diritto da questi allegata (16).

dice del consumo, in *Diritto privato del mercato*, a cura di A. Palazzo e A. Sassi, Perugia, 2007, p. 185 ss.

(14) La tematica è stata affrontata in F. Cesareo, G. Pirotta, *Il* greenwashing *nella lotta al* climate change, cit., p. 226 ss., in riferimento al fenomeno del *greenwashing*, ma le conclusioni sembrano valevoli per l'illecito concorrenziale in generale.

(15) Si tratta di organizzazioni e associazioni senza finalità lucrative *ex* art. 840-*bis*, comma 2, cod. proc. civ.; per poter agire, occorre che queste abbiano tra i propri obiettivi statutari la tutela dei diritti lesi in concreto e che abbiano previamente ottenuto un accreditamento in sede amministrativa, mediante il loro inserimento in un elenco pubblico istituito presso il Ministero della giustizia. Su tali requisiti, si veda d.m. 17 febbraio 2022, n. 27.

(16) Ciò è direttamente ricavabile dall'art. 840-*sexies* cod. proc. civ. – ru-

Nel complesso, le differenti connotazioni che la causa può assumere a fronte del soggetto che la introduce complicano ulteriormente l'operato dell'avvocato nella redazione dell'atto introduttivo e nell'intera gestione del procedimento, esponendolo a maggiori rischi di tenere comportamenti negligenti.

Per quanto riguarda, invece, il rinnovato *iter* procedimentale, le recenti riforme hanno anzitutto determinato una netta scissione temporale tra la prima fase del giudizio, volta a dichiarare la fondatezza dell'azione, e quella successiva, volta a pronunciare sui diritti degli aderenti (17); se, infatti, l'abrogato art. 140-*bis* cod. cons. prevedeva una sovrapposizione temporale tra i due accertamenti (18), il nuovo rito impone che la condanna a beneficio di ciascun aderente sia successiva alla sentenza di accoglimento (19). Solo a seguito di tale pronuncia, verrà infatti individuato

bricato «Sentenza di accoglimento» – ove si precisa che il provvedimento che accoglie la domanda «accerta che il resistente, con la condotta addebitatagli dal ricorrente, ha leso diritti individuali omogenei» e «provvede in ordine alle domande risarcitorie o restitutorie proposte dal ricorrente, quando l'azione è stata proposta da un soggetto diverso da un'organizzazione o da un'associazione inserita nell'elenco di cui all'art. 840-*bis*, secondo comma».

(17) La divisione in fasi è evidentemente convenzionale; nel presente scritto si evidenzierà la scissione tra una prima fase – volta ad accertare la fondatezza dell'azione di classe – e una seconda – volta, invece, ad accertare i diritti individuali omogenei dei *class member.* Una parte degli autori preferisce parlare di procedimento trifasico, poiché scinde la fase di accertamento della fondatezza dell'azione di due sottofasi, ossia quella volta ad accertare l'ammissibilità dell'azione e quella volta ad accertarne la fondatezza. In questo modo, v. C. Consolo, *L'azione di classe, trifasica, infine inserita nel c.p.c.*, in «Rivista di diritto processuale», 2020, p. 714 ss.

(18) Tale sovrapposizione è conseguenza del fatto che la domanda di adesione di ciascun danneggiato poteva essere proposta nel corso del giudizio di fondatezza dell'azione collettiva, *rectius* «anche nel giudizio di appello, fino alla precisazione delle conclusioni». In tal modo, la sentenza di accoglimento dell'azione collettiva risarcitoria poteva già individuare «la somma minima da corrispondere a ciascun consumatore o utente».

(19) La sentenza di accoglimento non costituisce sentenza di condanna a beneficio degli aderenti poiché – se anche questi decidessero di aderire alla classe prima della pronuncia del provvedimento (come consentito dall'art. 840-*quinquies*, comma 1. cod. proc. civ.) – l'accertamento dei loro diritti avverrebbe comunque successivamente, a seguito della nomina del rappresentante

il rappresentante comune degli aderenti, che sarà incaricato di raccogliere le adesioni proposte, per poi sottoporle ad un giudice nominato *ad hoc* (il giudice delegato); quest'ultimo, una volta accertata la lesione del diritto, provvederà poi, per ciascun *class member*, con decreto di condanna *ex* art. 840-*octies*, comma 5, cod. proc. civ.

Ebbene, la bifasicità del rito delineato dal legislatore del 2019 ha complessivamente aggravato l'operato del legale del ricorrente: se, infatti, come evidenziato da Dondi e Giussani, il procedimento *ex* art. 140-*bis* cod. proc. civ. tollerava che gli atti di adesione colmassero le lacune dell'atto introduttivo dell'azione, l'attuale conformazione della *class action* rende il giudizio di accertamento della fondatezza dell'azione del tutto impermeabile alle asserzioni degli aderenti, che saranno unicamente vagliate nella seconda fase del procedimento, a seguito della sentenza di accoglimento *ex* art. 840-*sexies* cod. proc. civ.

Un ulteriore profilo rilevante riguarda, infine, la nuova disciplina dell'attività istruttoria; la normativa codicistica dettaglia infatti previsioni che facilitano il ricorrente nel dimostrare la fondatezza dell'azione. Nel dettaglio, il *favor* a suo beneficio è riscontrabile, da un lato, nell'art. 840-*quinquies*, comma 3, cod. proc. civ., nella parte in cui specifica che, in caso di nomina di un consulente tecnico d'ufficio, «l'obbligo di anticipare le spese e l'acconto sul compenso» è posto, di regola, «a carico del resistente» ([20]); e,

comune degli aderenti, *rectius* della redazione del progetto dei diritti individuale omogenei degli aderenti *ex* art. 840-*octies*, cod. proc. civ. e della successiva pronuncia di condanna con decreto motivato del giudice delegato.

[20] Tale previsione appare opportuna giacché – favorendo l'effettività dell'accesso alla tutela – valorizza la condizione economica non solo del resistente (solitamente più stabile dal lato finanziario), ma anche del ricorrente, prevedendo la derogabilità alla regola generale; peraltro, l'imposizione dell'anticipazione delle spese e dei compensi in capo al resistente potrebbe responsabilizzarlo, inducendolo a transigere la controversia: cfr. G. Mazzaferro, *Le spese e le sanzioni*, in *Class action*, a cura di B. Sassani, cit., p. 169 ss., critica verso la scelta legislativa; e A.D. De Santis, *La trattazione, l'istruzione e la decisione*, in Class action *e azione inibitoria collettiva*, a cura di U. Ruffolo, cit., p. 158, il quale auspicherebbe ad un ampio ricorso alla consulenza tecnica c.d. percipiente. *Contra*, Trib. Venezia, 12 giugno 2016, in «Il foro italiano», I, c.

dell'altro, nell'art. 840-*quinquies*, commi da 5 a 13, cod. proc. civ. che, disciplinando l'ordine di esibizione, prevedono ampie deroghe alla disciplina generale riguardanti: il criterio meno rigido di ammissibilità del mezzo ([21]), l'oggetto più ampio della richiesta istruttoria ([22]) e, infine, le sanzioni più gravose per l'inottemperanza all'ordine del giudicante ([23]).

1017, che sembra però allontanarsi dagli orientamenti di Cassazione tendenzialmente più favorevoli (Cass. civ., sez. VI, 7 ottobre 2013, n. 22824; e Cass. civ., sez. I, 10 settembre 2013, n. 20695).

[21] Se nei procedimenti individuali il mezzo di prova può essere disposto quando il documento è «indispensabile» per la conoscenza dei fatti causa, nell'azione di classe l'ordine può essere concesso quando le «prove» di cui si auspica l'esibizione sono «rilevanti»; sul punto, A. Mengali, *La fase istruttoria nella nuova azione di classe*, in «Giurisprudenza Italiana», 2019, p. 2313.

[22] Esso potrà riguardare – per espressa previsione di legge – «elementi di prova» o «rilevanti categorie di prova»; nell'oscurità del dato normativo, si ritiene che l'ordine possa ricadere non solo sul singolo documento precisamente individuato, ma anche su una serie di documenti che, se non identificati nello specifico, possono comunque accomunarsi per le loro caratteristiche e/o funzioni. Sul punto, con riferimenti alla disciplina *antitrust*, ma validi anche in questa sede, S. Vincre, *La direttiva 2014/104/UE sulla domanda di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust nel processo civile*, in «Rivista di diritto processuale», 2015, p. 1158 ss.; questa interpretazione pare scongiurare l'incostituzionalità della norma paventata da G. Scarselli, *La nuova azione di classe di cui alla legge 12 aprile 2019 n. 31*, in <www.judicium.it>, 7 giugno 2019, p. 6.

[23] Se, infatti, il rito ordinario prevede, accanto alla sanzione pecuniaria, la possibilità per il giudice di «desumere argomenti di prova» (art. 210 cod. proc. civ.), la disciplina della *class action* (all'art. 840-*quinquies*, commi 11 e 13, cod. proc. civ.) prevede non solo sanzioni pecuniarie più gravose, ma che il giudice, «valutato ogni elemento di prova, può ritenere provato il fatto al quale la prova si riferisce»; sul punto, si vedano le considerazioni di A. Mengali, *La fase istruttoria nella nuova azione di classe,* cit., p. 2315 ss.

Nell'azione collettiva, quindi, la mancata collaborazione delle parti è stata efficacemente sanzionata, attribuendole un valore più rilevante del mero argomento di prova, secondo la tralatizia concezione dottrinale (tuttora prevalente). La dottrina maggioritaria ritiene, infatti, che l'argomento di prova costituisca mero ausilio nella valutazione di altre risultanze probatorie (*ex multis*, G. Verde, *Prova*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXVII, Milano, 1988, p. 601 ss.; G.F. Ricci, *Prova e argomento di prova*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1988, p. 1036 ss.). Tale tesi si fonda sull'esistenza di una

Tale elemento sembra, quindi, alleviare l'operato dell'avvocato, che troverà nella normativa specifica dell'azione collettiva risarcitoria istituti predisposti *ad hoc* che consentono di assolvere in modo più semplice l'onere probatorio ordinariamente imposto ([24]).

Complessivamente, alla luce dell'attuale dettato normativo, il difensore incaricato di intraprendere un'azione collettiva sarà tenuto a svolgere la propria attività con un grado di coscienza e diligenza ancora maggiore rispetto a quanto necessario per la promozione di un'azione individuale; solo in questo modo potrà, infatti, assicurarsi la qualità della prestazione professionale, scongiurando possibili illeciti disciplinari per mancanze, ritardi o negligenze, discendenti da «non scusabile e rilevante trascuratezza degli interessi della parte assistita» ([25]). Peraltro, il peculiare obbligo di diligenza dovrebbe estendersi anche ai complementari «doveri di sollecitazione, dissuasione ed informazione del cliente»: l'avvocato diligente è tenuto a rappresentare al ricorrente «tutte le questioni di fatto e di diritto, comunque insorgenti, ostative al

scala gerarchica di valore tra prova legale, prova prudentemente apprezzabile e argomento di prova (si veda, ad esempio, B. Cavallone, *Critica alla teoria delle prove atipiche*, in «Rivista di diritto processuale», 1978, p. 679 ss., spec. p. 712). A mio modo di vedere, sarebbe, invece, preferibile quella tesi minoritaria che attribuisce all'argomento di prova un valore «intrinsecamente relazionale», un valore variabile che dipende dal rapporto intercorrente tra l'elemento empirico dal quale emerge l'argomento di prova e i fatti ricompresi nel *thema probandum* (così, L. Lombardo, *La prova giudiziale: contributo alla teoria del giudizio di fatto nel processo*, Milano, 1999, p. 435 ss.; M.C. Vanz, *La circolazione della prova nei processi civili*, Milano, 2008, p. 158 ss.; per ulteriori richiami sia consentito il rinvio a G. Pirotta, *Impugnazione del riconoscimento di paternità: un instabile equilibrio tra forme processuali e giustizia sostanziale*, in «Famiglia e diritto», 2016, p. 672 ss.). Sul punto, si vedano anche le considerazioni di M. Gradi, *Il giudice e i fatti*, in *Diritto processuale civile*, a cura di G. Ruffini, vol. I, Bologna, 2023, vol. I, p. 503 ss.

([24]) Al di là delle peculiarità riguardanti la consulenza tecnica d'ufficio e l'ordine di esibizione, le altre specificità dell'istruttoria nell'azione collettiva non sembrano favorire il ricorrente, risultando neutre; sul punto, sia consentito ancora il rinvio a F. Cesareo, G. Pirotta, *Il* greenwashing *nella lotta al* climate change, *cit.*, p. 230 ss.

([25]) Così, argomentando *ex* artt. 12 e 26 cod. deont. for.

raggiungimento del risultato, o comunque produttive del rischio di effetti dannosi»; dovrà poi «richiedergli gli elementi necessari o utili in suo possesso» e, da ultimo, «sconsigliarlo dall'intraprendere o proseguire un giudizio dall'esito probabilmente sfavorevole» (26). Tali oneri assumono poi un'ulteriore qualificazione nell'ipotesi in cui la causa non venga introdotta dall'ente esponenziale, ma da uno dei *class members*; considerato, infatti, che tale soggetto è legittimato a promuovere anche l'azione individuale, il legale dovrà segnalare la linea difensiva preferibile per la tutela del credito e suggerire al proprio assistito di desistere dall'azione collettiva se ritenuta inidonea e meno proficua (27).

In conclusione, l'avvocato del ricorrente dovrà prospettare al proprio assistito le questioni ostative all'ottenimento della tutela in forma aggregata, conoscere e amministrare correttamente la procedura collettiva ed eventualmente prospettare – in via alternativa – la proposizione della lite individuale. Solo in tal modo, il ricorrente avrà contezza delle difficoltà legate alla gestione di un contezioso peculiare – su strade che probabilmente saranno meno tortuose di quelle analizzate da Dondi e Giussani – ma su un mezzo di trasporto certamente più ingombrante dell'autobus rappresentato nel lontano anno 2008.

3. *La responsabilità dell'avvocato del ricorrente nei confronti degli aderenti*. — Un ulteriore profilo su cui Dondi e Giussani si sono soffermati riguarda la responsabilità dell'avvocato del proponente per i pregiudizi provocati agli aderenti; a loro avviso, infatti, se anche «il mero aderente all'azione collettiva risarcitoria non si

(26) Sul dovere di diligenza professionale con enunciazioni rilevanti anche in ambito deontologico, v. Cass. civ., sez. III, 19 luglio 2019, n. 19520.

(27) Il giudice di legittimità ha chiarito che anche la scelta di un rito sconveniente può comportare una responsabilità professionale per l'avvocato; si veda Cass. civ., sez. VI, 26 luglio 2010, n. 17506, dove si è chiarito che «la responsabilità professionale dell'avvocato può scaturire anche da una scelta processuale che, pur di per sé non erronea o controproducente, nondimeno ritardi la realizzazione dell'interesse del cliente». Sebbene, legata alla responsabilità civile dell'avvocato, il principio enucleato, *mutatis mutandis*, potrebbe essere applicabile anche alla responsabilità deontologica.

presenta[va] come cliente in senso proprio dell'avvocato del proponente», «ciò non esclude[va] che il difensore [fosse] soggetto su basi diverse ad obblighi particolari nei confronti dei meri aderenti». Nello specifico, gli studiosi hanno rilevato che «laddove l'adesione non conten[esse] gli elementi indispensabili per l'enunciazione dei fatti costitutivi, il difensore tecnico [avrebbe avuto] l'onere di comunicare con l'aderente informandolo che in mancanza di tale indicazione, la sua domanda [era] destinata al rigetto».

Tale asserzione dipendeva essenzialmente dal fatto che la disciplina processuale *ratione temporis* applicabile prevedeva che «i consumatori o utenti che intend[essero] avvalersi della tutela» collettiva dovessero «comunicare per iscritto al proponente la propria adesione» (abr. art. 140-*bis*, comma 2, cod. cons.) e che tale comunicazione dovesse essere trasmessa al legale del proponente, affinché questi potesse sottoporla al giudicante per determinare «i criteri in base ai quali liquidare la somma» da riconoscere oppure «la somma minima da corrispondere a ciascun consumatore o utente» con la sentenza di accoglimento (abr. art. 140-*bis*, comma 4, cod. cons.) [28].

Dopo la l. n. 31/2019, tali affermazioni necessitano, però, di un'attenta rimeditazione a causa, soprattutto, dell'intervenuta scissione tra la fase di accertamento della fondatezza dell'azione e la fase di accertamento dei diritti degli aderenti; tale innovazione ha difatti escluso che la domanda di adesione transiti dal ricorrente e dal suo legale [29], dovendosi presentare, a cura dell'aderente o di un avvocato da questi incaricato [30], per essere delibata nella seconda fase procedimentale.

[28] Sulle abrogate modalità di adesione, si veda – *ex plurimis* – G. Ruffini, *Legittimazione ad agire, adesione ed intervento nella nuova normativa sulle azioni collettive risarcitorie di cui all'art. 140-bis del Codice del Consumo*, in «Rivista di diritto processuale», 2008, p. 707 ss.

[29] Secondo R. Fratini, *L'adesione,* in *Class action*, a cura di B. Sassani, cit., p. 123, la riforma ha comportato il «definitivo "divorzio" tra la figura del proponente (o *lead plaintiff*) e gli aderenti, che in questo modo non dipendono più dal primo, essendo così sostanzialmente eliminata la tradizionale forma di adesione (…) della trasmissione all'attore della domanda».

[30] Si veda l'art. 840-*septies*, comma 6, cod. proc. civ. dove si chiarisce che

Ebbene, eventuali negligenze nella predisposizione dell'adesione (*rectius*, nella sua presentazione con modulo *online*) ([31]) non potranno essere attribuite al ricorrente e al suo difensore giacché ormai totalmente estranei a siffatta attività. La responsabilità di tali carenze sarà, quindi, imputabile all'avvocato che ha predisposto l'adesione oppure all'aderente medesimo, qualora abbia provveduto direttamente alla formalità.

In definitiva, stanti le espresse previsioni di legge che delineano il rapporto tra l'aderente e il suo difensore, non vi è motivo di escludere che eventuali negligenze commesse da quest'ultimo a detrimento del proprio assistito vengano ricondotte e valutate alla luce degli ordinari canoni di diligenza della deontologia forense ([32]).

Ciò malgrado, un esponente della dottrina ha continuato ad interrogarsi sulla responsabilità del ricorrente e del suo legale per eventuali danni provocati all'aderente, a causa di negligenze

«la domanda di adesione (…) può essere presentata anche senza il ministero di un difensore»; mentre l'art. 840-*octies* cod. proc. civ., prevedendo una forma speciale di liquidazione dei compensi dell'avvocato dell'aderente, riconosce espressamente che tale attività possa essere compiuta da un legale. Sull'opportunità della nomina, F. Tedioli, *Tra nuove regole e vecchi problemi la* class action *trova collocazione nel codice di procedura civile*, in «Studium iuris», 2019, p. 1418. È discusso se la nomina dell'avvocato sia necessaria quando gli aderenti intendano produrre, unitamente alla domanda di adesione, «dichiarazioni di terzi, capaci di testimoniare, rilasciate da un avvocato che attesta l'identità del dichiarante secondo le disposizione dell'articolo 252 c.p.c.». Sul punto, si veda C. Consolo, *L'azione di classe, trifasica, infine inserita nel c.p.c.*, cit., p. 741 s.

([31]) Si veda l'art. 840-*septies*, comma 4, cod. proc. civ.

([32]) A ben vedere, al difensore dell'aderente potrebbero essere demandati *standard* di diligenza più elevati rispetto a quelli di un avvocato che introduca una causa ordinaria. Se, infatti, eventuali carenze dell'atto introduttivo *ex* art. 163 cod. proc. civ. sono sanabili ai sensi dell'art. 164 cod. proc. civ., la mancanza dei requisiti minimi dell'atto di adesione ne comporta l'inammissibilità per espressa previsione di legge (cfr. 840-*septies*, comma 2, cod. proc. civ.). La responsabilità dell'avvocato dell'aderente andrà comunque attentamente vagliata giacché, a fronte di un rigetto in rito della domanda di adesione, potrebbe comunque essere ancora proponibile l'azione individuale; per alcune riflessioni sul punto, si veda M. Bove, *L'aderente,* in «Giurisprudenza italiana», 2019, p. 2305 ss.

nell'introduzione e nella gestione della prima fase dell'azione ([33]). In tal senso, l'autore ha evidenziato che possibili pregiudizi potrebbero derivare dalla proposizione di un'azione di classe inadeguata e, quindi, potenzialmente pregiudizievole per l'intera classe; a suo avviso, infatti, «la sola introduzione di tale azione rischi[erebbe] di "consumarla", rendendo improponibile altre azioni di classe "sulla base dei medesimi fatti e nei confronti del medesimo resistente", decorsi sessanta giorni dalla data di pubblicazione dell'ordinanza che ne dichiara l'ammissibilità (così prevede l'art. 840-*quater* cod. proc. civ.)» ([34]). Secondo la ricostruzione effettuata, «ove risulti che la proposizione di quella azione inadeguata abbia di fatto disincentivato la concreta *chance* di proposizione alternativa di un'azione di classe più adeguata (…) potrebbero sorgere profili di responsabilità verso gli aderenti della classe».

Oltre a ciò, l'autore ha puntualizzato che anche la «cattiva conduzione, difensiva o gestionale, dell'azione di classe», da parte del ricorrente, potrebbe comportare pregiudizi in capo all'aderente.

Tali constatazioni – per quanto approfondite e meritevoli di riflessione – dovrebbero, però, ridimensionarsi. Anzitutto, se è vero che la proposizione di un'azione di classe inadeguata può comportare l'improponibilità di ulteriori azioni collettive, è altrettanto vero che tale sanzione non opera quando l'azione di classe previamente introdotta «è dichiarata inammissibile con ordinanza definitiva» o «quando la medesima causa è cancellata dal ruolo ovvero è definita con provvedimento che non decide nel merito» (art. 840-*quater*, comma 2, cod. proc. civ.). Tale precisazione – per quanto superflua – consente di circoscrivere la consumazione dell'azione collettiva, limitandola alle sole fattispecie in cui il giudice rigetti nel merito la domanda di accertamento «collettivo».

Peraltro, l'effettivo pregiudizio dell'aderente non dovrebbe ricercarsi nell'improponibilità di ulteriori azioni collettive, ben-

([33]) Si veda U. Ruffolo, *Le responsabilità gestorie (da mandato?) del proponente verso gli aderenti*, in Class action *e azione inibitoria collettiva*, a cura di U. Ruffolo, cit., p. 145 ss.

([34]) In realtà, la norma prevede l'improponibilità di nuove azioni di classe «decorsi sessanta giorni dalla data di pubblicazione del ricorso nell'area pubblica del portale servizi telematici di cui all'art. 840-*ter*, secondo comma».

sì nell'effettiva perdita del diritto al risarcimento; ebbene, tale eventualità – all'interno dell'azione collettiva – dovrebbe verificarsi solo quando divenga definitivo il decreto (*ex* art. 840-*octies,* comma 5, cod. proc. civ. o art. 840-*undecies*, comma 8, cod. proc. civ.) che ha pronunciato a detrimento dell'aderente ([35]). Fino a quel momento, infatti, quest'ultimo può decidere di revocare la domanda di adesione e procedere con l'azione individuale. Ne discende che ciascun aderente potrà liberarsi dalle maglie dell'azione collettiva anche dopo il rigetto della domanda di adesione, ma prima che divenga definitivo ([36]).

A queste condizioni, mi pare che il pregiudizio conseguente a carenze nell'introduzione e/o nell'istruzione della causa da parte del legale del ricorrente, più che dipendere dalla condotta di questi, sia conseguenza della consapevole adesione del *class member* ad un'azione collettiva potenzialmente inadeguata a tutelare il suo diritto.

D'altro canto, se anche si tralasciasse la revocabilità della domanda, occorrerebbe ricordare che l'adesione (che comporta la sottoposizione del diritto al giudice delegato) può essere depositata solo a seguito della pronuncia di ammissibilità dell'azione (art. 840-*quinquies*, comma 1, cod. proc. civ.) o della pronuncia di sua fondatezza (art. 840-*sexies*, comma 1, lett. e, cod. proc. civ.) e, quindi, dopo che l'aderente abbia potuto prendere visione non

([35]) Sulla peculiare vincolatività dei decreti di condanna, nel rapporto con la revoca dell'adesione, v. C. Consolo, *L'azione di classe, trifasica, infine inserita nel c.p.c.*, cit., p. 743; similmente, A. Carratta, *I nuovi procedimenti collettivi*, cit., p. 2299. D'altro canto, la situazione soggettiva vantata da ciascun *class member* non potrebbe risultare compromessa dalla pronuncia che accerta la (in)fondatezza dell'azione; infatti, è «evidente che una statuizione giudiziale limitata all'accertamento della lesione, generale ed astratta, di diritti individuali omogenei non è idonea ad incidere sull'accertamento della responsabilità risarcitoria dell'impresa nei confronti di ciascun membro della classe aderente»: così P.F. Giuggioli, *L'azione di classe*, Milano, 2019, p. 149. Cfr. inoltre D. Amadei, *Nuova azione di classe e procedimenti collettivi nel codice di procedura civile*, in «Le nuove leggi civili commentate», 2019, p. 1062 ss., e p. 1067.

([36]) Così, C. Consolo, *L'azione di classe, trifasica, infine inserita nel c.p.c.*, cit., p. 743; e A. Carratta, *I nuovi procedimenti collettivi*, cit., p. 2299; *contra*, M. Bove, *L'aderente,* cit., p. 2303 ss.

solo del ricorso previamente depositato dal ricorrente, ma anche di un provvedimento giurisdizionale che pronunci su di esso.

In definitiva, la scelta di aderire all'azione di classe consapevolmente effettuata dall'avvocato dell'aderente, così come la scelta di procedere personalmente all'adesione senza un difensore, mi pare che debbano ricondursi all'alveo dell'autoresponsabilità della parte che decida di approcciare il processo.

Tra l'altro, l'aderente non potrà neppure dolersi della prescrizione del proprio diritto avvenuto nelle more del procedimento di classe conclusosi negativamente; per espressa previsione di legge, infatti, gli effetti della domanda giudiziale non si producono dal deposito del ricorso introduttivo dell'azione, bensì da quello della domanda di adesione (art. 840-*septies*, comma 6, cod. proc. civ.), che può avvenire solo a seguito della pronuncia di ammissibilità dell'azione o della pronuncia di sua fondatezza ([37]). In presenza di termini di prescrizione particolarmente brevi, l'aderente dovrà quindi optare per la proposizione di un'azione individuale o per la fruizione di una diversa modalità di interruzione della prescrizione, non potendo beneficiare degli effetti sostanziali della domanda del ricorrente ([38]).

Passando, invece, a negligenze estranee alla redazione del ricorso, si segnala che la condotta del ricorrente e del suo avvocato appaiono – alla luce dell'attuale normativa – molto cir-

[37] Si è invece optato per una soluzione diversa nelle azioni rappresentative a tutela dei consumatori; l'art. 140-*duodecies* cod. cons. prevede, infatti, che «la prescrizione dei diritti dei consumatori tutelabili ai sensi dell'articolo 140-*novies* è interrotta, ai sensi degli articoli 2943 e 2945 del codice civile, dal deposito del ricorso introduttivo dei procedimenti previsti dagli articoli 140-*octies* e 140-*novies*, sempre che il ricorso stesso sia notificato al resistente nel termine assegnato dal giudice. Dalla data del deposito dell'atto introduttivo sono altresì impedite le decadenze previste a carico dei consumatori».

[38] L'attuale conformazione del dato normativo è fortemente criticata da P.F. Giuggioli, *L'azione di classe*, cit., p. 157 ss., che ne mette bene in luce le contraddizioni. Si veda anche C. Consolo, *L'azione di classe, trifasica, infine inserita nel c.p.c.*, cit., p. 741, il quale specifica che – per la produzione degli effetti sostanziali della domanda – «meglio però sarebbe (…) prevedere la retrodatazione degli effetti sostanziali dell'adesione al momento di presentazione del ricorso ad opera del ricorrente».

coscritte; come si preciserà, infatti, nel paragrafo seguente, la pressoché totalità dell'attività gestoria della procedura legate all'effettivo soddisfacimento del credito degli aderenti non sono più di dominio del ricorrente, bensì del rappresentante comune degli aderenti ([39]).

4. *La responsabilità deontologica del rappresentante comune degli aderenti*. — Come anticipato, la l. n. 31/2019 ha dato vita ad un nuovo organo processuale fondamentale per le procedure collettive: il rappresentante comune degli aderenti. Le funzioni di tale soggetto appaiono di particolare interesse per il presente studio, giacché tale ufficio può essere assunto anche da un avvocato, ai sensi del combinato disposto degli artt. 840-*sexies* cod. proc. civ. ([40]) e 28 legge fall. ([41]).

In estrema sintesi, a seguito della sua nomina con la sentenza di accoglimento della *class action*, il rappresentante comune degli aderenti – mediante i singoli atti di adesione – viene investito dei poteri di rappresentanza sostanziale e processuale di ciascun *class member* ([42]).

Uno dei principali compiti demandatogli riguarda proprio l'analisi delle domande di adesione e delle memorie difensive del

([39]) Così, R. FRATINI, *L'adesione*, cit., p. 129.

([40]) La disposizione prevede che il rappresentante comune degli aderenti debba avere «i requisiti per la nomina a curatore fallimentare».

([41]) Tra i vari requisiti, la norma precisa che possono svolgere le funzioni di curatore fallimentare diverse figure professionali, tra cui l'avvocato. Se anche il richiamo alla figura del curatore ai sensi dell'art. 28 si ritenesse superata a causa dell'entrata in vigore del codice della crisi dell'impresa e dell'insolvenza, la possibilità di procedere con la nomina di un avvocato come rappresentante comune degli aderenti dovrebbe essere confermata dall'attuale art. 358 cod. cris. impr., che disciplina i requisiti della nomina del curatore, commissario giudiziale e liquidatore, nelle procedure di cui al codice della crisi e dell'insolvenza.

([42]) Si veda l'art. 840-*septies* cod. proc. civ. ove – nel delineare il contenuto nella domanda di adesione – precisa che l'atto deve specificare «il conferimento al rappresentante comune degli aderenti (…) del potere di rappresentare l'aderente e di compiere nel suo interesse tutti gli atti, di natura sia sostanziale sia processuale, relativi al diritto individuale omogeneo esposto nella domanda di adesione».

resistente: sulla base di tali atti, il rappresentante comune predispone, infatti, un «progetto dei diritti individuali omogenei degli aderenti» (art. 840-*octies* cod. proc. civ.) che verrà poi sottoposto al giudice delegato per la pronuncia sui diritti individuali, con decreto esecutivo di condanna. Per il compimento di tale attività, il rappresentante comune viene remunerato mediante l'inserimento nel suddetto decreto di uno specifico capo di condanna sul compenso, che viene calcolato sull'ammontare complessivo riconosciuto agli aderenti ([43]) e che è assistito da privilegio ([44]).

Al di là del ruolo riservatogli nella formazione del titolo (e nella sua impugnativa *ex* art. 840-*undecies* cod. proc. civ.), il rappresentante comune si occupa, poi, del materiale soddisfacimento dei *class member*, predisponendo lo schema di un eventuale accordo transattivo unitamente al resistente ([45]), preparando il pia-

([43]) La disciplina del compenso del rappresentante comune in questa fase è contenuta nell'art. 840-*novies* cod. proc. civ. e prevede che «con il decreto di cui all'articolo 840-*octies*, quinto comma, il giudice delegato condanna altresì il resistente a corrispondere direttamente al rappresentante comune degli aderenti, a titolo di compenso, un importo stabilito in considerazione del numero dei componenti la classe in misura progressiva: a) da 1 a 500, in misura non superiore al 9 per cento; b) da 501 a 1.000, in misura non superiore al 6 per cento; c) da 1.001 a 10.000, in misura non superiore al 3 per cento; d) da 10.001 a 100.000, in misura non superiore al 2,5 per cento; e) da 100.001 a 500.000, in misura non superiore all'1,5 per cento; f) da 500.001 a 1.000.000, in misura non superiore all'1 per cento; g) oltre 1.000.000, in misura non superiore allo 0,5 per cento. Le percentuali di cui al primo comma sono calcolate sull'importo complessivo dovuto a tutti gli aderenti. Le percentuali di cui al primo comma possono essere modificate con decreto del Ministro della giustizia (…). L'autorità giudiziaria può aumentare o ridurre l'ammontare del compenso liquidato a norma del primo comma in misura non superiore al 50 per cento, sulla base dei seguenti criteri: a) complessità dell'incarico; b) ricorso all'opera di coadiutori; c) qualità dell'opera prestata; d) sollecitudine con cui sono state condotte le attività; e) numero degli aderenti».

([44]) Il privilegio riguarda non solo i crediti riconosciuti nell'ambito del decreto esecutivo, ma anche i crediti spettanti al rappresentante comune per l'attivazione della procedura esecutiva collettiva *ex* art. 840-*terdecies* cod. proc. civ.; nello specifico, entrambi i crediti sono assistiti da privilegio nella misura del 75 per cento, sui beni oggetto dell'esecuzione (si veda art. 840-*terdecies*, comma 4, cod. proc. civ.).

([45]) Art. 840-*quaterdecies*, commi 2 ss., cod. proc. civ.

no di riparto delle somme spontaneamente pagate (46) o, infine, attivando un'esecuzione forzata collettiva (47).

La disciplina del ruolo e delle funzioni del rappresentante comune ci consegna, quindi, un organo «ibrido» che opera – per certi versi – come mandatario dei singoli *class member* e – per altri – come vero e proprio ausiliario del giudice (48). Tale bimorfismo, congiuntamente all'assenza di un ordinario incarico professionale, complica rilevantemente l'analisi delle responsabilità dell'avvocato che esercita tale ufficio. Considerate tali peculiarità, ci si chiede quindi se il codice deontologico forense possa trovare applicazione nei confronti dell'avvocato-rappresentante comune per condotte tenute esercitando tali funzioni.

Una risposta del tutto negativa dovrebbe escludersi, giacché l'art. 2 cod. deont. for. attribuisce rilevanza non solo alle condotte legate al contratto di patrocinio, ma persino a comportamenti tenuti nella vita privata; tuttavia, anche la risposta totalmente positiva dovrebbe escludersi, poiché – scorrendo il codice deontologico – si rinvengono disposizioni applicabili solo in presenza di uno specifico mandato della parte assistita. Si pensi – ad esempio – all'art. 32 cod. deont. for. in materia di rinuncia al mandato (49); tale disposizione è pensata per regolare la cessazione dell'incarico

(46) Art. 840-*duodecies* cod. proc. civ.

(47) Art. 840-*terdecies* cod. proc. civ.

(48) Sul punto, A. Giussani, *La fase di determinazione del* quantum *nella nuova azione di classe*, in «Giurisprudenza italiana», 2019, p. 2318 ss.; P.F. Giuggioli, *L'azione di classe*, cit., p. 168 ss.

(49) La disposizione prevede: «1. L'avvocato ha la facoltà di recedere dal mandato, con le cautele necessarie per evitare pregiudizi alla parte assistita. 2. In caso di rinuncia al mandato l'avvocato deve dare alla parte assistita un congruo preavviso e deve informarla di quanto necessario per non pregiudicarne la difesa. 3. In ipotesi di irreperibilità della parte assistita, l'avvocato deve comunicare alla stessa la rinuncia al mandato con lettera raccomandata all'indirizzo anagrafico o all'ultimo domicilio conosciuto o a mezzo p.e.c.; con l'adempimento di tale formalità, fermi restando gli obblighi di legge, l'avvocato è esonerato da ogni altra attività, indipendentemente dall'effettiva ricezione della rinuncia. 4. L'avvocato, dopo la rinuncia al mandato, nel rispetto degli obblighi di legge, non è responsabile per la mancata successiva assistenza, qualora non sia nominato in tempi ragionevoli altro difensore».

del difensore e garantire la parte assistita, restando la norma del tutto inapplicabile in assenza di un contratto di patrocinio.

L'individuazione delle disposizioni applicabili al rappresentante comune degli aderenti risulta, quindi, un complesso esercizio esegetico che non può ignorare l'art. 20 cod. deont. for., rubricato «Responsabilità disciplinare»; tale disposizione – rispondendo peculiarmente alla necessità di tipizzare le condotte deontologicamente rilevanti (50) – impone di valutare, dapprima, la lesione dei principi generali di cui al titolo I del codice deontologico e, successivamente, l'eventuale violazione dei singoli precetti dei titoli II e seguenti del medesimo codice (51). Per chiarire questa tematica, è utile ipotizzare alcune fattispecie critiche e valutarne l'assoggettabilità a sanzione deontologica.

Anzitutto, nell'espletamento dei propri compiti è possibile che il rappresentante comune degli aderenti commetta negligenze, assumendo un ruolo per cui non dispone di adeguate competenze; tali inadempienze potrebbero – ad esempio – ricadere sulla predisposizione del progetto dei diritti individuali omogenei (a seguito della negligente esclusione di uno dei *class members*) oppure sulle attività successive volte a soddisfare gli aderenti. In queste circostanze, ci si domanda se l'avvocato-rappresentante comune sia assoggettato alle disposizioni deontologiche in materia di diligenza e competenza (*id est* agli artt. 9, 12, 14 e 26 cod. deont. for.) oppure no.

Esclusa la rilevanza dell'art. 26, che si applica in presenza di un contratto di patrocinio (52), la risposta andrà indagata sul

(50) Sul tema della tipizzazione delle condotte deontologicamente rilevante, si veda R. Danovi, *La tipizzazione degli illeciti disciplinari (storia e il codice deontologico forense)*, in «Previdenza forense», 2017, p. 233.

(51) L'art. 20 cod. deont. for. prevede, in astratto, la sanzionabilità delle condotte lesive degli articoli da 1 a 19 del codice e che, per individuare le sanzioni applicabili, occorre accertare se tale violazione sia altresì riconducibile ad una fattispecie tipizzata nei titoli II, III, IV, V e VI del codice, oppure no. Nel primo caso, infatti, la sanzione sarà espressamente prevista nelle disposizioni dei titoli II e seguenti; nel secondo caso, invece, l'individuazione della sanzione avverrà sulla base dei criteri di cui agli artt. 21 e 22 cod. deont. for.

(52) L'applicazione della disposizione è diretta conseguenza della rubrica

piano dei principi generali. Così, l'art. 9, comma 1, cod. deont. for., specificando solo che «l'avvocato deve esercitare l'attività professionale con indipendenza, lealtà, correttezza, probità, dignità, decoro, diligenza e competenza», farebbe propendere per l'applicazione di tali doveri anche al rappresentante comune degli aderenti. Tale conclusione è certamente confermata per il dovere di diligenza, la cui disciplina prevede che «l'avvocato deve svolgere la propria attività con coscienza e diligenza ([53]), assicurando la qualità della prestazione professionale» (art. 12); d'altronde, tale affermazione è suffragata da diverse pronunce disciplinari che sanzionano le negligenze dell'avvocato-curatore fallimentare ([54]). Appare, invece, più complessa l'estensione dell'art. 14 sul dovere di competenza; se è vero, infatti, che il codice deontologico sancisce che «l'avvocato, al fine di assicurare la qualità delle prestazioni professionali, non deve accettare incarichi che non sia in grado di svolgere con adeguata competenza», la genericità del testo potrebbe suggerirne l'applicazione, ma il richiamo all'incarico professionale potrebbe far propendere per la soluzione opposta.

Alla luce delle succitate disposizioni, dovrebbe quindi concludersi che possibili negligenze del rappresentante comune legittimino un intervento disciplinare in virtù dei soli principi generali, mancando nei titoli II e seguenti una disposizione applicabile; lo stesso non è, invece, facilmente sostenibile per il dovere di competenza che sembrerebbe presuppore uno specifico contratto di patrocinio.

del titolo II – «Rapporti con il cliente e la parte assistita» – che contiene tale disposizione.

([53]) Coscienza e diligenza sono concetti differenti. Se il concetto di diligenza è maggiormente intuibile, essendo mutuato dal diritto civile, il concetto di coscienza «sembra attenere ad un profilo etico-morale più che ad un requisito sul quale fondare la prova o la misura dell'adempimento; ciò non solo perché lo suggerisce la lettera della legge, ma anche perché sarebbe un dato privo, in questo ambito, di alcun riferimento normativo»: così M.S. Caini, *Mandato professionale. Sostituzioni e collaborazioni*, in *La legge professionale forense*, a cura di G. Gambogi, S. Paparo e G. Viciconte, Milano, 2022, p. 275.

([54]) Si veda, Cons. naz. for., 22 marzo 2005, n. 61; e Cons. naz. for., 8 ottobre 2007, n. 138, ove viene sanzionata l'omissione di atti funzionali allo svolgimento delle procedure concorsuali.

L'esclusione di un *class member* dal progetto dei diritti individuali potrebbe, però, dipendere non tanto da negligenze, quanto da una decisione ponderata del rappresentante comune; in questo caso, ci si domanda se l'avvocato-rappresentante comune – munito di rappresentanza sostanziale e processuale a beneficio dell'aderente – possa essere accusato di violazione del dovere di fedeltà di cui all'art. 10 cod. deont. for., tenendo tale condotta.

Tale disposizione prevede, infatti, che «l'avvocato deve adempiere fedelmente al mandato ricevuto, svolgendo la propria attività a tutela dell'interesse della parte assistita e nel rispetto del rilievo costituzionale e sociale della difesa»; nell'azione collettiva risarcitoria, però: il rappresentante comune non agisce nell'interesse della «parte assistita», svolgendo questi un'attività differente e specifica, che lo investe di pubbliche funzioni e di una rappresentanza peculiare; il rappresentante comune non difende l'aderente, essendo sprovvisto di *ius postulandi*; l'aderente, più semplicemente, non ha stipulato con il rappresentante comune un contratto di patrocinio e non gli ha conferito alcuna procura alle liti.

Ciò premesso, guardando ai soli principi generali, dovrebbe ritenersi che il rappresentante comune degli aderenti non possa essere rimproverato di infedeltà da parte dei singoli *class member* (55), poiché le funzioni pubblicistiche a lui riservate escludono la sussistenza di un «impegno attento ed esclusivo» (56) a beneficio dei singoli aderenti (57). D'altro canto, quando predispone il progetto di diritti individuali omogenei, il rappresentante comune agisce come pubblico ufficiale nell'interesse della legge e non come mandatario del membro della classe aderente, non ricerca

(55) Sul punto si veda R. Danovi, *Ordinamento forense e deontologia*, Milano, 2022, pp. 128-129, ove si chiarisce che «tra i principi generali sono anche la *fiducia*, poiché su di essa si fonda il rapporto con il cliente e la parte assistita, e la *fedeltà*, che pure è presidio per l'attività difensiva, tanto più che la violazione di questo dovere costituisce anche reato (patrocinio infedele)».

(56) Nel senso che il dovere di fedeltà attenga «all'impegno attento ed esclusivo a favore del proprio assistito», v. R. Gennari, *La responsabilità disciplinare dell'avvocato*, Milano, 2021, p. 40.

(57) Così P.F. Giuggioli, *L'azione di classe*, cit., pp. 168-169.

una protezione egoistica o opportunistica del diritto di credito di quest'ultimo, anzi l'esatto contrario.

Proseguendo nell'analisi di situazioni critiche sul piano deontologico, è ipotizzabile che all'interno del progetto dei diritti individuali omogenei confluiscano espressioni offensive o sconvenienti nei confronti del resistente, degli aderenti o dei loro difensori; in tal caso, ci si interroga sul fatto che tale condotta possa ledere i doveri di probità, correttezza e decoro – *ex* art. 9 cod. deont. for. – nonché specifiche disposizioni dei capi II e seguenti del medesimo codice.

Il dato normativo e, segnalatamente, l'art. 9, comma 1, farebbero propendere per la risposta positiva, poiché la disposizione, richiamando genericamente i doveri dell'avvocato, non consente *distinguo* sulle funzioni concretamente esercitate; peraltro, la sanzionabilità della condotta pare confermata dall'art. 52, comma 1, cod. deont. for. ove – in modo altrettanto generico – si prevede che «l'avvocato deve evitare espressioni offensive o sconvenienti negli scritti in giudizio e nell'esercizio dell'attività professionale nei confronti di colleghi, magistrati, controparti o terzi».

Anche in questo caso, quindi, l'avvocato-rappresentante comune potrà essere rimproverato per le condotte tenute, avendo questi violato la disposizione dei principi generali di cui all'art. 9 e la tipizzazione contenuta nel titolo IV del codice deontologico [58].

Il tenore testuale del codice non è, però, sempre d'aiuto. Si pensi, ad esempio, all'art. 38, comma 3, cod. deont. for. ove – disciplinando il rapporto di colleganza – si prevede che «l'avvocato non deve riportare in atti processuali o riferire in giudizio il contenuto di colloqui riservati intercorsi con i colleghi», oppure all'art. 48, comma 1, cod. deont. for. ove – regolamentando il divieto di produrre la corrispondenza scambiata con il collega – si precisa che «l'avvocato non deve produrre, riportare in atti processuali o riferire il giudizio la corrispondenza intercorsa esclusivamente

[58] La medesima conclusione sarebbe valida a fronte di comportamenti irrispettosi nei confronti dei magistrati *ex* art. 53 cod. deont. for.

tra colleghi qualificata come riservata, nonché quella contenente proposte transattive e le relative risposte».

Dalla lettura di tali disposizioni, dovrebbe desumersi che il rappresentante comune degli aderenti che faccia transitare negli atti processuali il contenuto di comunicazioni o di corrispondenza riservata possa essere sanzionato disciplinarmente; tale conclusione, tuttavia, potrebbe condurre ad esiti irragionevoli e, persino ingiusti, all'interno dell'azione collettiva. Premesso che il peculiare ufficio del rappresentante comune potrebbe da solo minare all'applicazione delle sanzioni ([59]), il principale *punctum dolens* risiede nell'irragionevole trattamento differenziato riservato all'azione gestita da un avvocato piuttosto che da altri professionisti. Dato che le suddette limitazioni deontologiche non influenzano l'attività di soggetti diversi dall'avvocato-rappresentante comune, ci si domanda se sia costituzionalmente legittimo un sistema processuale che riconosca poteri differenziati a seconda dell'attività professionale di colui che li eserciti.

Da ultimo, ci si chiede se sia sanzionabile sul piano deontologico la condotta dell'avvocato-rappresentante comune che operi in una *class action*, favorendo l'impresa del coniuge quale soggetto resistente. Tale fattispecie consente di introdurre il macrotema relativo alla violazione del dovere di indipendenza (art. 9 cod. deont. for.) e al conflitto di interessi (art. 24 cod. deont. for.).

Nel caso ipotizzato, la normativa specifica dei titoli II e seguenti del codice deontologico non è di aiuto, giacché l'art. 24 – che tratta il conflitto di interessi – si applica ai soli rapporti con il cliente e la parte assistita. Ancora una volta, soccorrono quindi i principi generali – e nel dettaglio l'art. 9 cod. deont. for. – ove si

([59]) In materia di deontologia dei commercialisti, v. Trib. Vicenza, 12 marzo 2020, in <www.ilcaso.it>, 24 dicembre 2020, la quale, disquisendo dei doveri deontologici del commercialista che ricopre la funzione di curatore fallimentare, ha correttamente affermato che «il carattere pubblicistico dell'incarico fa venir meno il rapporto tendenzialmente orizzontale che sussiste fra i colleghi (e che ispira i dettami contenuti nel codice deontologico) e determina il passaggio ad una relazione di tipo verticale, in cui gli interessi pubblicistici affidati al curatore assumono preminenza rispetto ad ogni altro».

prevede, invero laconicamente, che l'avvocato deve esercitare la propria attività con indipendenza.

Sebbene l'attuale codice ometta di chiarirne il contenuto (60), detto dovere è violato quando l'autonomia e la libertà dell'avvocato, nell'esercizio delle sue funzioni, vengono compromesse «da ogni condizionamento, determinato da persone o da situazioni» (61) oppure da propri interessi personali (62). Ebbene, in casi come quello prospettato, quando l'operato dell'avvocato-rappresentante comune venga condizionato o influenzato da interessi confliggenti con quegli degli aderenti, pare ragionevole un intervento disciplinare volto a sanzionarne la condotta.

Il biasimo per la violazione del dovere di indipendenza deve essere, però, attentamente circoscritto, giacché la disciplina della *class action* contiene situazioni di potenziale conflitto di interesse istituzionale e normativo.

Il primo caso è già stato accennato in riferimento al dovere di fedeltà: il rappresentante comune degli aderenti – che rappresenta il *class member* sul piano processuale e sostanziale – potrebbe oculatamente escludere un'adesione proposta, garantendo l'interesse pubblico alla corretta gestione dell'azione (63). Ebbene, a tale fattispecie non dovrebbe seguire alcun rimprovero disciplinare poiché, nella redazione del progetto individuale dei diritti omogenei, l'organo della procedura – più che agire come rappresentante – agisce come ausiliario del giudice. Nella redazione del

(60) Sull'opportunità della scelta legislativa, G. GAMBOGI, *Doveri e deontologia*, in *La legge professionale forense*, a cura di G. Gambogi, S. Paparo e G. Viciconte, cit., p. 25 ss.; il vecchio codice deontologico prevedeva, invece, all'art. 10, che «nell'esercizio dell'attività professionale l'avvocato ha il dovere di conservare la propria indipendenza e difendere la propria libertà da pressioni o condizionamenti esterni. (…) L'avvocato non deve tener conto di interessi riguardanti la propria sfera personale».

(61) Così, R. GENNARI, *La responsabilità disciplinare dell'avvocato*, cit., p. 36.

(62) Sul tema si esprime espressamente il codice deontologico degli avvocati europei quando – all'art. 2.1.1. – precisa che «i numerosi obblighi a carico dell'avvocato rendono necessaria la sua assoluta indipendenza da qualsiasi pressione e in particolare da quelle esercitate da suoi interessi personali o da influenze esterne».

(63) Su questo profilo, v. P.F. GIUGGIOLI, *L'azione di classe*, cit., p. 168 ss.

progetto, «la funzione svolta da parte del rappresentante comune è, infatti, a tutti gli effetti di terzietà e para-giudiziale, nell'interesse della corretta amministrazione della giustizia, con conseguente protezione paritaria tanto degli interessi del membro della classe aderente, quanto dell'impresa resistente» (64). Nel caso rappresentato, quindi, il conflitto di interessi è istituzionale e non patologico giacché, in questa fase del giudizio, il rappresentante comune agisce come pubblico ufficiale, facendo prevalere gli interessi pubblicistici a quelli dei soggetti che rappresenta. A fronte di tale scelta legislativa, si potrà quindi parlare di inopportunità del dato normativo, ma non di condotta deontologicamente rilevante di colui che ha adempiuto ai propri compiti, come previsto dalla legge.

Un'altra fattispecie problematica potrebbe riguardare l'eventualità opposta in cui – in spregio al pubblico interesse – il rappresentante comune ammetta adesioni infondate, incrementando il proprio compenso nel decreto di condanna *ex* art. 840-*octies*, comma 5, cod. proc. civ. (65). Tale evenienza, frutto della distorsione dell'attuale dato normativo, può essere sanzionata deontologicamente qualora venga dimostrato (e, di conseguenza, accertato) che gli interessi personali del rappresentante comune abbiano effettivamente compromesso la sua autonomia decisionale a detrimento degli interessi di natura pubblicistica.

Infine, il rappresentante comune potrebbe tenere dei comportamenti lesivi in danno agli aderenti nell'ambito di esecuzione collettiva *ex* art. 840-*terdecies* cod. proc. civ.; in tale sede, infatti, il rappresentante comune degli aderenti gode di un privilegio che rende preferibile il soddisfacimento del suo credito rispetto a quello dei *class members*. In caso di incapienza, gli aderenti insoddisfatti potrebbero avere interesse a contestare *ex* art. 512 cod. proc. civ. la distribuzione del ricavato a beneficio del rappresentante comune, ma non ne avrebbero la legittimazione, spettando questa al solo rappresentante (66). Qualora la condotta pre-

(64) Cfr. ancora P.F. Giuggioli, *L'azione di classe*, cit., p. 169.

(65) In tal senso, P.F. Giuggioli, *L'azione di classe*, cit., p. 178 ss.

(66) Sul punto, B. Zuffi, *La tutela giurisdizionale degli aderenti nella nuova*

giudizievole non venga impedita in sede processuale, mediante l'operato del rappresentante medesimo o di un curatore speciale nominato *ad hoc*, non è da escludere una possibile reazione in sede disciplinare volta a sanzionare la condotta dell'avvocato-rappresentante comune.

In conclusione, l'avvocato incaricato del ruolo di rappresentante comune può essere assoggettato a provvedimenti di natura disciplinare per le attività espletate nell'esercizio dell'ufficio; tuttavia, la sanzionabilità delle sue condotte va attentamente vagliata non solo sulla base del codice deontologico (che è stato prevalentemente pensato per regolare il rapporto tra difensore e parte assistita), ma anche della normativa processuale. Come si è cercato di prospettare, le principali criticità nell'esercizio esegetico risiedono non solo nella necessità di non ostacolare le facoltà riconosciute al rappresentante comune dal codice di rito, ma soprattutto nelle funzioni specifiche di tale organo che, oltre a perseguire la tutela degli aderenti, deve preservare interessi di natura pubblicistica (67).

5. *Il «third party funding» nelle azioni collettive: cenni sulle criticità deontologiche*. — Come anticipato, il decreto legislativo 10 marzo 2023, n. 28 ha ridisegnato i rimedi processuali ultra-individuali, introducendo nell'ordinamento le azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori (68). Sebbene la

disciplina dell'esecuzione collettiva di classe, in *La tutela giurisdizionale e giusto processo: scritti in memoria di Franco Cipriani*, Napoli, 2020, p. 1515; F. Cossignani, *Adempimento spontaneo ed esecuzione collettiva*, in Class action, a cura di B. Sassani, cit., p. 194.

(67) Tale considerazione è sviluppo di una riflessione contenuta nella già citata Trib. Vicenza, 12 marzo 2020, ove si disquisisce della responsabilità disciplinare di un commercialista-curatore fallimentare. In tal sede, il tribunale chiarisce in modo ineccepibile che «se il codice deontologico è certamente applicabile anche al professionista che svolga l'incarico di curatore fallimentare, la portata dei precetti ivi contenuti va rapportata al *munus publicum* ricoperto, dovendosi escludere ogni possibile conflitto di doveri».

(68) La normativa italiana è attuazione della dir. UE n. 1828/2020 del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 novembre 2020; per l'analisi alla direttiva, v. R. Caponi, *Ultime dell'Europa sull'azione di classe (con sguardo finale sugli*

loro disciplina debba essere ricostruita mediante un *patchwork* indigesto di altre normative (69), il decreto ha avuto il merito di introdurre nel nostro ordinamento un riconoscimento espresso del c.d. *third party funding* (70).

Più nel dettaglio, la nuova normativa – e, nello specifico, l'art. 140-*septies* cod. cons. – ha previsto non solo la necessità di indicare nel ricorso introduttivo «i finanziamenti dell'azione promossa, ricevuti o promessi da parte di terzi», ma anche l'inammissibilità del rimedio «quando l'azione è promossa in conflitto di interessi, in particolare se risulta che il soggetto che ha finanziato l'azione è concorrente del convenuto o dipende da quest'ultimo» (71).

Il legislatore ha scelto, quindi, di evitare una normativa esplicita sul contratto di finanziamento della lite, preferendo invece regolamentarne gli effetti sul piano processuale; nel complesso, però, tale iniziativa non dovrebbe essere sminuita, giacché ha de-

Stati uniti e il Dieselgate), in «Il foro italiano», 2019, V, c. 332 ss.; G. De Cristofaro, *Azioni «rappresentative» e tutela degli interessi collettivi dei consumatori*, in «Le nuove leggi civili commentate», 2022, p. 1010 ss.; M. Bona, *La direttiva UE 2020/1828 sulla tutela rappresentativa dei consumatori*, in «Giurisprudenza italiana», 2021, p. 252.

(69) Tra i primi commenti alla normativa interna, si vedano G. De Cristofaro, *Le «azioni rappresentative» di cui agli artt. 140-ter ss. c. cons: ambito di applicazione, legittimazione ad agire e rapporti con la disciplina generale delle azioni di classe di cui agli artt. 840-bis ss. c.p.c.,* in «Le nuove leggi civili commentate», 2024, p. 1 ss.; G. Capilli, R. Torino, *Codice del consumo: cosa cambia*, Milano, 2023, p. 31 ss.; per le prime riflessioni a caldo sulla nuova normativa interna, sia consentito il rinvio a F. Cesareo, G. Pirotta, *Il* greenwashing *nella relazione tra consumatore e ambiente: problematiche sostanziali e rimedi processuali collettivi*, in *Le transizioni e il diritto*, a cura di S. Franca, A. Porcari e S. Sulmicelli, Trento, 2024, p. 667 ss.

(70) La previsione nazionale ha attuato anche questo profilo della direttiva europea; sul punto, M. De Pamphilis, «Litigation funding»*: i modelli di finanziamento del contenzioso tra luci ed ombre*, in «La nuova giurisprudenza civile commentata», 2023, p. 457 ss.

(71) La dichiarazione di inammissibilità non è immediata; infatti, «in questo caso il giudice solleva anche d'ufficio la questione ed assegna all'ente ricorrente un termine entro cui rifiutare o modificare il finanziamento» (così, la lett. e del comma 8, art. 140-*septies* cod. cons.).

finitivamente comportato un riconoscimento del fenomeno del *third party funding* all'interno dell'ordinamento nazionale.

Considerato il tema del presente scritto, ci si domanda se – e in che misura – il *litigation funding* possa effettivamente trovare terreno fertile nelle azioni collettive codicistiche o consumeristiche, per poi valutarne le possibili ricadute in ambito deontologico.

A tal fine, si premette che l'assenza di una tipizzazione normativa impone di considerare il fenomeno del *third party funding* nella sua massima estensione: dovranno quindi considerarsi tutti quegli accordi con cui un soggetto terzo, estraneo alla lite (*id est* il *funder*), si impegna a sostenere i costi della controversia che graverebbero su una delle parti (il soggetto finanziato) ed eventualmente a rifondere le spese legali alla controparte, in caso di soccombenza, mentre il soggetto finanziato si obbliga a riconoscere al *funder* una somma di denaro, determinata nell'accordo o, più comunemente, calcolata come percentuale sul credito accertato all'esito del giudizio ([72]). Il *litigation funding* si concreta, quindi, in un'operazione d'investimento ad alto rischio per il *funder* e, data l'aleatorietà dell'accordo, è improbabile che tale fenomeno si sviluppi verso cause di modesto valore, interessando maggiormente contenziosi dal valore medio-alto, ove il corrispettivo è basato su una percentuale del credito accertato all'esito del giudizio ([73]).

Ciò premesso, si deve evidenziare che il *litigation funding* po-

[72] Allo stato, mancando una definizione normativa di *litigation funding*, la dottrina ha elaborato diverse nozioni più o meno ampie del contratto di finanziamento della lite: v. E. D'Alessandro, *Prospettive del* third party funding *nel processo civile italiano: il progetto fundIT e le iniziative del Parlamento Europeo*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 2022, p. 237 ss., M. De Pamphilis, «Litigation funding», cit., p. 451, M.C. Paglietti, *Il mercato delle controversie: il* third party litigation funding *come strumento di finanziamento responsabile dell'accesso alla giustizia*, in «Banca, borsa, titoli di credito», 2023, p. 830 ss.; F. Bertelli, *Gli accordi di finanziamento della lite*, Napoli, 2024, p. 141 ss.

[73] Il corrispettivo in misura fissa – se eccessivamente elevato – potrebbe portare alla mancata stipula dell'accordo da parte del *lead plaintiff* (che, all'esito della lite, potrebbe vedersi riconosciuto un risarcimento di minore entità) e dall'ente legittimato (che potrebbe non disporre di fondi sufficienti per adempiere al contratto in caso di vittoria del giudizio).

trebbe avere scarso *appeal* all'interno delle azioni collettive per le c.d. *small claims*; se, infatti, la remunerativit\u00e0 dell'operazione è legata ad una percentuale del credito riconosciuto al ricorrente, è evidente che tale importo potrà essere insoddisfacente, nell'eventualità in cui il soggetto finanziato sia il *lead plaintiff*, o del tutto inconsistente, nel caso in cui l'azione collettiva venga intentata dall'ente legittimato (74). In effetti, l'attuale conformazione delle azioni risarcitorie collettive e l'assenza di una disciplina *ad hoc* sul *third party funding* impediscono al *funder* di soddisfarsi sulle somme riconosciute agli aderenti (75), salva la possibilità (probabilmente irrealizzabile) di intercettare i singoli *class members* per proporre loro il finanziamento dell'adesione, prima che questa venga depositata.

A ben vedere, vi è una sola categoria di *funder* che potrebbero essere comunque interessati a finanziare la lite, ossia gli avvocati e gli studi legali associati. Per tali finanziatori, infatti, il ritorno economico dell'operazione non sarebbe limitato al solo corrispettivo del finanziamento, potendo questi ambire alla liquidazione del compenso premiale, aggiuntivo, spettante all'avvocato del ricorrente, nell'eventualità in cui l'azione di classe o l'azione rappresentativa giungano alla sentenza di accoglimento (76). Come riferi-

(74) Si è già evidenziato che l'azione intentata dagli enti esponenziali imporrà al giudice di pronunciare sulla responsabilità del resistente e sulla lesione di diritti individuali omogenei, senza addivenire ad alcun capo di condanna esecutivo a beneficio dei *class members*; diversamente, il ricorso depositato dal *lead plaintiff* richiederà, altresì, di accertare la lesione del solo diritto da questi allegata.

(75) Secondo M.C. Paglietti, *Il mercato delle controversie*, cit., p. 830 ss., la diffusione del *litigation funding* per le azioni collettive italiane è limitata da «ostacoli di diritto processuale e sostanziale». L'autore – dopo aver correttamente chiarito che l'utilizzo del contratto di finanziamento della lite dipende, principalmente, dall'ammontare del risarcimento liquidato all'esito del giudizio – ha ravvisato degli elementi ostativi, da un lato, proprio nei meccanismi di adesione tipici dell'*opt-in* e, dall'altro, nell'assenza nel nostro ordinamento di un principio che consenta la liquidazione dei danni punitivi.

(76) Il compenso premiale riconosciuto dall'art. 840-*novies* cod. proc. civ. all'avvocato del ricorrente da parte del resistente non dovrebbe escludere la rifusione dei compensi e delle spese di lite sostenute sino alla sentenza di ac-

to per il rappresentante comune degli aderenti, anche il difensore del ricorrente ha infatti diritto a vedersi liquidato, con il decreto esecutivo *ex* art. 840-*octies*, comma 5, cod. proc. civ., un cospicuo compenso che viene calcolato sull'ammontare complessivo riconosciuto agli aderenti con il decreto medesimo (art. 840-*novies*, commi 6 e 7, cod. proc. civ.) (77).

Venendo ai profili disciplinari, il *litigation funding* potrebbe dare adito a criticità, originando possibili violazioni della normativa deontologica forense.

La prima problematica riguarda proprio l'eventualità in cui l'azione collettiva venga finanziata dall'avvocato che difende il ricorrente; chiarito, infatti, che il beneficio legato all'azione risiede principalmente nella liquidazione del compenso premiale ai sensi dell'art. 840-*novies* cod. proc. civ., non è da escludere l'ipotesi che – nel disciplinare il rapporto di mandato con il *lead plaintiff* – il difensore opti per farsi carico delle spese di lite, chiedendo che il compenso per l'attività compiuta venga quantificato sulla base

coglimento. Oltre al *nomen iuris* – che è chiara indicazione in tal senso – non si deve infatti ignorare che il compenso premiale «non ha funzione di ristoro delle spese legali sostenute dal proponente che sono già liquidate con la sentenza di accoglimento», né di «corrispettivo per l'attività svolta dall'avvocato, considerato che tale pagamento proviene da un soggetto totalmente estraneo al rapporto di mandato e prescinde dai suoi contenuti»: così, P.F. GIUGGIOLI, *L'azione di classe*, cit., p. 180 ss., che attribuisce al compenso premiale natura «sanzionatoria» per il resistente.

(77) La disposizione prevede: «6. Con il medesimo decreto di cui al primo comma, il giudice delegato condanna altresì il resistente a corrispondere direttamente all'avvocato che ha difeso il ricorrente fino alla pronuncia della sentenza di cui all'articolo 840-*sexies* un importo ulteriore rispetto alle somme dovute a ciascun aderente a titolo di risarcimento e di restituzione. Il predetto importo, riconosciuto a titolo di compenso premiale, è liquidato a norma del primo comma. Tale compenso premiale può essere ridotto in misura non superiore al 50 per cento, sulla base dei criteri stabiliti al quarto comma. 7. Le disposizioni del sesto comma si applicano anche ai difensori che hanno difeso i ricorrenti delle cause riunite risultati vittoriosi». Come previsto per il rappresentante comune degli aderenti, i difensori hanno quindi diritto ad un compenso stabilito in considerazione del numero dei componenti della classe in misura progressiva, da calcolarsi sull'importo complessivo dovuto a tutti gli aderenti.

di una percentuale di quanto riconosciutogli dal giudice con la sentenza di accoglimento.

Tale pattuizione dovrebbe considerarsi illegittima sia dal punto di vista normativo sia da quello disciplinare, costituendo un patto di quota lite, vietato nel nostro ordinamento (78). Per evitare la sanzione disciplinare ai sensi dell'art. 25 cod. deont. for., sarà quindi necessario che l'avvocato richieda solo un compenso aggiuntivo in caso di esito favorevole della lite, determinando in tal modo il c.d. palmario, pienamente legittimo dal punto di vista deontologico (79). In definitiva, i *litigation funding agreements* stipulati con avvocati, per potersi considerare legittimi, dovranno prevedere che il soggetto finanziato riconosca al difensore-finanziatore una somma remunerativa per l'attività compiuta e un premio palmario per il buon esito dell'azione collettiva, essendo esclusa la remunerazione nella forma del mero patto di quota lite.

(78) La disciplina del patto di quota lite ha subito un'importante evoluzione nel tempo. Originariamente, la stipula di siffatto accordo era vietata dall'art. 2233, comma 3, cod. civ., nella parte in cui impediva agli avvocati di concludere con i loro clienti patti che avessero ad oggetto la *res litigiosa*, pena la loro nullità. Nel 2006, il divieto è venuto meno con il decreto legge 4 luglio 2006, n. 223, successivamente convertito in legge 4 agosto 2006, n. 248; la *ratio* perseguita era quella di liberalizzare il mercato, lasciando la pattuizione del compenso al dominio delle parti. Tuttavia, il divieto è stato reintrodotto con la nuova legge professionale forense (l. 247/2012) che – all'art. 13, comma 4 – sancisce: «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». Il divieto è peraltro recepito nel codice deontologico e, nello specifico, nell'art. 25, comma 2, che ricalca pedissequamente la legge. Sul divieto di patto di quota lite, si veda, *ex plurimis*, in giurisprudenza, Cons. naz. for., 9 novembre 2022, n. 206; in dottrina, G. Alessio, *L'accordo tra le parti, l'equo compenso e i problemi di vessatorietà: il divieto del patto di quota lite*, in *Etica, deontologia e tecnica dell'avvocato*, a cura di G. Bergonzini, L. Locatelli e G. Tieghi, Milano, 2023, p. 505 ss.; con specifico riferimenti al *third party funding*, P.F. Giuggioli, *Litigation funding: l'esperienza anglo-americana ed i risvolti municipali*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 2022, p. 330 ss.

(79) Sulla legittimità del palmario, si veda G. Alessio, *L'accordo tra le parti, l'equo compenso e i problemi di vessatorietà*, cit., p. 507 ss.; con specifico riferito al *third party funding*, P.F. Giuggioli, *Litigation funding*, cit., p. 331.

Destano, invece, maggiori preoccupazioni gli accordi di finanziamento della lite stipulati con *funder* terzi, diversi dai difensori del ricorrente ([80]). In questa eventualità, i profili di rischio da indagare sono maggiori e attengono a tre differenti profili deontologici.

Il primo riguarda il divieto di accaparramento di clientela di cui all'art. 37 cod. deont. for.; tale disposizione – per quanto di interesse – prevede, al comma 1, il divieto per l'avvocato di «acquisire rapporti di clientela a mezzo di agenzie o procacciatori o con modi non conformi a correttezza e decoro». Tale articolo, tutelando la dignità della professione forense, impone all'avvocato di acquisire il mandato dai propri clienti in modo diretto, evitando che l'incarico venga *de facto* conferito da un soggetto interposto; il tutto per consentire il sorgere del rapporto fiduciario che dovrebbe caratterizzare la relazione tra difensore e parte assistita.

Ciò chiarito, se è vero che il *litigation funding* presuppone l'investimento di somme di denaro, con conseguente interesse per l'esito positivo della lite, non è da escludere che il *funder* possa ingerirsi nella scelta del difensore consigliando il soggetto finanziato o, persino, imponendo la nomina di un legale di fiducia. In presenza di tali dinamiche, l'incarico non verrà quindi conferito dalla parte assistita sulla base delle ordinarie logiche del «libero mercato», bensì mediante l'attività di intermediazione effettuata dal *funder* (che sarà peraltro il soggetto tenuto al pagamento degli onorari); tale situazione è chiaramente problematica, essendo prossima alla fattispecie dell'art. 37, comma 1, cod. deont. for. e rischiando di esporre l'avvocato incaricato a sanzione deontologica ([81]).

Peraltro, com'è stato correttamente evidenziato, non è da escludere che tale scenario possa suggerire all'avvocato di richiedere onorari ridotti rispetto a quanto farebbe ordinariamente; se

([80]) In questo caso, è stato rilevato che «il profilo maggiormente problematico dei contratti di finanziamento della lite è [proprio] quello relativo ai rapporti tra il finanziatore e l'avvocato del finanziato»: così, E. D'ALESSANDRO, *Prospettive del* third party funding *nel processo civile italiano*, cit., p. 294.

([81]) Così, G. MICIONI, M. MONTALTO, *I potenziali risvolti deontologici del* litigation funding, in <www.cfnews.it>, 17 maggio 2024.

così fosse, sarebbe probabilmente altresì ravvisabile la violazione dell'art. 37, comma 2, cod. deont. for., nella parte in cui vieta di corrispondere a terzi «altri compensi» per la presentazione del cliente o per l'ottenimento dell'incarico professionale ([82]). Tale eventualità non appare peraltro così remota, se si considera che l'avvocato del ricorrente potrebbe poi recuperare lo sconto concesso, beneficiando del compenso premiale di cui all'art. 840-*novies* cod. proc. civ., in caso di fondatezza dell'azione.

In definitiva, per evitare possibili violazioni del codice deontologico, sarebbe opportuno predisporre strumenti normativi volti a garantire che l'avvocato del ricorrente venga da questi liberamente scelto, evitando che i *funders* possano ingerirsi nella sua individuazione, imponendo la nomina di legali di suo gradimento.

Il secondo profilo problematico riguarda, invece, la divulgazione di informazioni riservate e, più nello specifico, la possibile violazione degli artt. 14 e 28 cod. deont. for. ([83]); tali disposizioni, tutelando la parte assistita, impongono al difensore di «mantenere il segreto e il massimo riserbo sull'attività prestata e su tutte le informazioni che gli siano fornite (…), nonché su quelle che sia venuto a conoscenza in dipendenza del mandato» ([84]).

Ebbene, nel contratto di finanziamento della lite, non è da escludere che *funder* e soggetto finanziato regolamentino il trasferimento delle informazioni sulla lite a beneficio del primo, che potrebbe ambire ad aggiornamenti costanti sullo svolgimento della vertenza. Tali comunicazioni, che potrebbero aver rilevanti risvolti anche sul piano processuale, potrebbero essere richieste

([82]) È di questo avviso P.F. Giuggioli, *Litigation funding*, cit., p. 332 ss., il quale evidenzia che la concessione di uno sconto potrebbe essere ricondotta al concetto di «altri compensi».

([83]) Il rischio è correttamente individuato da P.F. Giuggioli, *Litigation funding*, cit., p. 333 ss.; e da L. Castelli, S. Monti, Third party litigation funding: *quali prospettive in Italia?*, in «Contratti», 2019, p. 584 ss.

([84]) Sui doveri deontologici di riserbo e segretezza, si veda B. Cortese, *La riservatezza e il segreto professionale: la testimonianza dell'avvocato*, in *Etica, deontologia e tecnica dell'avvocato*, a cura di G. Bergonzini, L. Locatelli e G. Tieghi, cit., p. 583 ss.

all'avvocato del soggetto finanziato, in quanto munito di competenze tecniche e giuridiche maggiori rispetto alla parte finanziata.

Per evitare l'esposizione a rimproveri disciplinari, l'avvocato del finanziato dovrà quindi porre particolare attenzione alle informazioni da trasmettere, sincerandosi di essere autorizzato alla comunicazione di quegli specifici dati da parte del proprio assistito. Se è vero, infatti, che il consenso del soggetto finanziato dovrebbe far cessare il dovere di riserbo, è altrettanto vero che non tutte le informazioni potrebbero essere oggetto di trasferimento, essendo possibile una loro limitazione nel *litigation funding agreement* ([85]).

Il terzo profilo critico riguarda, infine, il dovere di indipendenza dell'avvocato e, soprattutto, il dovere di fedeltà di cui all'art. 10 cod. deont. for.; non è, infatti, da escludere che – a causa dell'interesse del *funder* nella gestione della lite – quest'ultimo possa condizionare in modo più o meno diretto l'attività dell'avvocato.

Ne discende che, se «l'avvocato deve adempiere fedelmente il mandato ricevuto, svolgendo la propria attività a tutela dell'interesse della parte assistita», occorrerà che il difensore eviti di sottoporsi a pressioni provenienti dal finanziatore, suggerendo e adottando le strategie che ritenga più opportune per l'assistito, pena la sottoposizione a sanzione deontologica. Sul punto, ci si limita però a precisare che, nell'eventualità in cui l'ingerenza del *funder* sia legittimata dal *litigation funding agreement*, il coinvolgimento del finanziatore nelle decisioni processuali potrebbe essere necessario, onde evitare la perdita del finanziamento e il conseguente detrimento per la parte assistita ([86]).

([85]) In generale, sul consenso dell'assistito quale scriminante della violazione deontologica di divulgazione delle informazioni, si veda Cons. naz. for., 23 luglio 2013, n. 130. Sul ruolo del consenso dell'assistito e sulla possibilità di inserire nell'accordo di finanziamento clausole che impongano il trasferimento di informazioni, si veda E. D'ALESSANDRO, *Prospettive del* third party funding *nel processo civile italiano*, cit., p. 296.

([86]) Nel caso di conflitto tra le istruzioni del *funder* e quelle dell'assistito, l'avvocato avrebbe il dovere deontologico di optare per la strategia difensiva realmente tutelante per l'assistito; così, E. D'ALESSANDRO, *Prospettive del* third party funding *nel processo civile italiano*, cit., p. 295. Il conflitto di interessi non è così peregrino considerato che i *funder* potrebbero aver deciso di finanziare

Nel complesso, nonostante le criticità normative e deontologiche rilevate, il *third party funding* potrebbe rappresentare una opportunità significativa, da implementare, per garantire un più ampio accesso alla giustizia (87); l'introduzione di una normativa *ad hoc*, coerente con le caratteristiche delle azioni collettive, sarebbe da auspicarsi, influendo su contesti in cui le limitate risorse economiche di consumatori ed enti esponenziali potrebbero «svuotare» la garanzia costituzionale dell'accesso alla tutela giurisdizionale. Così facendo, potrebbero essere realmente garantiti i diritti individuali omogenei all'interno delle *small claims*, rispondendo alla domanda di giustizia in contesti di grande impatto sociale. Nell'attesa che il legislatore europeo (88) e quello nazionale prendano una posizione sul punto, non ci si può che augurare un utilizzo consapevole e proficuo dell'istituto da parte non solo dei finanziatori terzi, ma soprattutto degli avvocati, che dovrebbero evitare comportamenti scorretti, potenzialmente pregiudizievoli dei clienti finanziati.

6. *Conclusioni*. — Come evidenziato nei paragrafi che precedono, le azioni collettive risarcitorie – nella loro duplice attuale conformazione – costituiscono terreno fertile per la proliferazione di insidie disciplinari; oltre alla casistica già evidenziata da Ange-

una serie di cause vertenti sulla medesima materia e «potrebbero fare pressione sul cliente per seguire una determinata linea argomentativa che in quel singolo caso non si rivela vincente ma consentirà di ottenere un precedente utile per ottenere un verdetto favorevole in un numero più elevato di cause del *portfolio* o in cause di maggior valore» (così L. Coppo, *Il contratto di finanziamento della lite da parte di terzi: profili sostanziali*, in <www.fundit.unito.it>, 2019.

(87) Per un approfondimento su questo profilo, si veda M.C. Paglietti, *Il mercato delle controversie*, cit., p. 821 ss.

(88) È attualmente in discussione una proposta di direttiva che regolamenti il *third party funding*: proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla regolamentazione del finanziamento del contenzioso da parte di terzi, accompagnata dalla risoluzione del Parlamento europeo del 13 settembre 2022 recante raccomandazioni alla Commissione sul finanziamento privato responsabile del contenzioso, 2020/2130(INL); tuttavia, la sua approvazione non pare essere prossima. Sul testo della proposta, si veda M.C. Paglietti, *Il mercato delle controversie*, cit., p. 821 ss.

lo Dondi e Andrea Giussani, si è cercato di sottolineare come le riforme recentemente intervenute costituiscano, a tutti gli effetti, un nuovo banco di prova per la deontologia forense.

Peraltro, diversamente da quanto si sarebbe portati a pensare, le complessità emerse nel corso dello scritto sono frutto non solo del *legal transplant* della *class action*, ma anche delle peculiarità delle azioni collettive disegnate dal legislatore domestico. Ci si riferisce soprattutto alla fase di accertamento dei diritti dei *class members* che potrebbe essere demandata ad un avvocato che ricopra il ruolo di rappresentante comune degli aderenti. In merito a tale profilo, si è cercato di sottolineare come l'interpretazione del codice deontologico appaia di notevole complessità, se si considera soprattutto che la tipizzazione delle condotte deontologicamente rilevanti non appare pienamente soddisfacente e potrebbe dare adito ad interpretazione dubbie.

Al fine di evitare derive lassiste, dovrebbe quindi optarsi per un'integrazione della normativa disciplinare che tenga effettivamente conto delle funzioni particolari assunte dall'avvocato nel corso dell'azione collettiva; peraltro, tale proposta non dovrebbe sembrare del tutto irragionevole se si pensa che – negli artt. 61 e 62 cod. deont. for. – il Consiglio nazionale forense si è premurato di dettare una disciplina *ad hoc* per l'avvocato che operi nel contesto di un arbitrato o di una mediazione.

De iure condendo, si dovrebbe quindi ambire all'approvazione di una novella che disciplini le regole di condotta degli avvocati nelle azioni ultra-individuali, tenendo conto dei ruoli peculiari che questi possono assumere nella lite (rappresentante comune degli aderenti e finanziatore) e del particolare grado di diligenza e competenza richiesto per introdurre e istruire l'azione.

Tale innovazione, unitamente ad un ragionato *restyling* delle azioni collettive, potrebbe incentivare l'utilizzo delle procedure collettive, favorendo il reale accesso alla giustizia statale; d'altronde, se il «processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire» ([89]), occorrerebbe adoperarsi per superare tutti gli

([89]) G. CHIOVENDA, *Dell'azione nascente dal contratto preliminare*, in «Rivi-

impedimenti al raggiungimento di una tutela giurisdizionale *effettiva*, come la riluttanza dei soggetti danneggiati ad adire il giudice nelle *small claims*.

De iure condito, nell'attesa dell'intervento riformatore, sarebbe opportuno garantire la qualità della prestazione dell'avvocato mediante un rafforzamento delle sue competenze in materia di azioni collettive; tale potenziamento potrebbe avvenire attraverso canali già sviluppati, come le scuole forensi, la formazione specialistica e la formazione continua. Iniziative formative di questa natura – oltre a non richiedere investimenti economici insostenibili (operando in canali attualmente esistenti) – diffonderebbero la cultura delle azioni collettive, sensibilizzando la classe forense sull'importanza di tali procedimenti, a prescindere dallo stadio della carriera in cui si ritrovi l'avvocato.

sta del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni», 1911, I, p. 103.

Mauro G. Smiroldo
Dottorando di ricerca nell'Università di Genova

AVVOCATI PER IL CLIMA E USO STRATEGICO DEL PROCESSO CIVILE

Sommario: 1. Ceto forense e cambiamento climatico. – 2. «Climate cause lawyers» nella «strategic litigation». – 3. Un profilo deontologico del difensore per il clima. – 4. Il panorama italiano.

1. *Ceto forense e cambiamento climatico.* — Il cambiamento climatico è ormai riconosciuto come uno fra i problemi più urgenti e complessi con i quali dovrà l'umanità misurarsi negli anni a venire [1]. Uno strumento decisivo in tal senso sarà – naturalmente – il diritto [2]. Nel novero dei diversi operatori giuridici, coinvolti in questo percorso, una prospettiva per lo più inedita, ma interessante, è quella offerta dall'avvocato. Già si parla di *climate lawyering* per compendiare, infatti, i vari ruoli

[1] Ai sensi dell'Accordo di Parigi del 2015 – ovvero il principale trattato internazionale stipulato in materia – consultabile in *Gazz. uff. Un. eur.*, serie L-282, 19 ottobre 2016, p. 4 ss., e spec. p. 4, i cambiamenti climatici rappresentano una «preoccupazione comune dell'umanità».

[2] Sul diritto climatico, inteso quale aspetto del più generale diritto ambientale, germinato dall'ordinamento internazionale e rimodulato poi a livello nazionale, cfr. *ex multis* D.A. Farber, M. Peeters, *The Emergence of Global Climate Law*, in *Climate Change Law*, a cura di D.A. Farber e M. Peeters, Cheltenham, 2016, p. 687 ss.; con riguardo, invece, al modo in cui il diritto climatico potrebbe mutare il diritto ambientale, cfr. C.P. Carlarne, *Climate Courage: Remaking Environmental Law*, in «Stanford Environmental Law Journal», 2022, vol. 41, p. 125 ss.

Quaderni di «Etica e giustizia», n. 1
L'avvocato e la giustizia, a cura di M. Gradi, Napoli, 2025

che il professionista può esercitare per affrontare la questione climatica (3).

Sostanzialmente, il *climate lawyering* indica l'esercizio della pratica legale, nel campo emergente del diritto del clima. Non si tratta, pertanto, di una disciplina autonoma, né di un *corpus* normativo *ad hoc*, ma di uno specifico settore di svolgimento della professione forense, maturato all'interno della medesima avvocatura: avendo sempre più associazioni professionali in tutto il mondo caldeggiato la necessità, per i legali, di adeguare la propria attività ai problemi posti dai cambiamenti climatici; dentro, come fuori dalla corte (4). Pur essendo presto divenuta oggetto di studio, da parte anche dell'accademia (5), tale materia riflette, perciò, il formarsi di orientamenti forgiati in larga misura dalla prassi, che rendono difficile il suo approfondimento teorico.

Il primo nodo da sciogliere in proposito riguarda chi effettivamente sia *climate lawyer*. È stato di recente affermato che tutti gli avvocati dovrebbero esserlo (6). E tuttavia, più in concreto,

(3) Cfr., per la prospettiva di un noto giudice specializzato ambientale australiano, B.J. Preston, *Climate Conscious Lawyering*, in «Australian Law Journal», 2021, vol. 95, p. 51 ss.; nella dottrina australiana, v. ancora V. Holmes, *Ethical lawyering in the Anthropocene*, in «Legal Ethics», 2023, vol. 26, p. 201 ss.; nella dottrina statunitense, M.B. Gerrard, *The Role of Lawyers in Decarbonizing Society*, in «Stanford Law Review Online», 2020, vol. 72, p. 112 ss.; C. Bustos, *Movement Lawyering in the Time of the Climate Crisis*, in «Pace Environmental Law Review», 2022, vol. 39, p. 1 ss.

(4) V., più analiticamente, il contributo di C. Liao, *Lawyers in a Warming World*, in «Alberta Law Review», 2024, vol. 62, p. 1 ss., spec. p. 8 ss., per una panoramica delle risoluzioni in tal senso emanate da *Law Societies*, *Bar Associations* e associazioni forensi in tutto il mondo.

(5) Si consideri il corso universitario di *Climate Lawyering* tenuto dal 2023 presso la *Law School* della *Harvard University* dal Prof. Richard J. Lazarus, giurista notoriamente versato nel campo del diritto ambientale. Per una indagine recente sull'evoluzione dell'insegnamento del diritto dei cambiamenti climatici, nelle *law schools* statunitensi, cfr., diffusamente, K.K. Smith, *Making Climate Lawyers: Climate Change in American Law Schools (1985-2020)*, Lawrence, 2024.

(6) È questa, in particolare, l'esortazione rivolta dall'ex Segretario di Stato statunitense John Kerry agli avvocati americani, in occasione della *General Assembly* dell'*American Bar Association* tenutasi a Chicago nel 2021, che molta risonanza ha avuto nella stampa internazionale.

il *climate lawyering* sembra – almeno nel momento presente – trovare applicazione circoscritta a particolari iniziative quali: la composizione di progetti legislativi e normative modello (7); la consulenza stragiudiziale per conto di enti privati; la gestione di controversie legali, volendo limitare i riferimenti ai più rilevanti ed escludendo le ulteriori attività di *advocacy*, formazione e ricerca, nonché il mero adeguamento dello studio professionale agli *standard* ambientali e climatici.

Stante la citata eterogeneità di ruoli che l'avvocato può ricoprire in relazione alla tutela del clima, ci si concentrerà qui sulla posizione del *climate lawyer*, nelle vesti di difensore attivo in giudizio di soggetti, che affermino lesi i propri diritti a causa del cambiamento climatico: nel quadro di azioni civili da lui strategicamente finalizzate al rafforzamento delle politiche pubbliche, come anche private sul controllo del clima. Più in specifico, si tenterà così di illustrare, in prospettiva comparata, la posizione deontologica peculiarmente assunta, in tali circostanze, dall'avvocato per il clima: inverando questo un profilo, assai evocativo, nel segnalare altresì il profondo mutamento in atto nel configurarsi della professione forense, ove impegnata nel diritto del clima (8). Un mutamento destinato a incidere sul tradizionale assetto dei doveri deontologici, con ripercussioni finanche sul modo di intendere il valore e la funzione del processo civile, nel complessivo sistema della giustizia.

2. *«Climate cause lawyers» nella «strategic litigation»*. — Poiché lo sfondo della ricerca è fornito dai contenziosi strategici sul

(7) V., emblematicamente, il *Model Statute for Proceedings Challenging Government Failure to Act on Climate Change*, pubblicato nel febbraio 2020 dall'*International Bar Association* per la predisposizione di norme – sia pure non vincolanti – che superino i principali ostacoli a cui vanno consuetamente incontro i contenziosi climatici verso Stati e altri enti pubblici.

(8) Come anticipato, il modificarsi del ruolo dell'avvocato, in relazione al diritto del clima, si avverte non solamente nell'ipotesi in cui costui assista la parte in sede giudiziale, ma anche in ambito stragiudiziale: tanto da potersi parlare, a questo riguardo, di «*holistic legal advice*», come autorevolmente B.J. Preston, *Climate Conscious Lawyering*, cit., spec. p. 52 ss.

cambiamento climatico (*strategic climate change litigation*), una definizione si impone.

La *climate change litigation* ha – ormai notoriamente – per oggetto questioni più o meno direttamente legate al clima e, in particolare, al cambiamento climatico ([9]). Sebbene una tale espressione ricomprenda controversie innovative, non tutte hanno però una portata tecnicamente strategica. Peraltro, riconoscere come strategica una lite appare operazione ardua. Ogni lite ha – infatti – una inevitabile componente strategica, muovendo dalle strategie predisposte dall'avvocato che assista la parte sostanziale in giudizio. E tuttavia, anche si riscontrano, nel multiforme panorama giudiziario, controversie tipicamente strategiche (*strategic litigation*), volte alla promozione di riforme sociali, istituzionali o propriamente giuridiche tramite il processo ([10]): ove gli avvocati dei querelanti,

[9] Cfr., nell'ambito di una dottrina ormai vasta, J. Peel, H.M. Osofsky, *Climate Change Litigation: Regulatory Pathways to Cleaner Energy*, Cambridge, 2015; B.J. Preston, *The Contribution of the Courts in Tackling Climate Change*, in «Journal of Environmental Law», 2016, vol. 28, p. 11 ss.; J. Peel, H.M. Osofsky, *A Rights Turn in Climate Change Litigation?*, in «Transnational Environmental Law», 2018, vol. 7, p. 37 ss.; gli scritti del volume *Climate Change Litigation: Global Perspectives*, a cura di I. Alogna, C. Bakker e J.-P. Gauci, Leiden, 2021; dal punto di vista della dottrina processualcivilistica italiana, cfr., *ex multis*, il contributo di E. D'Alessandro, Climate change litigation, *ovvero la nuova frontiera della tutela giurisdizionale: il processo come strumento per combattere i cambiamenti climatici*, in «Le pagine de l'Aula Civile», 2020, p. 51 ss.; C.V. Giabardo, *Climate Change Litigation, State Responsibility and the Role of Courts in the Global Regime: Towards a «Judicial Governance» of Climate Change?*, in *Environmental Loss and Damage in a Comparative Law Perspective*, a cura di B. Pozzo, V. Jacometti, Cambridge, 2021, p. 393 ss.; G. Ghinelli, *Le condizioni dell'azione nel contenzioso climatico: c'è un giudice per il clima?*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 2021, p. 1273 ss.; S. Vincre, A. Henke, *Il contenzioso «climatico»: problemi e prospettive*, in «BioLaw Journal», 2023, p. 137 ss.; R. Tiscini, *Contenzioso climatico e processo civile. Considerazioni a margine di alcune recenti pronunce*, in <www.judicium.it>, 3 dicembre 2024; e il volume *Reports & Essays on Climate Change Litigation*, a cura di E. D'Alessandro e D. Castagno, Torino, 2024.

[10] Come avverte autorevolmente per tutti, in tal senso, B. Hess, *Strategic Litigation: A New Phenomenon in Dispute Resolution*, in «MPILux Research Paper», 2022, p. 1 ss., spec. p. 4, la *strategic litigation*, da non confondersi come anticipato con la *litigation strategy* comune a tutte le liti, non appare fondarsi

sovente ricorrendo al collaterale impiego di vere e proprie campagne mediatiche (11), «usano» strategicamente il singolo *test-case* assistito, sollecitando l'attenzione dell'opinione pubblica su problemi sociali (12), al fine di lottare, attivamente, per il diritto e la sua evoluzione (13). Si parla, a questo proposito, di *movement* o *cause lawyering* per indicare l'azione strategicamente finalizzata dall'avvocato verso il più esteso progresso dell'ordinamento, anche per via giurisdizionale, nel contesto, appunto, di una *litigation* tecnicamente strategica (14). Facendo un esempio emblematico, nonché

su una definizione fissa, ma riflette sviluppi in concreto apprezzabili. Sul problema definitorio cfr., puntualmente, lo studio di M. Ramsden, K. Gledhill, *Defining Strategic Litigation*, in «Civil Justice Quarterly», 2019, vol. 38, p. 407 ss., a cui si rinvia anche per la segnalazione della varietà terminologica nel tempo invalsa (si considerino, fra le altre, le espressioni *test-case litigation*, *impact litigation*, *public interest litigation*, *public law litigation*, *law reform through litigation*, *institutional reform litigation*).

(11) È, infatti, comprensibilmente, questo il modo più efficace (benché non esente da rischi) per stimolare l'opinione pubblica e, via di questo passo, la società più in generale intesa. Cfr., a questo proposito, E. Rekosh, K.A. Buchko, V. Terzieva, *Pursuing the Public Interest: A Handbook for Legal Professionals and Activists*, New York, 2001, spec. p. 115 ss. e *passim*, a cui si rimanda anche per la caratterizzazione «narratologica» di tale aspetto. Per uno studio centrato invece sul contributo mediatico, in un noto contenzioso sul cambiamento climatico, ovvero l'ormai celebre *leading case* «Urgenda», che ha visto nel 2019 la Corte suprema d'Olanda dichiarare il governo nazionale responsabile per «inadempienza climatica», v. A. Wonneberger, R. Vliegenthart, *Agenda-Setting E ects of Climate Change Litigation: Interrelations Across Issue Levels, Media, and Politics in the Case of Urgenda Against the Dutch Government*, in «Environmental Communication», 2021, vol. 15, p. 699 ss.

(12) V., per uno studio ormai classico nella dottrina statunitense, circa la capacità delle corti di supportare il cambiamento sociale, D.L. Horowitz, *The Courts and Social Policy*, Washington D.C., 1977. Cfr., per una diversa prospettiva, l'altrettanto influente quanto dibattuto G.N. Rosenberg, *The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?*, Chicago, 1991.

(13) *Amplius*, S. Buckel, M. Pichl, C.A. Vestena, *Legal Struggles: A Social Theory Perspective on Strategic Litigation and Legal Mobilisation*, in «Social & Legal Studies», 2024, vol. 33, p. 21 ss.

(14) Cfr. C. Menkel-Meadow, *The Causes of Cause Lawyering: Toward an Understanding of the Motivation and Commitment of Social Justice Lawyers*, in *Cause Lawyering: Political Commitments and Professional Responsibilities*,

ricorrente nella cultura occidentale, è questo un approccio considerevolmente seguito negli Stati Uniti d'America dove – nell'ultimo secolo – superando il perimetro del singolo caso, esso ha potuto condurre alla revisione, per via giudiziaria, del preesistente assetto legislativo in numerose materie, a cominciare dalla desegregazione razziale negli istituti scolastici, avviata come del resto ben noto grazie a una celebre pronuncia della *Supreme Court* federale del 1954 (15). Per poi proseguire con la graduale implementazione dei diritti dei detenuti, degli altri diritti civili, del diritto alla salute, dell'ambiente e degli ecosistemi, *et coetera* (16).

Si tratta di una tattica legata a un contesto ordinamentale *litigious* (17) che pure – in latitudine comparata – non appare di certo costituire un *unicum*: manifestandosi in molteplici esperienze, anche non occidentali (18). Di evidente vantaggio per tutte quelle

a cura di A. Sarat, S.A. Scheingold, Oxford, 1998, p. 31 ss. e *passim*; gli scritti del volume *Cause Lawyers and Social Movements*, a cura di A. Sarat e S.A. Scheingold, Stanford, 2006; S.L. Cummings, *Movement Lawyering*, in «Indiana Journal of Global Legal Studies», vol. 27, 2020, p. 87 ss.; cfr. altresì, nella dottrina italiana, G. Arena, *Gli avvocati per il* public interest *negli Stati Uniti*, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», 1976, p. 707 ss.

(15) Il riferimento corre alla dirompente sentenza, emanata all'esito del caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954) che, scardinando la dottrina «*separate but equal*», dietro applicazione della clausola di eguale protezione contenuta nel XIV Emendamento della Costituzione federale, ha potuto rovesciare il precedente *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896). Sul caso e la sua eredità cfr., *ex plurimis*, M.V. Tushnet, *The Significance of Brown v. Board of Education*, in «Virginia Law Review», 1994, vol. 80, p. 173 ss.; e ancora Id., *Some Legacies of Brown v. Board of Education*, in «Virginia Law Review», 2004, vol. 90, p. 1693 ss.

(16) Cfr., diffusamente, le pagine di S.L. Cummings, D.L. Rhode, *Public Interest Litigation: Insights from Theory and Practice*, in «Fordham Urban Law Journal», 2009, vol. 36, p. 603 ss.

(17) Sulla «litigiosità» intesa quale tratto tipico dell'ordinamento statunitense, cfr. J.K. Lieberman, *The Litigious Society*, New York, 1981; P.M. Garry, *A Nation of Adversaries: How the Litigation Explosion is Reshaping America*, New York, 1997; W.K. Olson, *The Rule of Lawyers: How The New Litigation Elite Threatens America's Rule of Law*, New York, 2003; S. Farhang, *The Litigation State: Public Regulation and Private Lawsuits in the U.S.*, Princeton, 2010.

(18) Sulla circolazione del modello di *strategic litigation* – nella sua declinazione in particolare di *public interest litigation* – cfr. ampiamente, per la materia

materie che sono in grado di coinvolgere – e perciò segnare – estese fasce della popolazione, come nel caso della *climate change litigation*: all'interno della quale il *climate cause lawyer* ha la feconda opportunità di utilizzare il *test-case*, sottoposto all'attenzione del giudice, per colmare lacune o conseguire avanzamenti, in riferimento alla legislazione sul clima, di cui possano beneficiare più ampie comunità di soggetti, inclusi quelli maggiormente esposti ai ribaditi rischi indotti dall'aumento delle emissioni climalteranti, anche di là da venire, come le generazioni future [19].

Limitandoci a considerare, in questa sede, il contenzioso strategico climatico [20] di carattere civile, l'avvocato di parte attrice assume, in genere, un ruolo peculiare. Egli, infatti, oltre a difendere le ragioni del proprio assistito, è anche «attivista» in lotta

specifica dell'ambiente, J. Razzaque, *Public Interest Environmental Litigation in India, Pakistan and Bangladesh*, The Hague, 2004.

[19] Per una ricostruzione del concetto, v. A. D'Aloia, *Generazioni future (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, vol. IX, Milano, 2016, p. 331 ss.; per un esempio, invece, di contenzioso sul cambiamento climatico, che fa uso di questo argomento, si veda il caso statunitense «*Juliana*», per cui si rinvia a M.C. Blumm, M.C. Wood, *«No Ordinary Lawsuit»: Climate Change, Due Process and The Public Trust Doctrine*, in «American University Law Review», 2017, vol. 67, p. 1 ss.

[20] Per una panoramica evolutiva della *climate change litigation* strategica, v. anzi tutto il rapporto di J. Setzer, C. Higham, *Global Trends in Climate Change Litigation: 2024 Snapshot*, London, 2024, p. 22 ss.; in dottrina cfr., *ex plurimis*, J. Peel, R. Markey-Towler, *Recipe for Success? Lessons for Strategic Climate Litigation from the* Sharma*,* Neubauer*, and* Shell *Cases*, in «German Law Journal», 2021, vol. 22, p. 1484 ss.; B. Batros, T. Khan, *Thinking Strategically about Climate Litigation*, in *Litigating the Climate Emergency: How Human Rights, Courts, and Legal Mobilization Can Bolster Climate Action*, a cura di C. Rodríguez-Garavito, Cambridge, 2022, p. 97 ss.; per il punto di vista interno, cfr. A. Giordano, Climate change *e strumenti di tutela: verso la* public interest litigation?, in «Rivista italiana di diritto pubblico comunitario», 2020, p. 763 ss.; per la contrapposizione fra casi routinari e strategici, C.V. Giabardo, *Climate Change Litigation and Tort Law. Regulation through Litigation?*, in «Diritto e processo», 2020, p. 361 ss., spec. p. 362 ss.; S. Valaguzza, *Liti strategiche: il contenzioso climatico salverà il pianeta?*, in «Diritto processuale amministrativo», 2021, p. 293 ss.; A. Pisanò, *Elementi per una definizione dei contenziosi climatici «propriamente» strategici, movendo dal Global Climate Litigation Report: 2023 Status Review*, in «Politica del diritto», 2024, p. 3 ss.

verso una più equa giustizia climatica (21), utilizzando il *test-case* patrocinato in giudizio per stimolare un risultato più ampio.

Alla luce del ruolo ricoperto, il difensore strategico per il clima si trova pertanto in una condizione particolare, verso non solamente il proprio assistito, ma anche l'ordinamento giuridico. Costui acquista, infatti, una «doppia anima», che gli impone di contemperare gli interessi immediati e a breve termine del cliente con la necessità di tutelare il bene comune nel più lungo periodo. Il difensore appare così un quasi-*policymaker*: in quanto, anziché mero *ad-vocatus* passivo nella ricezione del mandato difensivo, ha un ruolo proattivo, a partire dalla prudente selezione del caso al proprio avviso idoneo a conseguire un determinato avanzamento nelle politiche climatiche (22).

La strategia in tutte queste circostanze non riguarda – dunque – come invece solitamente avviene, la pura e semplice strutturazione dell'attività difensiva; bensì la complessiva funzionalità dello strumento volta per volta adoperato, al variare dei prefissati obiettivi processuali, nonché extra-processuali.

Secondo la prassi comparata, il *climate lawyer* quale agente per il cambiamento deve possedere tanto la capacità di innovare all'interno del sistema – non potendo limitarsi a interpretare letteralmente le disponibili norme sostanziali – quanto quella di sviluppare percorsi argomentativi che non omettano le coordinate del contesto processuale in cui opera. Con la conseguenza di re-

(21) Sul richiamo alla «lotta per il diritto», nei termini resi internazionalmente noti dal grande giurista tedesco – R. VON JHERING, *Der Kampf um's Recht*, Wien, 1872 – nel contenzioso strategico per il clima, v. autorevolmente E. D'ALESSANDRO, *Judicial Remedies for Climate Change in Domestic Courts*, in «International Journal of Procedural Law», 2024, p. 3 ss., spec. p. 13 ss.

(22) J. PEEL, R. MARKEY-TOWLER, *Recipe for Success?*, cit., p. 1484 ss., spec. p. 1487 ss., indicano sei elementi nella costruzione strategica del caso da portare davanti al giudice, a partire dalla selezione dei ricorrenti per trasmettere un «messaggio» tramite il processo; proseguendo con il coinvolgimento di un *team* di comprovata esperienza; l'individuazione di convenuti in ritardo nell'adempimento degli obblighi climatici; il ricorso ad argomentazioni giuridiche aggiornate alle novità scientifiche; l'impiego di interpretazioni innovative da cui ricavare obblighi per il clima; la ricerca di rimedi in grado di conseguire un impatto oltre il caso di specie.

sponsabilizzarsi, oltre che nei confronti del suo cliente, anche verso la controparte e la giurisdizione: evitando di fare un utilizzo del processo che porti la sede giudiziale a diventare un agone politico ([23]). Un problema piuttosto rilevante, nel novero dei contenziosi sul cambiamento climatico, qualora la controparte sia un ente pubblico e, segnatamente, uno Stato ([24]).

Proprio analizzando, adesso più da vicino, la *climate change litigation* di tipo strategico, occorre segnalare, in seno alla figura del difensore giudizialmente attivo per la protezione del clima, due caratteri ulteriori a quelli già rilevati, in quanto comuni al resto dei contenziosi tipicamente strategici: i quali dipendono dalla particolare materia su cui poggiano i processi sul clima. Il primo è la portata internazionale e, perciò, globale del problema; il secondo concerne, invece, il carattere del tutto scientifico. In ordine al primo profilo vi è da dire che i contenziosi climatici costituiscono, a oggi, un prodotto emblematico della globalizzazione del diritto ([25]), che facilita come tale la creazione di veri e propri *network* legali – di livello per l'appunto internazionale ([26]) – con riguardo

([23]) È in questo contesto che si inserisce, in maniera significativa, l'intrecciato problema della tendenza verso l'avvertita «politicizzazione» delle corti, là dove esse affrontino temi sensibili. Ancora attuale, in proposito, il contributo di A. Chayes, *The Role of the Judge in Public Law Litigation*, in «Harvard Law Review», 1976, vol. 89, p. 1281 ss.; cfr., per una panoramica comparata, M. Cappelletti, *Governmental and Private Advocates for the Public Interest in Civil Litigation: A Comparative Study*, in «Michigan Law Review», 1975, vol. 73, p. 793 ss.

([24]) A oggi, la maggior parte dei contenziosi climatici, tanto pendenti come risolti, ha quale bersaglio proprio governi nazionali, accusati di violare i diritti dei cittadini incisi dai cambiamenti climatici, in mancanza di politiche seriamente attuate. Cfr., ancora, J. Setzer, C. Higham, *Global Trends in Climate Change Litigation: 2024 Snapshot*, cit., spec. p. 19, anche per il rilievo secondo cui appare, comunque, in ascesa il numero di iniziative contro enti privati.

([25]) Cfr. V. Jacometti, Climate change law *e* climate change litigation *tra diritto globale e diritto locale*, in *Chi resiste alla globalizzazione? Globalismi, regionalismi, nazionalismi nel diritto del XXI secolo*, a cura di M. Graziadei, M. Timoteo e A. Carpi, Bologna, 2023, p. 225 ss., a cui si rimanda altresì per l'estrinsecarsi, in proposito, di una dialettica che si potrebbe definire *glocal*.

([26]) Cfr. su questo, nel più generale contesto del modificarsi della professione forense, A. Dondi, *Realtà evolutiva della professione legale: sfide della*

ai quali sembrerebbe determinarsi, addirittura, un nuovo e significativo tipo di formante [27]. È questo un aspetto fondamentale nel definire la figura del difensore per il clima, anche in relazione all'opportunità di isolare *best practices*, comparativamente di ausilio per la qualificazione *in fieri* del suo ruolo. Sotto il secondo profilo, è certo che gli avvocati per il clima debbano costantemente confrontarsi con gli scienziati, attraverso un lessico il più possibile comune. Il cambiamento climatico configura, infatti, una questione profondamente tecnica, che richiede, da parte del professionista, una padronanza teorica quanto più solida dei retrostanti dati scientifici [28] per cui aggiornarsi e, così, affinare la propria competenza.

Il *climate lawyer* come vettore di cambiamento ricopre pertanto, in via definitiva, una posizione che gli impone di bilanciare i suoi doveri professionali nel rispetto degli assistiti, con una più estesa responsabilità sociale e ambientale. Come vedremo a breve, non senza riflessi sul piano deontologico.

3. *Un profilo deontologico del difensore per il clima*. — Sinteticamente illustrate le fondamentali peculiarità che il ruolo del

globalizzazione, «glocalizzazione» e adeguatezza degli standard professionali, in «Politica del diritto», 2008, p. 623 ss.

[27] Cfr., per la materia ambientale, S. Bagni, *La costruzione di un nuovo «eco-sistema giuridico» attraverso i formanti giudiziale e forense*, in «DPCE online», 2021, p. 1027 ss.; più in generale, S. Pitto, Public interest litigation *e contenzioso strategico nell'ordinamento italiano: profili critici e spunti dal diritto comparato*, in «DPCE online», 2021, p. 1061 ss., spec. p. 1065 ss.; sul concetto, F. Bilotta, *Il ruolo dell'Avvocatura nella produzione delle norme*, in «Cultura e diritti», 2012, p. 23 ss.; in prospettiva globale, M.R. Ferrarese, *Globalizzazione, comparazione e il ruolo dei giuristi privati: verso un nuovo formante giuridico?*, in *Trento e la comparazione giuridica: voci, esperienze, riflessioni. Dalla testimonianza di Rodolfo Sacco e Mauro Cappelletti*, a cura di L. Antoniolli, F. Cortese, E. Ioriatti e B. Marchetti, Trento, 2024, p. 65 ss.

[28] Nei contenziosi climatici risarcitori, si deve, per esempio, dimostrare il nesso di causalità fra la condotta del convenuto e il pregiudizio subito dal ricorrente, secondo le evidenze scientifiche maturate con riferimento alla *attribution science*. *Amplius*, in dottrina, C.V. Giabardo, *Climate Change Litigation and Tort Law*, cit., spec. p. 378 ss.

difensore strategico per il clima comporta, nel processo civile, occorre mostrarne ora le possibili implicazioni sul piano deontologico: generandosi diversi problemi di compatibilità con molti dei tradizionali principi in materia. Poiché inoltre l'azione contrasta, in tali ipotesi, con il modo «ordinario» di concepire le strutture processuali, oltre al rapporto dell'avvocato con il proprio cliente, anche si farà cenno al rapporto con l'ordinamento più in generale.

Si è più volte avuto modo di anticipare come la doppia anima del *climate lawyer*, giudizialmente attivo in difesa del clima, ponga il professionista nel centro esatto di una tensione polare, fra la difesa dell'interesse del suo assistito e il più esteso progresso dell'ordinamento giuridico. Non è detto, perciò, che l'interesse del cliente venga del tutto a coincidere con quello che l'avvocato si propone di realizzare attraverso il caso. Da questo angolo di visuale, nulla di nuovo accade tuttavia, in materia climatica, rispetto agli ulteriori contenziosi strategici; inclusi quelli ambientali: antesignani diretti – sia pure più modesti – delle liti climatiche in corso, ove sempre il problema è stato in fondo di modulare la tradizionale deontologia, a misura di cliente ([29]) in una più ampia direzione ([30]), in un tempo che annunciava già, per la professione forense, inevitabili segni di cambiamento comparativamente riscontrabili ([31]).

([29]) Sui problemi di etica legale, più in generale nell'ambito della giustizia ambientale negli Stati Uniti d'America, cfr. *ex plurimis* I.S. Russell, *Issues of Legal Ethics in the Practice of Environmental Law*, Chicago, 2003; I.S. Russell, J. Sum-Ping, *Issues of Legal Ethics in Environmental Justice Matters*, in *The Law of Environmental Justice: Theories and Procedures to Address Disproportionate Risks*, a cura di M.B. Gerrard, S.R. Foster, Chicago, 2008, p. 471 ss.

([30]) Cfr., per una sintesi più di recente, D. Nahmias, *The Changemaker Lawyer: Innovating the Legal Profession for Social Change*, in «California Law Review», 2018, vol. 106, p. 1335 ss.

([31]) Per un prospetto comparato del cambiamento che ha investito la professione nel secolo scorso, cfr. P. Comoglio, *Avvocatura e giudiziario come utenti tecnici del processo*, in A. Dondi, V. Ansanelli, P. Comoglio, *Processi civili in evoluzione: una prospettiva comparata*, Milano, 2018, p. 59 ss.; dal punto di vista dell'ordinamento statunitense cfr., in chiave evolutiva, E.W. Timberlake, *The Lawyer as an Officer of the Court*, in «Virginia Law Review», 1925, vol. 11, p. 263 ss.; D.P. Riley, *The Challenge of the New Lawyers: Public interest and*

Riprendendo il lessico statunitense – referente privilegiato dell'indagine, anche per l'evoluta qualificazione etica che l'avvocato riceve in quell'ordinamento ([32]) – il rapporto fra il difensore e il cliente viene, infatti, normalmente strutturato in un modo (del resto comune alla gran parte delle discipline deontologiche) identificabile come *client-centered* ([33]). Preminente deve essere, perciò, la tutela dell'assistito: faro del rapporto che vi deriva e di tutti i correlati doveri ([34]).

È questo un assetto se non incompatibile, quanto meno in contrasto con il *cause lawyering*, anche in materia climatica, apparendo quest'ultimo centrato sulla valorizzazione non solo ed esclusivamente dell'assistito, ma pure di un superiore obiettivo di giustizia climatica, attraverso il *test-case* sottoposto al giudice. Si evince, in specie, l'inadeguatezza dell'approccio *client-centered*

Private Clients, in «George Washington Law Review», 1970, vol. 38, p. 547 ss.; R.L. Rabin, *Lawyers for Social Change: Perspectives on Public Interest Law*, in «Stanford Law Review», 1976, vol. 28, p. 207 ss.; J.S. Auerbach, *Unequal Justice: Lawyers and Social Change in Modern America*, New York, 1976; R.L. Abel, *American Lawyers*, New York, 1989; D.L. Rhode, *In the Interests of Justice: Reforming the Legal Profession*, Oxford, 2000; A. Paterson, *Lawyers and the Public Good: Democracy in Action?*, Cambridge, 2012; D.L. Rhode, *The Trouble with Lawyers*, Oxford, 2015; B.H. Barton, *Glass Half Full: The Decline and Rebirth of the Legal Profession*, Oxford, 2015; per una prospettiva storica, v., ulteriormente, G.C. Hazard, A. Dondi, *A Short Historical Sketch of the Legal Profession*, in «Zeitschrift für Zivilprozess International», 2001, p. 205 ss.

([32]) Sul significato di «*ethical lawyer*» v., ancorché risalente nel tempo, lo studio condotto da G.C. Hazard, *Ethics in the Practice of Law*, New Haven, 1978, *passim*; cfr. A. Dondi, *Buona pratica della difesa in giudizio come* law of lawyering: *un breve riepilogo*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 2023, p. 1 ss.; Id., *Qualche rapida impressione sul Giudiziario statunitense in prospettiva di* legal ethics, in «DPCE online», 2023, p. 3221 ss.

([33]) Per il configurarsi statunitense del modello, cfr. R.D. Dinerstein, *Client-Centered Counseling: Reappraisal and Refinement*, in «Arizona Law Review», 1990, vol. 32, p. 501 ss.; in prospettiva storica, M.E. Frankel, *Partisan Justice*, New York, 1980; D. Luban, *Lawyers and Justice: An Ethical Study*, Princeton, 1988, anche per le implicazioni dovute alla concezione «*partisanship*» secondo cui l'avvocato si ponga – in evidenza – dalla parte del proprio assistito.

([34]) V., al riguardo, G.C Hazard, A. Dondi, *Legal Ethics: a Comparative Study*, Stanford, 2004, *passim*.

rispetto al contenzioso strategico, nella particolare ottica dei doveri deontologici di lealtà, indipendenza e riservatezza delle informazioni ottenute, salvo quanto si aggiungerà infine con speciale riferimento alla competenza.

Una precisazione ulteriore viene, tuttavia, qui imponendosi. Finora, si è infatti parlato – e ancora nel prosieguo si parlerà – al singolare astrattamente di cliente o assistito. Eppure, sovente accade, nell'ambito dei contenziosi strategici, tanto più nella materia del clima, che la parte attrice risulti costituita da una pluralità di soggetti: individuali come collettivi, a formare gruppi o vere e proprie classi, titolari di posizioni giuridiche omogenee o differenziate. Ciò che complica le cose, una volta di più, in relazione ai citati doveri deontologici, concepiti per controversie semplici e individuali, precedenti all'avvento di quella che è stata sintetizzata come «complessità processuale» ([35]).

Ora, è un dovere comparativamente – oltre che prevedibilmente – frequente quello per cui l'avvocato debba essere leale e, perciò, fedele al proprio assistito ([36]): agendo, come tale, unicamente nell'interesse specifico di quest'ultimo. Tale canone viene fondandosi sul rapporto di carattere apertamente fiduciario che intercorre fra l'avvocato e l'assistito. Secondo la sua attuale configurazione, esso non comporta, però, che l'avvocato agisca senza limiti. Al contrario si parla, oggi, di doppia fedeltà per indicare questa non solamente nei confronti del cliente, ma verso – anche – l'ordinamento giuridico ([37]).

([35]) V. *amplius*, per una indagine comparata, i saggi raccolti in *Elementi per una definizione di complessità processuale*, a cura di A. Dondi, Milano, 2011, a cui integralmente si rinvia.

([36]) V., sul dovere di lealtà, G.C. Hazard, A. Dondi, *Legal Ethics: a Comparative Study*, cit., spec. p. 170 ss.; in ottica statunitense, L. Ray Patterson, *Legal Ethics and the Lawyer's Duty of Loyalty*, in «Emory Law Journal», 1980, vol. 29, p. 909 ss.; W.T. Barker, *The «Hot Potato» Doctrine and the Model Rules of Professional Conduct: The Limits of a Lawyer's Duty of Loyalty*, in «Georgetown Journal of Legal Ethics», 2019, vol. 32, p. 327 ss.; ulteriormente, A. Dondi, *Lealtà e conflitto di interessi nella prospettiva delle dinamiche processuali: un sintetico raffronto comparato nel momento della complessità*, in «Il giusto processo civile», 2018, p. 681 ss.

([37]) Si tratta di una questione presente non solo alla dottrina italiana, bensì

Apparentemente, potrebbe sotto questo aspetto trovarsi un sostegno deontologico per il *cause lawyering*. Ma, a ben osservare, ciò sarebbe comunque ben poco di aiuto all'avvocatura «per il cambiamento» strategicamente impegnata nel consolidamento delle politiche sul clima tramite il processo. La doppia fedeltà viene, infatti, inserita entro una complessiva architettura deontologica ritagliata pur sempre sulla figura del cliente; il cui interesse potrebbe invero, nei contenziosi strategici sul cambiamento climatico, non esattamente coincidere con la strategia perseguita per l'ottenimento di una pronuncia più ambiziosa a partire dal *petitum*. Si pensi al caso pratico in cui l'avvocato, nell'assumere la difesa di un gruppo di soggetti, i quali affermino lesi i propri diritti a causa dell'inquinamento da polveri sottili, chieda che il giudice dichiari la responsabilità di un ente pubblico o privato, anziché condannare il medesimo al risarcimento economico dei danni sofferti dai ricorrenti.

Oltre che fedele verso il proprio assistito, l'avvocato deve anche essere indipendente. Il dovere di indipendenza è richiamato espressamente in numerose discipline ([38]), come nelle *Model Rules of Professional Conduct* statunitensi ([39]), che se ne occupano, segnatamente, nel novero della *Rule* 2.1 ([40]): nel già citato conte-

comune a molti ordinamenti. Cfr. per esempio, dalla prospettiva statunitense, l'indagine criticamente condotta da R. CLARK, *The Lawyer's Duty of Loyalty: To the Client or to the Institution?* in «Loyola University Chicago Law Journal», 1985, vol. 16, p. 459 ss.

[38] V., a questo proposito, di nuovo G.C. HAZARD, A. DONDI, *Legal Ethics*, cit., spec. p. 146 ss., a cui diffusamente si rinvia per una analisi in chiave comparata della *independence*. Ulteriormente cfr. lo studio svolto da G.C. HAZARD, *Per l'indipendenza professionale dell'avvocatura*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1997, p. 407 ss.

[39] Sulla genesi delle *Model Rules*, cfr. R.J. KUTAK, *Model Rules of Professional Conduct: Why Do We Need Them?*, in «Oklahoma Law Review», 1983, vol. 36, p. 311 ss.

[40] In ottemperanza alla quale, testualmente, *«[i]n representing a client, a lawyer shall exercise independent professional judgment and render candid advice. In rendering advice, a lawyer may refer not only to law but to other considerations such as moral, economic, social and political factors, that may be relevant to the client's situation*».

sto della fedeltà da mantenere nei confronti del cliente (41). Come potrebbe un avvocato essere leale, infatti, se non anche indipendente?

Sostanzialmente, il dovere di indipendenza si traduce nell'obbligo di prestare una consulenza il più possibile obiettiva e al riparo da conflitti di interessi. Si tratta di un tema acuitosi, nel dibattito statunitense, corrispondentemente all'evoluzione (in senso massivo) del processo (42), che ha reso il cliente un soggetto, per la verità, sempre più complesso e diversificato. Come suggerito con riferimento al canone d'indipendenza, il problema culmina in quello della ricerca della fonte rispetto alla quale dovrebbe l'avvocato risultare indipendente (43). Ora, in mezzo a molti centri di potere, più o meno storicamente legati a preoccupazioni contingenti – come, per esempio, l'ingerenza dello Stato nell'*adversarial system* ottocentesco per i Paesi di *common law* – uno in particolare (sebbene meno intuitivo) sarebbe rappresentato dall'avvocato stesso (*melius*: dalle sue opinioni e convinzioni personali) (44). In questo senso, si porrebbe per l'avvocato il dovere di mantenersi neutrale rispetto al merito della pretesa azionata in giudizio, non potendo con ciò intendersi la difesa tecnica alla stregua di un *endorsement*, come sempre rammentano le *Model Rules* statunitensi (45). Un discorso, questo, decisivo nel *cause lawyering*, dove l'avvocato è peraltro «spiritualmente» coinvolto nei valori della causa che si trovi a perorare; al punto – come affermato – non solo da non poterne, ma anche da non doverne fare a meno, nella

(41) Ancora, G.C. Hazard, A. Dondi, *Legal Ethics*, cit., spec. pp. 146-147.

(42) Sulla avvertita inadeguatezza sotto questo aspetto, ma anche più in generale, della disciplina di etica professionale contenuta nelle *Model Rules*, cfr. l'esame di N.J. Moore, *«Who Should Regulate Class Action Lawyers?»*, in «University of Illinois Law Review», 2003, p. 1477 ss.

(43) V., su questo punto, G.C. Hazard, A. Dondi, *Legal Ethics*, cit., spec. p. 147.

(44) Di nuovo, G.C. Hazard, A. Dondi, *Legal Ethics*, cit., spec. p. 147.

(45) Così proprio la lett. b della *Rule* 1.2, ove, testualmente, «*[a] lawyer's representation of a client, including representation by appointment, does not constitute an endorsement of the client's political, economic, social or moral views or activities*».

prospettiva di un risultato finale apprezzabile (46). In questo senso, l'impegno profuso dal *climate lawyer* nella causa per il clima potrebbe impedirgli di rappresentare indipendentemente il cliente. Un avvocato motivato a promuovere un contenzioso climatico strategico potrebbe optare, infatti, per soluzioni argomentative non necessariamente le migliori per la parte sostanziale assistita, ove interferissero sue opinioni personali o pressioni esterne. Nel *climate lawyering* gli sforzi del difensore per l'azione climatica potrebbero quindi influenzarne la capacità di prestare una consulenza imparziale, portandolo a favorire soluzioni utili sì alle ragioni sociali della controversia, ma non nel migliore interesse del cliente. Un bilanciamento sembrerebbe imporsi, dunque, per scongiurare il rischio di una «strumentalizzazione» del particolare caso riguardante l'assistito, per il conseguimento di interessi personali oppure la promozione di agende politico-ideologiche.

Un altro elemento è fornito dal rischio di caldeggiare strategie che potrebbero entrare in contrasto con il dovere di riservatezza, potendo l'avvocato utilizzare le informazioni, ottenute dal suo cliente, per rafforzare le ragioni sociali della causa o direttamente influenzare l'opinione pubblica, in questo modo violando l'obbligo di mantenere segrete le «notizie» che egli abbia appreso in occasione del rapporto professionale instaurato (47). È questo un problema cruciale per i contenziosi strategici, specialmente in epoca di *social networking* (48). Come anticipato, il contenzioso strategico ha, infatti, una forte componente mediatica e perciò

(46) Così J.N. Battle, *Cause Lawyering: An Abandonment of ABA Principles for the Greater Good*, in «Georgetown Journal of Legal Ethics», 2016, vol. 29, p. 775 ss., spec. p. 781 ss.

(47) Per una analisi comparatistica circa il canone di *confidentiality*, anche inteso quale corollario del canone di lealtà, v. G.C. Hazard, A. Dondi, *Legal Ethics*, cit., spec. p. 204 ss.; nella prospettiva dell'ordinamento statunitense, cfr. M. Radin, *The Privilege of Confidential Communication Between Lawyer and Client*, in «California Law Review», 1928, vol. 16, p. 487 ss.; C. Fried, *The Lawyer as Friend: The Moral Foundations of the Lawyer-Client Relation*, in «Yale Law Journal», 1976, vol. 85, p. 1060 ss.; W.D. Popkin, *Client-Lawyer Confidentiality*, in «Texas Law Review», 1981, vol. 59, p. 755 ss.; J. Basten, *Control and the Lawyer-Client Relationship*, in «Journal of Legal Profession», 1981, vol. 6, p. 7 ss.

(48) Cfr., per un riferimento di carattere generale nella dottrina statunitense,

narrativa, neppure estranea al diritto ambientale (49). Proprio tale elemento, nella società dei *media* qual è la nostra, renderebbe agevole, per il difensore, pubblicizzare l'iniziativa giudiziaria: la quale trarrebbe forza dal fatto che terzi ne vengano a conoscenza per interessarvisi. Un tale argomento, non a caso richiamato in modo esplicito dalla normativa contenuta nelle *Model Rules* americane con riguardo ai mezzi di comunicazione di massa (50), anche è determinante nel *cause lawyering*: colorandosi, nella specifica materia del clima, di un aspetto ulteriore, legato tanto all'urgenza, quanto all'interesse globale del problema, che non ricorre – identicamente – nelle altre cause strategiche sui diritti umani.

Come già affermato, un discorso diverso merita il tema della competenza (51). Tale dovere informa di sé l'intero rapporto esistente fra avvocato e cliente. Non fosse altro che per la natura professionale che ha il mandato. È perciò chiara la sua collocazione preminente nel novero dei sistemi di etica legale. Ciò appare ancor più significativo con riguardo a materie esplicitamente tecnico-specialistiche, come la climatica, ove sono in gioco conoscenze ulteriori a quelle giuridiche: che richiedono, per il professionista,

S.C. Bennett, *Ethics of Lawyer Social Networking*, in «Albany Law Review», 2009, vol. 73, p. 113 ss.

(49) Per la prospettiva narratologica nella *climate litigation* strategica, cfr., oltre ai riferimenti indicati alla nota 11, G. Nosek, *Climate Change Litigation and Narrative: How to Use Litigation to Tell Compelling Climate Stories*, in «William & Mary Environmental Law and Policy Review», 2018, vol. 42, p. 733 ss.; A. Wonneberger, *Climate Change Litigation in the News: Litigation as Public Campaigning Tool to Legitimize Climate-related Responsibilities and Solutions*, in «Social Movement Studies», 2024, vol. 23, p. 94 ss.; più in generale sulla componente narrativa del diritto dell'ambiente, C. Hilson, *The Role of Narrative in Environmental Law: The Nature of Tales and Tales of Nature*, in «Journal of Environmental Law», 2022, vol. 34, p. 1 ss.

(50) V., precisamente, la lett. a della *Rule* 3.6, in materia di *trial publicity*, secondo la quale l'avvocato deve astenersi dal pubblicizzare la causa da lui patrocinata: «*[a] lawyer who is participating or has participated in the investigation or litigation of a matter shall not make an extrajudicial statement that the lawyer knows or reasonably should know will be disseminated by means of public communication and will have a substantial likelihood of materially prejudicing an adjudicative proceeding in the matter*».

(51) Ancora, G.C. Hazard, A. Dondi, *Legal Ethics*, cit., spec. p. 109 ss.

un costante, come anche diligente aggiornamento professionale. Ciononostante, il dovere di competenza dovrebbe, nella *litigation* climatica, prescindere dal suo configurarsi in termini più o meno strategici. Posta la configurazione scientifica dei contenziosi sul cambiamento climatico, il dovere di competenza sembra doversi, infatti, più in generale ricalibrare: non solo, dunque, nei contenziosi strategicamente preordinati all'implementazione delle politiche sul clima per mezzo del processo ([52]). Con la precisazione che – volendo comunque rilevare una peculiarità in tali casi – potrebbe sempre indicarsi il problema, per l'avvocato, di adoperare gli strumenti legali nel rispetto dell'interesse assistito tecnicamente più idonei a suscitare una sentenza di maggiore portata. Il che dipenderà – peraltro – dagli strumenti messi a disposizione dall'ordinamento, nel cui perimetro si trovi il difensore a operare.

Veniamo – di questo passo – al profilo riguardante il rapporto dell'avvocato con il complessivo ordinamento. Anche il *cause lawyer* per il clima si trova in una situazione di responsabilità verso la controparte e, in generale, il corretto esercizio della giurisdizione, nel quadro del diritto del singolo Stato di riferimento. Si colloca, in tale scenario, l'esigenza di evitare dinamiche abusive. Questo perché labile è il confine fra uso strategico e abuso del processo, per cui è astrattamente possibile che un uso strategico sia ritenuto abusivo ([53]).

Come è nella sua definizione, il processo civile concreta un luogo di scontro fra parti private per la risoluzione di controversie che hanno per oggetto la tutela di interessi privati. Pur essendo negli ultimi anni andato incontro a una evoluzione in senso «sociale», apprezzabile altresì in prospettiva comparata ([54]) e che

([52]) Per una analisi, neppure limitata alla sede giudiziale in rilievo v., diffusamente in dottrina, J.C. DERNBACH, I.S. RUSSELL, M. BOGOSHIAN, *The Lawyer's Duty of Competence in a Climate-Imperiled World*, in «University of Missouri-Kansas City Law Review», 2024, vol. 92, p. 859 ss.

([53]) Cfr. B. HESS, *Strategic Litigation*, cit., spec. p. 31 s., ove la *strategic litigation*, oltre ad avere implicazioni sul piano sostanziale e processuale delle tutele, solleva interrogativi profondi sulla portata del giudiziario nelle società odierne.

([54]) V., *ex multis*, M. CAPPELLETTI, *Social and Political Aspects of Civil Procedure: Reforms and Trends in Western and Eastern Europe*, in «Michigan Law Re-

potrebbe, in linea teorica, favorire la possibilità di utilizzare lo strumento processuale per il bene comune, permarrebbe, quindi, il rischio di manovre abusive.

Si tratta di una questione percepita non solamente in area occidentale, ma anche in esperienze lontane, come quelle orientali. Fra gli ordinamenti che vantano una significativa storia di *public interest litigation*, essa è stata, infatti, del tutto avvertita nel peculiare contesto dell'ordinamento giuridico indiano, che fa un uso esteso di tale contenzioso, anche per la materia ambientale e sembra, pertanto, costituire un referente comparato destinato a formare in futuro – per i citati profili – un assai promettente oggetto di studi ([55]). Qui molto semplificando, il problema che si è posto al riguardo nella giurisprudenza indiana è stato che, in taluni casi giudiziari tipicamente strategici, si sia potuto riscontrare un elevato tasso di «politicizzazione» dell'agenda del difensore, che ha caricato le corti di contenzioso non necessario, frivolo o comunque non sempre motivato da ponderate esigenze di giustizia ([56]).

view», 1971, vol. 69, p. 847 ss., al quale integralmente si rimanda anche per gli opportuni ragguagli sociopolitici. Sul concetto di *public interest*, cfr. altresì V. Langer, *Public Interest in Civil Law, Socialist Law, and Common Law Systems: the Role of the Public Prosecutor*, in «American Journal of Comparative Law», 1988, vol. 36, p. 279 ss. Sulla funzione sociale del processo civile, influenzata, come noto, dalle riforme realizzate in Austria alla fine del XIX secolo dal politico e giurista Franz Klein, A. Carratta, *La «funzione sociale» del processo civile, fra XX e XXI secolo*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 2017, p. 579 ss.; nel quadro del principio costituzionale di uguaglianza sostanziale, R. Tiscini, *Funzione sociale del processo civile e uguaglianza sostanziale*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 2024, p. 601 ss.

([55]) Sul generale evolversi della *climate litigation* indiana, E. Chaturvedi, *Climate Change Litigation: Indian Perspective*, in «German Law Journal», 2021, vol. 22, p. 1459 ss.; *amplius*, sulla *environmental public interest litigation*, A. Dias, *Judicial Activism in the Development and Enforcement of Environmental Law: Some Comparative Insights from the Indian Experience*, in «Journal of Environmental Law», 1994, vol. 6, p. 243 ss.; in una originale prospettiva di comparazione con l'ordinamento sudafricano, F. Du Bois, *«Well-being» and «the Common Man»: A Critical Look at Public Interest Environmental Law in South Africa and India*, in *Public Interest Perspectives in Environmental Law*, a cura di D. Robinson, J. Dunkley, London, 1995, p. 135 ss.

([56]) V., per un riferimento, V. Sharan, K. Jain, *Public Interest Litigation: An*

Alla luce della sintetica analisi comparata svolta, il *climate lawyering* strategico sembra sfidare alcuni fra i più rilevanti principi deontologici tradizionali. L'avvocato impegnato in controversie civili sul clima opera, infatti, al crocevia fra fedeltà alla parte e impegno verso la giustizia ambientale, affrontando dilemmi etici che richiedono un adattamento delle norme esistenti.

In questo contesto, è essenziale che gli avvocati sviluppino consapevolezza critica in ordine alle tensioni esistenti fra doveri deontologici e nuove responsabilità nel *climate lawyering*, per assicurare che la loro pratica sia eticamente giustificabile, come anche efficace nel promuovere un futuro sostenibile. La necessità di bilanciare giustizia climatica e doveri di lealtà, indipendenza e riservatezza rimane, dunque, un tema centrale nel dibattito di etica legale ([57]).

4. *Il panorama italiano*. — Venendo all'ordinamento interno può osservarsi, già negli ultimi decenni, un aumento di casi civili strategici ([58]) anche legati all'ambiente e, in specifico, al clima. Si consideri, in ultimo a questo proposito, l'azione «Giudizio universale» che il Tribunale di Roma ha, tuttavia, il 26 febbraio 2024 respinto in primo grado, per difetto assoluto di giurisdizione con riguardo alle domande principali, mancando nel sistema nazionale – sempre secondo la motivazione della Corte – una norma sostanziale idonea per la tutela civile del clima ([59]).

Orbene, nell'ordinamento italiano, il contenzioso civile strate-

Abused Jurisprudence, in «International Journal of Law Management & Humanities», 2020, vol. 3, p. 743 ss.

[57] V. più in generale in questo senso, nella dottrina statunitense, il già menzionato J.N. Battle, *Cause Lawyering: An Abandonment of ABA Principles for the Greater Good*, cit., p. 775 ss.

[58] V., introduttivamente, l'ampia indagine svolta da A. Pisanò, *Crisi della legge e* litigation strategy*: corti, diritti e bioetica*, Milano, 2016, a cui integralmente conviene qui fare rinvio.

[59] Sull'azione in discorso, rivolta da un variegato gruppo di ricorrenti contro il governo italiano, prima nel suo genere, cfr. C.V. Giabardo, *Qualche annotazione comparata sulla pronuncia di inammissibilità per difetto assoluto di giurisdizione nel primo caso di* Climate Change Litigation *in Italia (in nota a Trib. Roma 6 marzo 2024)*, in <www.giustiziainsieme.it>, 29 aprile 2024.

gico sul cambiamento climatico solleva questioni, anche deontologicamente rilevanti, simili a quelle che si riscontrano in prospettiva comparata, peraltro collocabili in uno scenario normativo e culturale che si può, in estrema sintesi, segnalare come certamente non predisposto alla realizzazione di obiettivi sociali, istituzionali e giuridici di più estesa portata, attraverso un uso strettamente «proattivo» della procedura civile. Sebbene il *climate lawyering* cominci, anche nell'ordinamento nazionale, a trovare riferimenti regolativi ([60]), il suo evolversi (almeno in sede strategica) potrebbe quindi rallentare in mancanza di riforme legislative che canalizzino, in modo appropriato, la nuova «energia» di derivazione internazionale che si agita in seno al ceto forense.

Più in particolare dal punto di vista deontologico, ancora una volta sorgerebbe, in linea di massima, il problema della non immediata compatibilità del codice deontologico forense del 2014 ([61]) con l'azione giudiziaria strategicamente finalizzata dal *climate cause lawyer* a un certo rafforzamento delle politiche sul clima tramite il processo: sotto il già segnalato profilo duplice del rapporto sia con la parte, che con l'ordinamento in generale considerato.

Sotto il primo profilo, poco di innovativo a quanto detto sembra doversi aggiungere. Poiché fondata su di una logica *client-centered*, la tradizionale deontologia appare, infatti, anche nell'ordinamento italiano, difficilmente compatibile con il *cause lawyering* strategico per il clima. Come si è tentato di illustrare nel paragrafo

([60]) V. la Risoluzione non vincolante dal titolo *Climate Change*, firmata dal Consiglio nazionale forense italiano il 17 maggio 2021, in occasione del Gruppo dei Sette (G7), fra le altre citate nel già menzionato studio di C. Liao, *Lawyers in a Warming World*, cit., p. 8 ss., spec. p. 9.

([61]) Il Codice deontologico forense sancisce la massima parte della disciplina di etica forense alla quale deve l'avvocato italiano attenersi nell'esercizio della professione. Cfr. in merito G. Scarselli, *Brevi osservazioni sul nuovo codice deontologico forense*, in «Il foro italiano», 2014, V, c. 245 ss.; R. Danovi, *Il diritto degli altri: storia della deontologia*, Milano, 2022, spec. p. 299 ss. e *passim*. Più in generale, G. Alpa, *Etica e responsabilità: principi fondamentali della deontologia forense e società civile in Italia*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 2011, p. 91 ss.; in prospettiva storico-giuridica, R. Bianchi Riva, *Verso il codice deontologico forense: l'autonomia dell'avvocatura nell'Italia repubblicana*, in «Historia et Ius», 2020, vol. 17, p. 1 ss.

che precede, il difensore strategico per il clima, per il ruolo che si troverebbe ad assolvere nel processo, sarebbe pur sempre tenuto, infatti, al rigoroso rispetto di doveri deontologici, costruiti su misura del cliente, non agevolmente conciliabili con l'obiettivo di ottenere un progresso nella legislazione mediante strategie che spingano il caso di specie oltre i suoi limiti.

Segnatamente, nell'ordinamento italiano occorre, più in specifico, richiamare i principi contenuti nel codice deontologico forense, relativamente ai doveri di lealtà e fedeltà, di indipendenza, nonché quello di evitare conflitti di interessi, al dovere di riservatezza, come la non-strumentalizzazione del proprio cliente, per scopi personali o ideologici, nella cornice della norma processualmente rilevante sancita dall'art. 88 cod. proc. civ. (62).

Come si ricava dal testo dell'art. 9 cod. deont. for., l'avvocato deve – anzi tutto – esercitare la professione secondo probità, dignità, decoro e indipendenza, nell'interesse naturalmente del proprio assistito (63): al quale deve rimanere fedele, in ossequio

(62) Non potendo affrontare i vasti problemi suscitati da lealtà e probità nel processo civile, cfr. *ex plurimis*, anche dall'angolazione del dibattuto dovere (o obbligo) di verità, G. Calogero, *Probità, lealtà, veridicità nel processo civile*, in «Rivista di diritto processuale civile», 1939, I, p. 129 ss.; C. Mandrioli, *Dei doveri delle parti e dei difensori*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da E. Allorio, vol. I, Torino, 1973, p. 959 ss.; C. Giovannucci Orlandi, *Sul dovere di lealtà e probità dei difensori nel processo civile e nella legge professionale forense*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1974, p. 257 ss.; S. Chiarloni, *Processo civile e verità*, in «Questione giustizia», 1987, p. 504 ss.; L.P. Comoglio, *Regole deontologiche e doveri di verità nel processo*, in «Nuova giurisprudenza civile commentata», 1998, II, p. 128 ss.; G. Scarselli, *Lealtà e probità nel compimento degli atti processuali*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1998, p. 91 ss.; A. Carratta, *Dovere di verità e completezza nel processo civile*, I, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 2014, p. 47 ss.; Id., *Dovere di verità e completezza nel processo civile*, II, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 2014, p. 491 ss.; M. Gradi, *L'obbligo di verità delle parti*, Torino, 2018; del medesimo autore, Id., *Sincerità dei litiganti ed etica della narrazione nel processo civile*, in «Lo Sguardo: rivista di Filosofia», 2012, vol. 8, p. 95 ss.

(63) In particolare, il comma 1 ricorda, esattamente, che «[l]'avvocato deve esercitare l'attività professionale con indipendenza, lealtà, correttezza, probità, dignità, decoro, diligenza e competenza, tenendo conto del rilievo costituzionale e sociale della difesa, rispettando i principi della corretta e leale concorrenza».

all'art. 10 (64), avendo il rapporto professionale, ai sensi dell'art. 11, carattere fiduciario (65).

Cruciale è, ancora, il dovere di evitare conflitti di interessi, esemplificato nell'art. 24, a garanzia d'obiettività dell'azione difensiva intrapresa in giudizio (66).

Quanto al dovere di segretezza e di riservatezza negli scambi con l'assistito, fulcro è l'art. 13 (67). A esso si legano tanto il riserbo e il segreto professionale di cui all'art. 28 (68), quanto una

Cfr., per un commento della norma, R. Danovi, *Il nuovo codice deontologico forense: commentario*, Milano, 2014, p. 108 ss.; *amplius*, G. Colavitti, *Indipendenza dell'avvocato e diritto costituzionale*, in «Cultura e diritti», 2016, p. 23 ss.

(64) «L'avvocato deve adempiere fedelmente il mandato ricevuto, svolgendo la propria attività a tutela dell'interesse della parte assistita e nel rispetto del rilievo costituzionale e sociale della difesa». Cfr., ancora, R. Danovi, *Il nuovo codice deontologico forense*, cit., p. 112 ss.

(65) Così il comma 2: «[i]l rapporto con il cliente e con la parte assistita è fondato sulla fiducia».

(66) Evocativi i commi 1 e 2, ai sensi dei quali, rispettivamente, «[l]'avvocato deve astenersi dal prestare attività professionale quando questa possa determinare un conflitto con gli interessi della parte assistita e del cliente o interferire con lo svolgimento di altro incarico anche non professionale» e – ancora – «[l]'avvocato nell'esercizio dell'attività professionale deve conservare la propria indipendenza e difendere la propria libertà da pressioni o condizionamenti di ogni genere, anche correlati a interessi riguardanti la propria sfera personale». Su tali disposizioni, R. Danovi, *Il nuovo codice deontologico forense*, cit., p. 167 ss.; più in generale in materia, v. L. Crotti, *Il conflitto di interessi nell'attività dell'avvocato*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 2021, p. 203 ss.; ulteriormente, M. Bina, *La felicità dell'avvocato: diritto forense e processo civile*, Torino, 2024, p. 133 ss.

(67) «[L]'avvocato è tenuto, nell'interesse del cliente e della parte assistita, alla rigorosa osservanza del segreto professionale e al massimo riserbo su fatti e circostanze in qualsiasi modo apprese nell'attività di rappresentanza e assistenza in giudizio, nonché nello svolgimento dell'attività di consulenza legale e di assistenza stragiudiziale e comunque per ragioni professionali». Cfr., nuovamente, R. Danovi, *Il nuovo codice deontologico forense*, cit., p. 121 ss.; M. Bina, *La felicità dell'avvocato*, cit., p. 189 ss.

(68) Cfr., *amplius*, R. Danovi, *Il nuovo codice deontologico forense*, cit., p. 195 ss.; in una prospettiva di comparazione giuridica, ancora, A. Dondi, *Segreti ed etica dell'avvocatura: rilievi minimi in tema di* law of lawyering *e* attorney-client privilege, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 2009, p. 651 ss.; M. Bina, *Il segreto professionale dell'avvocato e il dovere di riserva-*

doverosa cautela nelle relazioni con la stampa ai sensi dell'art. 18 ([69]): premesso sempre che il mandato debba svolgersi anche nell'ordinamento italiano – e come altrimenti potrebbe essere – secondo la diligenza, richiesta dall'art. 12, nel contesto del dovere di competenza, esemplificato nel dispositivo dell'art. 14, insieme a cui richiamare, ulteriormente, il dovere di aggiornamento professionale e di formazione continua stabilito dal successivo art. 15 ([70]).

Senza ripetersi su questioni che rimangono quelle comparativamente rilevate tale sintetica rassegna, per quanto invero illustrativa, ancora una volta evoca la difficoltà, anche per l'avvocato italiano, di orientare strategicamente una causa civile oltre l'interesse particolare della parte assistita verso una più ampia giustizia climatica, mediante il conflitto processuale sollevato.

Un elemento ulteriore, che soltanto in parte esula dalle considerazioni avviate in queste pagine – ma che è opportuno segnalare, specie nella prospettiva interna – consiste nell'ipotesi, collaterale al *climate cause lawyering*, in cui sia il cliente a perseguire, *in toto*, una volontà strategica, come nel caso di un'associazione particolarmente attiva per la difesa dei diritti umani. In tale circostanza, l'apparato centrato sul cliente della disciplina deontologica, su cui si è finora qui insistito, non verrebbe, infatti, pregiudicato. Rimarrebbero, tuttavia, gli obblighi che l'avvocato ha, nell'esercizio della professione, verso l'ordinamento: con il limite di evitare un utilizzo abusivo dello strumento processuale, dovendo ricondurre

tezza: etica e processo, in «Il giusto processo civile», 2020, p. 1221 ss.; ID., *La felicità dell'avvocato*, cit., spec. p. 209 ss.

([69]) V., spec., il comma 1, secondo cui «[n]ei rapporti con gli organi di informazione l'avvocato deve ispirarsi a criteri di equilibrio e misura, nel rispetto dei doveri di discrezione e riservatezza; con il consenso della parte assistita, e nell'esclusivo interesse di quest'ultima, può fornire agli organi di informazione notizie purché non coperte dal segreto di indagine». Cfr., diffusamente, R. DANOVI, *Il nuovo codice deontologico forense*, cit., p. 140 ss.

([70]) Per l'analisi di tali norme v. ancora, in dottrina, R. DANOVI, *Il nuovo codice deontologico forense*, cit., spec. p. 119 ss. (sul dovere di diligenza), p. 125 ss. (sul dovere di competenza), p. 127 ss. (sul dovere di aggiornamento professionale e di formazione continua).

l'iniziativa del cliente nelle maglie della corretta compartecipazione all'amministrazione della giustizia.

E veniamo, così, al problema riguardante il rapporto dell'avvocato con l'ordinamento. Per quanto concerne l'utilizzo in sé stesso dello strumento processuale e la relazione che il difensore intratterrebbe con l'ordinamento, la questione appare ardua, poiché come anticipato quello italiano non è un sistema giuridico predisposto ad accogliere, entro il proprio perimetro, contenziosi civili strategici. Si possono qui segnalare, come indici sintomatici di tale impreparazione sistemica: la forza generalmente non vincolante del precedente giudiziario; la sporadicità di un approccio clinico al diritto; l'assenza di una legittimazione popolare del giudice; ma, più di tutte, l'arretratezza delle forme collettive e diffuse di tutela delle posizioni giuridiche (71).

Stando così le cose, potrebbe accadere, pertanto, che i contenziosi strategici, specie se meramente pubblicitari, si traducano in puro *procedural marketing*, determinando un profilo patologico di abuso del processo (72). Segnatamente, il tema

(71) V., *amplius*, M. Barbera, *Perché non abbiamo avuto un caso* Brown*: il ruolo delle cliniche legali nelle strategie di* public interest litigation, in «Questione giustizia», 2019, p. 78 ss.; cfr. M. Magistà, Public interest litigation*: origini e prospettive*, in «Rivista AIC», 2019, p. 83 ss.

(72) Senza entrare nel merito della complessa vicenda dell'abuso del processo, v. *ex plurimis* G. De Stefano, *Note sull'abuso del processo*, in «Rivista di diritto processuale», 1964, p. 582 ss.; M. Taruffo, *Elementi per una definizione di abuso del processo*, in *Diritto privato*, vol. III, *L'abuso del diritto*, Padova, 1997, p. 435 ss.; F. Cordopatri, *L'abuso del processo*, 2 voll., Padova, 2000; M.F. Ghirga, *La meritevolezza della tutela richiesta: contributo allo studio sull'abuso dell'azione giudiziale*, Milano, 2004; G. Nicotina, *L'abuso nel processo civile*, Roma, 2005; V. Ansanelli, *Abuso del processo*, in *Digesto, discipline privatistiche, sezione civile*, Agg., I, Torino, 2007, p. 1 ss.; L.P. Comoglio, *Abuso del processo e garanzie costituzionali*, in «Rivista di diritto processuale», 2008, p. 319 ss.; U. Perfetti, *Abuso del diritto, abuso del processo, deontologia*, in «Rassegna forense», 2008, p. 831 ss.; A. Dondi, *Abuso del processo (diritto processuale civile)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, vol. III, Milano, 2010, p. 1 ss.; C. Consolo, *Note necessariamente divaganti quanto all'«abuso sanzionabile del processo» e all'«abuso del diritto come argomento»*, in «Rivista di diritto processuale», 2012, p. 1284 ss.; M.F. Ghirga, *Abuso del processo e sanzioni*, Milano, 2012; G. Scarselli, *Sul c.d. abuso del processo*, in «Rivista di diritto processuale»,

dell'abuso processuale in ottica strategica (73) si declinerebbe, in questo caso, nella eventualità di un uso politico del processo. Il contenzioso strategico potrebbe essere percepito, infatti, come un tentativo di sfruttare il sistema giudiziario per scopi che oltrepassino la protezione degli interessi specifici dei clienti – come la promozione simbolica di agende ideologiche – utilizzando gli attrezzi della procedura non tanto per tutelare effettivamente un diritto che si reputi violato, quanto per ottenere visibilità mediatica o giungere semplicemente a influenzare il dibattito e le politiche pubbliche: in un frangente storico che vede, fra l'altro, la giustizia interna afflitta da lungaggini processuali (74) e, perciò, la preferenza del ricorso a forme di *alternative dispute resolution* (75).

2012, p. 1450 ss.; M. Taruffo, *L'abuso del processo: profili generali*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 2012, p. 117 ss.; M.F Ghirga, *Recenti sviluppi giurisprudenziali e normativi in tema di abuso del processo*, in «Rivista di diritto processuale», 2015, p. 445 ss.; A. Dondi, *Qualche cenno all'abuso del processo civile con sintetici richiami alla singolarità del dibattito italiano*, in «Il giusto processo civile», 2021, p. 1 ss.

(73) Per una indagine recente sull'abuso processuale relativamente alla *strategic litigation*, sotto il particolare versante della attività *pro bono* del difensore, cfr. P. Comoglio, *Il processo come fenomeno economico di massa: problemi di finanziamento e di remunerazione delle controversie civili*, Torino, 2022, p. 176 ss., spec. p. 181 ss., a cui si rinvia anche per la necessità di adeguamento della disciplina deontologica italiana ai nuovi bisogni sociali.

(74) La giustizia civile italiana è affetta da una cronica lentezza, con tempi medi di risoluzione delle controversie che superano gli *standard* europei. Questa situazione può favorire il determinarsi di un clima di sfiducia nei confronti del giudiziario, influendo su percezione e gestione dei contenziosi strategici. Sullo stato di crisi della giustizia civile, nell'ottica efficientista dell'ultima riforma processuale v., per tutti, L. Querzola, *Ultime riforme in vista dell'efficienza del processo civile in Italia*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 2024, p. 237 ss.; più in generale sull'intervento riformatore, P. Biavati, *La riforma del processo civile: motivazioni e limiti*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 2022, p. 45 ss.

(75) È interessante notare come il proliferare degli strumenti di risoluzione della lite alternativi al processo derivi, analogamente al contenzioso strategico, dall'esperienza statunitense. Più in particolare, sembrerebbe che i due fenomeni siano, addirittura, storicamente legati. Ciò in quanto dagli anni Settanta del XX secolo, proprio nel ricorso ai metodi di *alternative dispute*

Comparando di nuovo – ma qui peculiarmente *a contrario* – con l'ordinamento indiano, lo schema abusivo del processo è stato ripreso per qualificare contenziosi per l'interesse pubblico utilizzati invece per scopi privati (76); con l'implicazione per l'Italia che un tale rischio potrebbe residuare là dove contenziosi privati come quelli civili fossero utilizzati per obiettivi pubblici. Ora, dal momento che il contenzioso strategico configura un uso in tutta evidenza «eccessivo» del processo, poiché lo spinga e lo porti fino alle sue estreme conseguenze, potendo in alcuni casi comportare strategie tipicamente abusive, sorgerebbe la necessità di un intervento normativo che definisca i limiti dell'uso processuale strategico, a garanzia della sua utilizzabilità.

Per garantire un ricorso etico al *climate lawyering* nei processi civili strategici per il clima, il rimedio essenziale non potrebbe che consistere nella regolamentazione *de jure condendo* della figura del difensore, dall'angolo visuale dei doveri verso l'assistito, nonché verso la controparte e l'organo giudiziario. Nello specifico, si rivelerebbe opportuno prevedere una caratterizzazione dei doveri deontologici dell'avvocato verso l'assistito che tenga nella dovuta considerazione sia gli interessi immediati della parte sostanziale sia i più ampi obiettivi di giustizia. Un rimedio – questo della regolamentazione – benché più in generale, di recente fissato con riferimento al «contraltare» di tali iniziative: cioè le controversie note sotto l'espressione *Slapp* (77).

resolution l'ordinamento americano avrebbe individuato un modo per rimediare al sempre più strategico impiego della giurisdizione. Cfr., per tali rilievi, E. Silvestri, *Osservazioni in tema di strumenti alternativi per la risoluzione delle controversie*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1999, p. 321 ss.

(76) V., ancora, V. Sharan, K. Jain, *Public Interest Litigation*, cit., spec. p. 748 ss.

(77) Per il rilievo secondo il quale le controversie *Slapp* (ovvero, per estensione, le *Strategic Lawsuits Against Public Participation*) sarebbero il «rovescio» delle *strategic litigation* v., ancora, B. Hess, *Strategic Litigation*, cit., spec. p. 23 ss., al quale si rinvia per ulteriori approfondimenti. Basti qui rilevare come le *Slapp* siano azioni vessatorie, giuridicamente non fondate e perciò futili, come anche abusive in quanto volte non già a un provvedimento favorevole nel merito, bensì a impedire la partecipazione pubblica reprimendo il dissenso. Si

Sostanzialmente, tale programma di riforme dovrebbe garantire che gli avvocati possano perseguire obiettivi sociali significativi, senza compromettere la loro integrità professionale e la funzionalità degli apparati della giustizia. Cruciale si rivelerebbe l'adozione, in un primo momento, di *guidelines* e *best practices* processuali mediante cui realizzare modelli virtuosi, monitorabili da organismi appositi, per poi introdurre un codice di condotta *ad hoc* per il *Climate Lawyering*, volto ad assicurare l'equilibrio – come qui ribadito – non del tutto agevole, né del resto scontato, fra gli interessi degli assistiti e una effettiva giustizia ambientale. Tale bilanciamento servirebbe a evitare che l'accesso alla giustizia degeneri in pratiche abusive, a scapito della buona fede, e con il rischio di sovraccaricare le corti in un sistema, come quello italiano, già gravato.

La strada è tutta in salita. Ma da percorrersi, in considerazione dei nuovi ruoli per l'avvocatura a seguito della svolta in senso «promozionale» del diritto [78], per cui adeguare l'ordinamento ai problemi odierni, come quello ambientale: nel selciato autorevole di quella dottrina che – ormai più di cinquanta anni fa – aveva intuito, già, le implicazioni profonde per il ceto forense [79].

In via di conclusione, la chiave metodologica, per il citato programma riformatore, non potrebbe che essere una «responsabilizzazione» etica in capo al difensore: il quale, anche in base alla

segnala, a questo riguardo, la recente approvazione, nel corso del 2024, da parte del Parlamento europeo, di un progetto di direttiva «*anti-Slapp*». Cfr., in merito, P. Mazza, *La Direttiva UE 1069/2024 (meglio nota come anti-SLAPP): ovvero, il diritto processuale civile al servizio della «partecipazione pubblica». Un commento a prima lettura*, in «Il diritto processuale civile italiano e comparato», 2024, p. 680 ss.

[78] Per recuperare la nota espressione di N. Bobbio, *Sulla funzione promozionale del diritto*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1969, p. 1313 ss., a cui giova rinviare.

[79] Il riferimento è in particolare a due studi – emblematici – condotti da V. Denti, *L'avvocato e la difesa di interessi collettivi*, in «Il foro italiano», 1978, V, c. 112 ss.; Id., *Aspetti processuali della tutela dell'ambiente*, in *Studi in memoria di Salvatore Satta*, Padova, 1982, vol. I, p. 445 ss., spec. p. 454.

sua funzione sociale [80], dovrebbe essere destinatario di norme appositamente pensate ed elaborate per la conduzione di liti strategiche, nella prospettiva delle loro qui affermate peculiarità.

[80] In tema cfr. *amplius*, anche da un punto di vista filosofico-giuridico, A. Pisanò, *La funzione sociale dell'avvocato a tutela dei diritti umani*, in «I diritti dell'uomo», 2019, p. 27 ss.

| Conclusioni

Marco Gradi
Professore ordinario nell'Università di Messina

IL FUTURO DELL'ETICA FORENSE

Questo volume raccoglie, oltre alla lezione magistrale di Giuseppe Ruffini sull'etica dell'avvocato, i saggi di alcuni brillanti processualisti della nuova generazione sul rapporto fra l'avvocato e la giustizia, che sono stati presentati nell'ambito di un seminario di studi svoltosi presso l'Università di Messina il 3 e 4 ottobre 2024, organizzato con il patrocinio dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile, della Scuola superiore dell'avvocatura e dell'Ordine degli avvocati di Messina.

I contributi sono stati selezionati mediante il metodo della «*call for papers*», che per la prima volta è stato adottato nel settore del diritto processuale civile. L'ambizione è stata quella di introdurre una innovativa modalità di selezione della ricerca – assai diffusa all'estero e nell'ambito di altri settori scientifici – anche nel campo degli studi processuali, storicamente più ancorati alla tradizione. Tale idea ha in realtà riscosso un ampio successo perché, oltre a creare un'atmosfera magica fra i partecipanti, ad essa sono seguite iniziative analoghe promosse presso altre università italiane.

Anche il tema oggetto di questo volume è d'avanguardia. Salvo alcune importanti eccezioni, infatti, l'etica forense è stata poco studiata dai processualisti [1]: questa materia costituisce peraltro

[1] Per alcuni significativi studi sull'etica dell'avvocato, nella dottrina italiana del processo civile, v. A. Dondi, *Spunti in tema di «legal ethics» come etica della difesa in giudizio*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1995, p. 261 ss.; Id., *Etica sociale e processo civile*, in «Studi urbinati», vol. 53, 2002, p. 323 ss.; G.C. Hazard, A. Dondi, *Legal ethics: a comparative study*,

Quaderni di «Etica e giustizia», n. 1
L'avvocato e la giustizia, a cura di M. Gradi, Napoli, 2025

una zona di confine, in bilico fra molte discipline, che deve essere ancora compiutamente esplorata. Sono quindi molto grato agli studiosi che si sono voluti cimentare in questa impresa: il confronto leale e appassionato fra i partecipanti ha stimolato sul tema un vibrante dibattito scientifico, dal quale siamo usciti tutti arricchiti.

* * *

I lavori sono stati organizzati in due sessioni, la prima delle quali è stata dedicata alla fedeltà dell'avvocato. Ha aperto questa sessione la relazione di Guidomaria De Cesare, il quale ha affrontato il problema della collaborazione processuale delle parti e degli avvocati nella prospettiva della teoria dei giochi, rilevando in particolare l'importanza delle misure coercitive a sostegno degli ordini istruttori. Lo studio è nella sostanza dedicato al divieto di menzogna e all'obbligo di completezza, ma anche all'obbligo processuale di chiarificazione, che vengono considerati istituti essenziali per il corretto funzionamento del processo civile.

Anche nella relazione di Riccardo Coletta è stato posto al centro della riflessione il problema dell'obbligo di verità delle parti e degli avvocati, che è stato esaminato con speciale riferimento al processo per le controversie familiari e minorili, nelle quali viene in gioco la natura indisponibile dei diritti. Con una soluzione originale, Coletta ricollega però il fondamento di questo speciale obbligo processuale non tanto nell'indisponibilità del diritto oggetto della controversia, quanto piuttosto nella responsabilità genitoriale, che impone al padre e alla madre di agire nell'interesse del minore e, quindi, di contribuire in modo leale al corretto accertamento dei fatti. In questa prospettiva, anche l'avvocato del

Stanford, 2004, nella trad. it., *Etiche della professione legale: un approccio comparato*, Bologna, 2005, p. 9 ss.; V. Ansanelli, *Riforme dell'etica dell'avvocatura e riforma del processo civile*, in «Il giusto processo civile», 2021, p. 399 ss.; M. Bina, *La felicità dell'avvocato: diritto forense e processo civile*, Torino, 2024, p. 11 ss.; notevole è anche il contributo offerto da R. Danovi, *I diritti degli altri: storia della deontologia*, Milano, 2021, spec. p. 230 ss.; per una ragionata sintesi sullo stato dell'arte, v. inoltre G. Di Fazzio, *Gli studi sull'etica forense in Italia*, in «Etica e giustizia: rivista di cultura giuridica», 2025, p. 293 ss.

genitore assume un mandato protettivo dell'interesse del minore, così da dover colmare eventuali lacune sui fatti anche contro la volontà del proprio assistito.

Si tratta di un approccio innovativo negli studi sul tema degli obblighi processuali delle parti e degli avvocati, rispetto al quale in passato la dottrina ha mostrato una profonda resistenza oppure un radicato disinteresse, ma che le nuove generazioni di studiosi hanno affrontato con passione ed entusiasmo, animate dalla consapevolezza del valore della giustizia, che rappresenta un criterio capace di orientare la visione culturale di ogni giurista.

L'elemento comune di queste riflessioni è offerto dall'eterno dilemma della posizione dell'avvocato, che all'apparenza sembra condannato ad essere il «servo di due padroni», in bilico fra interessi contrapposti: quello del cliente e quello collettivo. Di questo dilemma Umberto De Luca ha offerto un'avvincente ricostruzione storica, a partire dall'Unità d'Italia, rilevando in particolare la profonda ambiguità della concezione dell'avvocato come ausiliario del giudice. Non a caso, tale concezione fu fatta propria dal regime fascista in chiave repressiva e autoritaria, secondo una logica che oggi deve essere severamente ripudiata. Nella successiva fase repubblicana, la funzione sociale dell'avvocato venne recuperata in una nuova e più splendente luce, quella del rispetto della persona e del principio di uguaglianza, che costituiscono i valori fondanti di qualsiasi comunità e che devono guidare l'interprete nel trovare il punto di equilibro per la corretta configurazione del ruolo dell'avvocato.

La definizione di questo di equilibrio è stata tuttavia oggetto di un ampio dibattito nel corso del seminario. Secondo Alessandro Triolo, che si è dedicato al tema nella prospettiva della credibilità dell'avvocato, il dovere di verità del difensore andrebbe limitato soltanto ai fatti dei quali egli abbia avuto conoscenza diretta, mentre per i fatti riferiti dal cliente non vi sarebbe un concreto onere di controllo della loro corrispondenza con il vero, salvo soltanto il caso di dichiarazioni che risultino *ictu oculi* manifestamente false.

A tale interpretazione ristretta è stata tuttavia rivolta un'obiezione di fondo: l'avvocato che renda in giudizio affermazioni non conformi al vero, adducendo come giustificazione che le relative

circostanze gli sono state raccontate dal cliente, rischia di assumere le sembianze di un «credulone» che si trincera dietro una delega meramente acritica. La credibilità dell'avvocato risulta invero irrimediabilmente compromessa quando il difensore deduca nel processo – «a sua insaputa» – circostanze inesistenti, della cui falsità avrebbe potuto avvedersi con un minimo di diligenza. Tale condotta non può certamente essere spiegata sulla base dell'interesse del cliente: un simile interesse, infatti, non è giuridicamente meritevole di tutela, poiché nessuno può rivendicare il diritto a prevalere in giudizio facendo ricorso al falso.

Un risultato sicuramente visionario è stato conseguito da Filippo Nicolai, il quale ha affrontato il tema dell'infedeltà dell'avvocato quale fonte di danno per il suo cliente. Egli ha osservato che la sentenza può essere revocata in via straordinaria nei casi di dolo della parte o del giudice, mentre l'art. 395 cod. proc. civ. non contempla espressamente l'ipotesi del dolo dell'avvocato, sebbene sia pacifico il diritto del cliente di richiedere a quest'ultimo il risarcimento dei danni subiti. Nicolai coglie con lucidità questa evidente lacuna e la affronta con determinazione. Con uno slancio coraggioso, non si limita a sostenere l'incostituzionalità della norma, ma ritiene che la stessa possa essere emendata in via interpretativa. Forse quest'ultima conclusione può apparire eccessiva, ma l'intuizione di fondo rappresenta uno spunto originale, che merita attenta considerazione.

A concludere la prima sessione è stato Francesco Maria Simoncini, il quale ha esplorato un ambito privo di regolamentazione specifica e ancora poco indagato dalla dottrina: il rapporto tra il processo civile e il procedimento disciplinare a carico dell'avvocato. Dopo aver rilevato che tra i due procedimenti sussiste una parziale connessione in ragione della comunanza dei fatti storici, Simoncini propone di applicare per analogia alla fattispecie del giudicato disciplinare la norma sull'efficacia del giudicato penale: ciò al fine di perseguire, per quanto possibile, l'obiettivo del coordinamento delle decisioni.

La seconda sessione è stata dedicata alla diligenza dell'avvocato, intesa quale manifestazione concreta della sua fedeltà nei confronti del cliente: non può, infatti, dirsi realmente fedele il di-

fensore che non presti la propria assistenza con l'impegno e la cura richiesti dalla professione. I lavori sono stati aperti da Valentina Capasso, la quale ha proposto un'approfondita riflessione sul dovere, per il professionista forense, di conoscere gli orientamenti giurisprudenziali. In una prospettiva evolutiva dell'ordinamento, si è soffermata in particolare sui limiti e sulle modalità attraverso cui l'avvocato possa legittimamente contestare l'indirizzo interpretativo della Corte di cassazione. Una simile attività presuppone un elevato onere argomentativo, che costituisce al contempo espressione dell'impegno e della competenza richiesti al legale, ma anche un contributo all'interesse generale, concorrendo allo sviluppo e all'evoluzione dell'ordinamento giuridico.

Il tema della diligenza è stato ulteriormente approfondito da Florin Costinel Malatesta, che si è dedicato al dovere di informazione dell'avvocato nei confronti del proprio assistito e al correlato dovere di dissuadere quest'ultimo dall'intraprendere iniziative processuali manifestamente infondate. Malatesta ha quindi analizzato la responsabilità civile dell'avvocato per perdita di *chance*, sia in relazione all'omessa proposizione di azioni, sia rispetto ad errori commessi nel corso del processo.

Rossella Brosio ha invece affrontato la trasformazione della professione forense nella società digitale, focalizzandosi sul dovere di formazione tecnologica dell'avvocato come principio etico. Ha evidenziato il significativo ritardo tra lo sviluppo tecnologico e l'adeguamento delle norme deontologiche, le quali ancora non regolano il rapporto tra l'avvocato e le tecnologie, in particolare l'intelligenza artificiale, sempre più diffusa nella prassi quotidiana. Brosio ritiene che esista un dovere etico di trasparenza, in forza del quale l'avvocato ha l'obbligo di informare il cliente qualora si sia avvalso dell'intelligenza artificiale per redigere gli atti processuali. Si tratta, in definitiva, di sviluppare una nuova forma di professionalità, in grado di integrare responsabilmente il lavoro umano con quello delle macchine.

Questo tema è stato ulteriormente sviluppato da Paola Francone, la quale si è concentrata sulle implicazioni deontologiche dell'uso dell'intelligenza artificiale nella redazione degli atti giudiziari. Tale utilizzo solleva infatti, oltre a questioni di competenza

professionale, il rischio di violazioni dell'obbligo di riservatezza, nel caso in cui i dati dei clienti vengano inseriti all'interno di sistemi di intelligenza artificiale. Anche in questo ambito si impone la necessità di accrescere la consapevolezza dell'avvocato.

Il futuro della professione forense è stato quindi trattato da Giacomo Pirotta nella prospettiva delle azioni collettive. Egli ha messo in luce il ruolo peculiare dell'avvocato del rappresentante comune degli aderenti, che assume una funzione assimilabile a quella del curatore, svolgendo un ufficio pubblico nell'interesse dell'intera procedura. Tale configurazione evidenzia una lacuna nel codice deontologico, che appare invero inadeguato a disciplinare situazioni in cui l'avvocato non è un patrocinatore, ma un garante di interessi collettivi. Si intravede così un punto di contatto con il ruolo dell'avvocato nelle controversie minorili, nelle quali analogamente egli svolge una funzione pubblica.

Ha infine concluso il seminario la relazione di Mauro G. Smiroldo, dedicata al ruolo dell'avvocato nel contenzioso climatico, fenomeno in via di affermazione anche in Italia, nonostante le innegabili resistenze culturali e istituzionali. In tale contesto, l'avvocato si fa promotore di un contenzioso strategico volto a stimolare riforme giuridiche, sensibilizzando l'opinione pubblica e i decisori politici. Pur in assenza di una solida base normativa, queste iniziative mirano a ottenere risultati di notevole rilevanza sociale e collettiva.

Quando è il sistema giuridico ad essere ingiusto, l'avvocato etico non solo può – ma addirittura deve – promuovere la causa, anche correndo il rischio di perderla, al fine di contribuire al miglioramento della società: il processo civile diventa così, inaspettatamente, uno strumento per cambiare il mondo. Tale compito richiede però la massima serietà: l'avvocato deve innanzitutto informare il cliente della natura strategica del contenzioso; è altresì necessario rinunciare alla riservatezza, perché per sensibilizzare l'opinione pubblica occorre una significativa promozione mediatica del contenzioso.

* * *

Nel complesso, i risultati del seminario fanno ben sperare per il futuro degli studi sulla giustizia civile e sull'etica forense. Tutti i partecipanti al dibattito hanno apportato contributi di notevole rilievo, in alcuni casi formulando proposte originali e visionarie. La tendenza dei giovani studiosi è quella di innovare, nel rispetto delle tradizioni, per costruire un sistema giuridico più equo e giusto. I tempi appaiono quindi maturi per un profondo cambiamento culturale nella prossima generazione di studiosi.

Finito di stampare nel mese di dicembre 2025
presso Grafica Elettronica, Napoli

Der Wanderer über dem Nebelmeer
Caspar David Friedrich (1818)

euro 36,00

ISBN 979-12-235-0574-8