

Diritto civile, III, *Il contratto*, 624; M. Girolami, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali*, Padova, 2008, 98) la relatività della nullità di protezione priva della legittimazione attiva i contraenti forti e gli altri soggetti eventualmente interessati, ma non può incidere sulla competenza del giudice il quale conserva il potere di rilevare d'ufficio la nullità del contratto. La competenza giudiziale a rilevare d'uffi-

cio della nullità di protezione trova fondamento nei principi di diritto processuale e nelle logiche di diritto sostanziale sopra esaminate con riferimento alle nullità assolute e non si pone in contrasto con la tutela della parte debole che può proporre opposizione ove ritenga che ciò possa arrecargli pregiudizio.

Martina Cocco

■ L'obbligazione gravante sull'avvocato è di mezzi e non di risultato

Cassazione civile, Sez. III, 20 maggio 2015, n. 10289 – Pres. Russo – Rel. Scrima – P.M. Carestia (conf.) – S.M. (avv. sé medesimo) – C.E. (avv. Bagianti). *Rigettata ricorso avverso App. Perugia 30 marzo 2011*

Avvocato – Attività – Obbligazioni di mezzi

L'obbligazione gravante sull'avvocato è di mezzi e non di risultato. (Massima non ufficiale)

Obbligazioni di mezzi – Diligenza media – Violazione – Consenso del cliente – Irrilevanza

La violazione dell'obbligo di diligenza che incombe sull'avvocato, ove consista nell'adozione di mezzi difensivi pregiudizievoli al cliente, non è né esclusa né ridotta per la circostanza che l'adozione di tali mezzi sia stata sollecitata dal cliente stesso, essendo compito esclusivo del legale la scelta della linea tecnica da seguire nella prestazione dell'attività professionale. (Massima non ufficiale)

Omissis. – Con atto di citazione, notificato il 15 aprile 2004, C. E. conveniva in giudizio innanzi al Tribunale di Perugia, sezione distaccata di Todi, l'avv. S.M., chiedendo la condanna dello stesso al risarcimento dei danni patrimoniali per negligente condotta professionale. L'attrice assumeva che il suddetto convenuto, suo procuratore in una causa per il risarcimento danni da lei subiti per mancata messa in opera ed eseguito collaudo di una lavatrice industriale, non aveva aderito alla fondata eccezione di incompetenza per territorio sollevata dalla convenuta contrastandola infondatamente e facendo così protrarre per ulteriori dieci anni il giudizio, conclusosi, con una declaratoria di incompetenza. Deduceva, altresì, la C. che l'avv. S. aveva chiamato in causa come terzo la ditta A., che aveva effettuato il trasporto della lavatrice, sebbene il diritto da tutelare fosse prevedibilmente già prescritto, ed infatti l'eccezione di prescrizione, era stata sollevata dalla chiamata in causa. Si costituiva in giudizio il convenuto chiedendo il rigetto della domanda e imputando la suddetta sfavorevole sentenza al difensore che lo aveva sostituito dopo la rinuncia al mandato. Il Tribunale di Perugia, sezione distaccata di Todi, con sentenza del 23 ottobre 2007, rigettava la domanda attrice, compensando integralmente le spese del giudizio. Avverso tale decisione l'attrice proponeva appello, cui resisteva l'avv. S. chiedendone il rigetto. La Corte di appello di Perugia, con sentenza del 30 marzo 2011, in parziale riforma della sentenza impugnata, condannava l'avv. S. al pagamento, in favore dell'attrice, di Euro 5.099,31 (somma pari a quella che questa aveva pagato alla

ditta A. a titolo di rimborso spese) e di Euro 665,79 (pari alla metà della somma versata al convenuto a titolo di compenso), oltre rivalutazione e interessi come in sentenza; compensava tra le parti le spese dei due gradi di giudizio.

Omissis. – Con il primo motivo del ricorso si deduce “Violazione e falsa applicazione degli artt. 1176 e 2236 c.c., in relazione all'art. 40 Codice Deontologico e art. 2697 c.c., e contraddittoria motivazione circa un fatto controverso e decisivo del giudizio in relazione all'art. 360 c.p.c., nn. 3 e 5”. Il ricorrente lamenta che la Corte territoriale, nel ritenere sussistente la colpa del professionista per aver chiamato in causa il terzo, nonostante fosse prevedibile che questi avrebbe, come poi effettivamente accaduto, proposto l'eccezione di prescrizione, non avrebbe considerato che la scelta di procedere a tale chiamata era stata concordata tra il professionista e la cliente e da questa approvata, il che sarebbe confermato dalla circostanza che la C. non avrebbe mai dedotto o provato la violazione, da parte del professionista, dell'art. 40 del codice deontologico, relativo all'obbligo di informazione ed escluderebbe ogni sua responsabilità. Ad avviso del ricorrente la motivazione adottata dalla Corte di appello sarebbe non coerente, illogica e non condivisibile nella parte in cui, pur ritenendo che la prevedibilità dell'eccezione di prescrizione da parte del terzo chiamato non fosse di per sé sufficiente a ritenere colposa la chiamata in questione, ben potendo confidarsi, in relazione all'interesse della parte assistita, in una *default* della difesa avversaria o del giudice, nella specie ha ritenuto che l'aver provveduto alla detta chiamata costituisca condotta colposa del professionista, in quanto la posta in gioco era modesta (L. 3.050.000) e sussisteva il rischio della condanna alle spese, in caso di soccombenza, per un importo superiore alla somma oggetto della domanda. A fondamento delle censure motivazionali proposte, l'avv. S. sostiene che, in mancanza di prova dell'omessa informazione del professionista alla cliente, il rischio di una prevedibile eccezione di prescrizione del diritto formulata dal chiamato dovrebbe imputarsi alla sola cliente, con esclusione di qualsiasi colpa del professionista e che, contrariamente a quanto sostenuto dalla Corte, la C. non rivendicava in causa solo la somma di L. 3.050.000, pari al costo delle riparazioni del macchinario, ma anche l'importo imprecisato dei rivendicati danni derivanti dall'inadempimento della venditrice.

Il motivo è, infondato, e va, pertanto, rigettato. Secondo il consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità, che va ribadito in questa sede, 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 c.c., comma 2; tale violazione, ove consista nell'adozione di mezzi difen-

sivi pregiudizievole al cliente, non è né esclusa né ridotta per la circostanza che l'adozione di tali mezzi sia stata sollecitata dal cliente stesso, essendo compito esclusivo del legale la scelta della linea tecnica da seguire nella prestazione dell'attività professionale (Cass. 28 ottobre 2004, n. 20869), peraltro essendo tenuto l'avvocato ad assolvere, sia all'atto del conferimento del mandato che nel corso

dello svolgimento del rapporto, non solo al dovere di informazione del cliente ma anche ai doveri di sollecitazione, dissuasione ed informazione dello stesso ed essendo tenuto, tra l'altro, a sconsigliare il cliente dall'intraprendere o proseguire un giudizio dall'esito probabilmente sfavorevole (arg. ex Cass. 30 luglio 2004, n. 14597).

Dalle obbligazioni di mezzi e di risultato alle obbligazioni governabili e non governabili

Gianluca Sicchiero*

La nota rileva come la giurisprudenza non abbia ancora trovato una soluzione uniforme sulla distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato, su cui pure la letteratura è divisa. Propone però una diversa chiave di lettura della distinzione, che valuti non l'inerenza o meno della prestazione alle obbligazioni di fare e, in particolare, a quelle del contratto d'opera professionale, ma alla possibilità di promettere o meno l'oggetto della prestazione, distinguendole quindi in obbligazioni governabili e non governabili, che possono entrambe ricorrere nel medesimo rapporto obbligatorio. Le prime sono interamente riconducibili alla disciplina dell'art. 1218 c.c., ove opera il caso fortuito, essendo invece irrilevante, agli effetti dell'adempimento, la sola diligenza prestata. Per le seconde, in cui il risultato voluto non può essere promesso, è invece proprio l'adeguata diligenza a dimostrare l'adempimento, ma il contenuto di questa non è determinabile in astratto perché non esiste alcun meccanismo che consenta di definirla in astratto, essendo anche impossibile valutare il merito del comportamento proprio per l'assenza di indici e parametri di riferimento. Al pari di quanto si è fatto per la buona fede, occorre quindi tipizzare le ipotesi di diligenza o negligenza in base alla ragionevolezza dei casi oggetto di specifiche decisioni, creando una casistica di ipotesi concrete.

La distinzione classica tra obbligazioni di mezzi e di risultato

La teoria che distingue tra prestazioni di mezzi e di risultato, a seconda del contenuto dell'obbligazione, fu resa nota in Italia nel 1948 ad opera di uno dei suoi autori francesi¹, comparando peraltro sui fascicoli del primo anno di una nuova rivista che, non ancora conosciuta, ebbe vita breve². Già in uno degli esempi proposti si prospetta il problema della responsabilità del debitore, che non è ravvisabile sempre con gli stessi criteri: "il medico non promette la guarigione "à forfait"; promette le sue cure. Si è pensato a dichiarare responsabile qualsiasi medico il cui cliente muore, salvo il medico a provare la forza maggiore"³; distinzione che in Francia avrebbe trovato l'approvazione della corte di cassazione⁴.

La nuova lettura si diffuse da noi quando venne vagliata con estrema attenzione da Luigi Mengoni⁵, affrontandone i contenuti come formulati dalla letteratura francese, che sottopose a critica serrata fin già dalla distinzione nella sua astrattezza⁶, rilevando in estrema sintesi che, anche nelle obbligazioni che preferiva definire "di comportamento" anziché di mezzi, il debitore deve comunque un risultato⁷.

Tale risultato, precisò, non è però quello del raggiungimento di un certo bene della vita cui aspiri il creditore (guarire dalla malattia), perché questo desiderio non può essere dedotto in obbligazione siccome nessuno può garantire di raggiungerlo⁸; il risultato, invece, deve intendersi nel prestare l'attività adeguata per tentare di raggiungere tale obiettivo⁹.

In tal senso, quindi, sarebbe l'attività adeguata a

* Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un referee.

¹ Tunc, *Distinzione delle obbligazioni di risultato e di diligenza*, in *Nuova riv. dir. comm., dir. ec., dir. sociale*, 1947/48, 126, il quale indica come autore della tesi, cui egli aderì, Demogue, *Traité des obligations en général*, V, Parigi 1925, n. 1237 e H. Mazeaud, *Essai de classification des obligations*, in *Riv. trim. dr. civ.*, 1936, 4 e di H. e L. Mazeaud, *Traité théor. et prat. de la responsabilité civile*, I Parigi, 1947, ma v. ivi la ricostruzione del dibattito francese favorevole e contrario a quella partizione.

² La *Nuova rivista* fu fondata nel 1947 da Lorenzo Mossa, iniziò le pubblicazioni a Pisa con l'anno 1947/48 e le cessò nel 1957.

³ Sono le parole (poco profetiche) di Demogue tradotte e riportate da Tunc, *op. cit.*, 127, dove indica anche l'ostilità di altra parte della letteratura francese.

⁴ Le sentenze sono indicate da Tunc, *op. cit.*, 144-145; peraltro l'adesione è dedotta dalle motivazioni più che da espresse prese di posizione.

⁵ Mengoni, *Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi"*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1954, I, 305 e segg. ha dimostrato che in realtà la partizione risaliva alla letteratura pandettistica.

⁶ Mengoni, *Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi"*, cit.; le tesi erano state anticipate in *L'oggetto della obbligazione*, in *Jus*, 1952, 178 e segg.

⁷ Lo notava anche Cottino, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore*, Milano, 1955, 43 e segg. e 65 e segg., ragion per cui criticava seriamente la distinzione proposta dalla letteratura francese.

⁸ V. però la ricostruzione di Perulli, *Il lavoro autonomo*, nel *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 1996, 428 e segg. (che richiama Pomata, *La promessa di guarigione. Malati e curatori in antico regime*, Roma-Bari, 1994) sul c.d. patto di guarigione in forza del quale nel XII sec. il medico si impegnava, di fronte al notaio, alla guarigione del paziente. Cfr. altresì *ivi*, 441 e segg., sul palmario dovuto all'avvocato solo in caso di vittoria della lite.

⁹ Però, da questo profilo, la distanza rispetto ai francesi è solo terminologica, non di sostanza; diceva infatti Tunc, *op. cit.*, 129 (ed *amplius* 130 e segg.), che "il medico non si impegna a guarire, ma a dare delle cure coscienziose, attente e conformi ai portati della scienza". Dando atto poi delle identiche censure formulate dalla critica francese, Tunc, *ibidem*, insiste nella distinzione, perché allontana "le confusioni che si potrebbero fare non osservando

corrispondere al risultato promesso: “ciò che si attende dal debitore, affinché l'obbligazione possa dirsi adempiuta, è un comportamento idoneo a dare principio a un processo di mutamento (o di conservazione), l'esito del quale dipende però da condizioni ulteriori, estranee alla sfera del vincolo”¹⁰.

Il riferimento del capoverso dell'art. 1176 indicherebbe invece che la nozione di diligenza, per le attività professionali, avrebbe assunto nel tempo un significato diverso da quello originario, di comportamento onesto, perché la nuova regola atterrebbe al comportamento obiettivamente idoneo ed adeguato del professionista, che non può limitarsi ad una diligenza generica ma deve utilizzare quella che possiede “le qualità proprie delle prestazioni fornite dal buon professionista di quella specialità”¹¹.

L'art. 2236 darebbe conferma di questa impostazione¹², sia pure indicando che la presenza di problemi di particolare complessità esonererebbe il debitore professionista da responsabilità quand'anche non avesse utilizzato la specifica diligenza occorrente, a condizione che non gli si possa rimproverare la colpa grave che però, per Mengoni, non potrebbe identificarsi con l'errore determinato di incuria¹³.

Lo studio affronta anche il problema della inesigibilità della prestazione, che rappresenterebbe un limite all'obbligo di adempiere, sulla base del principio di buona fede, laddove i mezzi necessari appaiono sproporzionati al risultato costituendo “un'attività estranea alla sfera dell'obbligo”; con ciò distinguendo l'impossibilità oggettiva dall'impossibilità assoluta, non essendo questa ad essere richiesta per la prova liberatoria ma l'altra¹⁴.

Perno centrale della tesi di Mengoni è poi la disciplina dell'onere della prova¹⁵, articolata con estrema

lucidità per ripartirla come oggi ormai si ammette: al creditore spetta in linea generale dimostrare il titolo della pretesa, non la colpa del debitore e questo a prescindere da ogni presunzione¹⁶; al debitore incombe la prova del caso fortuito che, rendendo la prestazione impossibile oggettivamente, lo esonera da responsabilità.

Ovviamente esistono (apparenti) deviazioni, giacché la violazione di un obbligo di non fare deve essere dimostrata dal creditore¹⁷: ma evidentemente questa appartiene alla struttura della prestazione dovuta.

Non costituirebbe invece eccezione la diversa situazione delle obbligazioni di fare: solo quando il creditore neghi l'esistenza della prestazione in sé egli non dovrebbe fornire altra prova; quando invece lamenti la mancanza di adeguata perizia tecnica nell'esecuzione, spetterebbe a lui anche la dimostrazione della violazione dei comportamenti che appartengano a quel grado di diligenza o di obblighi ad essa accessori, incombando semmai al debitore, ammesso che ancora risulti possibile, dimostrare il fortuito¹⁸.

Luigi Mengoni propose una rilettura fortunata della regola sulla diligenza e la distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato iniziò a diffondersi sempre con maggior ampiezza nella prima letteratura¹⁹, sia pure con le critiche di molti: ad es. si rilevava che quella partizione non riguardava “due diversi tipi di rapporto obbligatorio, ma *soltanto due diversi tipi di prestazione*”, sicché in definitiva si risolveva “nella *differenza di valutazione*, che deve darsi all'eventuale *negligenza del debitore*”²⁰.

Da altri si evidenziò che un comportamento “è sempre *in obligatione*, e la sua presenza costituisce anzi l'elemento individuatore del rapporto obbligatorio rispetto ad altre situazioni giuridiche; mentre, d'altro

che i “mezzi” considerati da Demogue non sono mai materiali, ma sempre costituiti da una semplice diligenza”.

¹⁰ *Obbligazioni “di risultato” e obbligazioni “di mezzi”*, cit., 189, dove citando l'esempio della medicina precisa appunto che “il risultato dovuto, ossia il termine finale dell'obbligazione, non è la guarigione, bensì un complesso di cure adatte a guarire: in breve, una buona cura”; v. anche G.F. Mancini, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Milano, 1957, 43-44.

¹¹ Mengoni, *op. cit.*, 194 e segg., spec. 206.

¹² Cfr. Cannata, *L'oggetto dell'obbligazione*, nel *Tratt. dir. priv.* a cura di Rescigno, 9, I, Torino, 1984, 57. Ad es. secondo Cass., 15 gennaio 2001, n. 499, in *Giur. It.*, 2003, 460, “in tema di responsabilità professionale la relazione tra gli art. 1176 e 2236 c.c. è di integrazione per complementarità e non già per specialità, cosicché vale come regola generale quella della diligenza del buon professionista (art. 1176, 2° comma) con riguardo alla natura dell'attività prestata, mentre quando la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà opera la successiva norma dell'art. 2236 c.c., delimitando la responsabilità professionale al dolo o alla colpa grave”.

¹³ *Ivi*, 206: “l'art. 2236, sotto specie di un limite della responsabilità per inadempimento, fissa piuttosto un limite dell'obbligazione stessa”.

¹⁴ *Ivi*, 282 e segg.; “la cantante che non si presenta in teatro all'ora stabilita, perché poco prima le è morto il figlio, è certo esonerata da responsabilità”: *ivi*, 285; l'esempio è fatto anche da Barassi, *Teoria generale delle obbligazioni e dei contratti*, Roma,

1948, III, 265, che lo prende dalla teoria tedesca della sproporzionalità dello sforzo richiesto rispetto all'obbligazione e sarebbe stato formulato da Jacobi, in uno scritto comparso nello *Jerhing's Jahrbuecher*, 1925, 84.

¹⁵ *Ivi*, 366 e segg.; molto simili le indicazioni di Barassi, *op. cit.*, III, 348 e segg.

¹⁶ Contro questa presunzione si pronunciava anche Barassi, *op. cit.*, III, 351, essendo irrilevante in relazione alla distribuzione dell'onere della prova stabilita dall'art. 2697.

¹⁷ *Ivi*, 316.

¹⁸ “A norma dell'art. 1218 (1147 cod. Nap.), allorché il cliente abbia provato che il medico non ha eseguito l'operazione a regola d'arte, non ha osservato le normali regole diagnostiche, ha adoperato apparecchi antiquati ecc., non basta al convenuto provare la carenza di colpa ma occorre che provi l'impossibilità oggettiva di eseguire una prestazione regolare, sopravvenuta per causa a lui non imputabile”: *ivi*, 376.

¹⁹ V. ad es. le *Istituzioni di diritto civile* di Alberto Trabucchi, ed. 1966, cit., 514-515; Mancini, *op. cit.*, 15 e segg., 39 e segg.; De Martini, *La responsabilità civile del medico*, in *Giust. Civ.*, 1954, I, 1237 e segg.

²⁰ Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, Milano, 1959, 58-59; v. anche Betti, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953, 128 e segg. o Bianca, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, nel *Comm. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1978, 31 e segg.

canto, un "risultato" (che talora si materializza in una *cosa*) è sempre necessario, indicando la direzione della prestazione verso il soddisfacimento di un interesse del creditore"²¹.

Nondimeno si trattò di una formula che, almeno per la praticità di utilizzo, ha avuto enorme risalto anche nella giurisprudenza prevalente, sebbene appaia talora semplificata perché non sempre si tiene conto delle precisazioni concettuali che in realtà avrebbero dovuto comportare almeno un diverso utilizzo della terminologia adottata.

È ad es. ricorrente l'indicazione per cui "le obbligazioni inerenti all'esercizio dell'attività professionale sono, di regola, obbligazioni di mezzi e non di risultato, in quanto il professionista, assumendo l'incarico, si impegna a prestare la propria opera per raggiungere il risultato desiderato, ma non a conseguirlo; pertanto, ai fini del giudizio di responsabilità nei confronti del professionista, rilevano le modalità dello svolgimento della sua attività in relazione al parametro della diligenza fissato dall'art. 1176, 2° comma, c.c. che è quello della diligenza del professionista di media attenzione e preparazione"²², salvo verificare poi nelle singole ipotesi in quali attività tale diligenza debba concretizzarsi.

Non sempre i giudici hanno però confermato il loro orientamento: non ad es. dalla decisione per cui "in tema di responsabilità dell'esercente una professione intellettuale, è priva di incidenza la distinzione delle sue prestazioni tra quelle costituenti obbligazioni c.d. di mezzi e quelle integranti obbligazioni c.d. di risultato e, quanto a queste ultime, non possono trovare applicazione le disposizioni dettate in tema di responsabilità per difformità e vizi dell'opera dall'art. 2226 c.c., in forza del rinvio contenuto nell'art. 2230 c.c., essendo la detta norma incompatibile con quelle che regolano la prestazione d'opera intellettuale; conseguentemente il professionista, indipendentemente dalle caratteristiche della prestazione, deve comportarsi secondo le comuni regole di correttezza e di

diligenza, da valutarsi a norma dell'art. 1176, 2° comma, c.c., ed il suo eventuale inadempimento va apprezzato, salvo quanto previsto dalla specifica normativa dettata per il singolo tipo di rapporto, in relazione all'art. 1218 c.c."²³.

I contrasti interpretativi

In letteratura la distinzione in parola ha subito anche di recente fortissime critiche, che a tutto concedere le attribuiscono una pura funzione descrittiva e se n'è cantato il *de profundis*²⁴.

Altri invece la utilizzano senza difficoltà²⁵.

In definitiva uno degli aspetti di maggior importanza è quello dell'interesse del creditore a raggiungere i risultati che egli si prefigga: quando il debitore è libero sebbene quei risultati non siano raggiungibili?

Era stata già la letteratura francese originaria a ricordare, con estrema lucidità che oggi spesso si perde, che "il creditore contratta, infatti, per ottenere un certo risultato, non con il desiderio di imporre una diligenza al suo debitore"²⁶, così evidenziando l'aspetto problematico della questione. Ed è stata sempre la stessa letteratura a rispondere che "ai nostri occhi, sono obbligazioni di diligenza soltanto quelle nelle quali il risultato voluto dalle parti era troppo aleatorio per poter essere preso da esse come oggetto dell'obbligazione"²⁷.

Una proposta diversa, la distinzione tra prestazioni governabili e non governabili

La distinzione tra obbligazioni di risultato e di mezzi (o comportamento), per quanto criticata, riveste tuttavia quantomeno un indubbio carattere descrittivo, perché consente di "individuare obbligazioni in cui la diligenza, oltre che la misura per valutare l'esattezza dell'adempimento, costituisce ed esaurisce l'oggetto stesso dell'obbligazione"²⁸. Senonché presenta comunque un difetto: di essere utilizzata in modo categorico, riconducendo tutte le attività professionali, ove opera l'esimente dell'art. 2236, alla seconda²⁹,

²¹ Giorgianni, *L'inadempimento*, Milano, 1975, 227, ma già Cottino, *L'impossibilità della prestazione*, cit., 67 e segg.

²² Cass., 5 agosto 2013, n. 18612, in *Danno e Resp.*, 2013, 1089; Id., 18 aprile 2011, n. 8863, in *Contratti*, 2011, 984; Id., 11 gennaio 2010, n. 230, in *Vita Notar.*, 2011, 139.

²³ Cass., 31 luglio 2006, n. 17306, in *Dir. Ec. Ass.*, 2007, 514.

²⁴ Tra i più recenti v. ad es. Nicolussi, *Il commiato della giurisprudenza dalla distinzione tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, in *Europa e Dir. Priv.*, 2006, 797 e segg.; Ciatti, *Crepuscolo della distinzione tra le obbligazioni di mezzi e le obbligazioni di risultato*, in *Giur. It.*, 2008, 1657; Piraino, *Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi" ovvero dell'inadempimento incontrovertibile e dell'inadempimento controvertibile*, in *Europa e Dir. Priv.*, 2008, 85 e segg.

²⁵ Ad es. Galgano, *Trattato di diritto civile*, cit., II, 10; Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2015, 638; Franzoni, *Le obbligazioni di mezzi e di risultato*, in *Le obbligazioni in generale*, II, a cura di Franzoni, Torino, 2004, 1139 ss.; D'Amico, *La responsabilità ex recepto e la distinzione tra obbligazioni "di mezzi" e "di risultato"*, Napoli, 1999, 162 ss.

²⁶ Tunc, *op. cit.*, 128; v. in senso adesivo anche Perulli, *op. cit.*, 455.

²⁷ Tunc, *op. cit.*, 143, 145.

²⁸ È la già ricordata indicazione di Rescigno, voce "Obbligazioni (nozioni)", cit., 191; *a contrariis* v. Cannata, *Le obbligazioni in generale*, cit., 36, per il quale la funzione descrittiva spiega che "ove l'obbligazione sia di risultato, il conseguimento del risultato costituisce adempimento dell'obbligazione, e così la estingue". Molte le critiche di Perulli, *Il lavoro autonomo*, cit., 418 e segg.

²⁹ Paradigmatica, tra le più recenti, è Cass., 5 agosto 2013, n. 18612: "le obbligazioni inerenti all'esercizio dell'attività professionale sono, di regola, obbligazioni di mezzi e non di risultato, in quanto il professionista, assumendo l'incarico, si impegna a prestare la propria opera per raggiungere il risultato desiderato, ma non a conseguirlo; pertanto, ai fini del giudizio di responsabilità nei confronti del professionista, rilevano le modalità dello svolgimento della sua attività in relazione al parametro della diligenza fissato dall'art. 1176, 2° comma, c.c. che è quello della diligenza del professionista di media attenzione e preparazione".

assieme all'esecuzione del mandato e tendenzialmente tutte le attività diverse alle prime³⁰.

Nelle obbligazioni di fare diverse dall'appalto e dal contratto d'opera non libero-professionale, poiché si afferma che il risultato non possa mai essere promesso³¹, l'adempimento consisterebbe dunque nel prestare un'attività adeguata al tipo di rapporto in essere: quella del professionista medio, del mandatario medio, ecc.

Tuttavia – e questo è il problema che affligge la distinzione come da sempre suggerita – non è esatto ritenere che sempre le attività professionali abbiano ad oggetto attività per le quali la prestazione materiale sia fuori del controllo del professionista³²: in talune professioni la maggior parte o quasi tutte le prestazioni sono oggettivamente eseguibili alla luce dello stato attuale della scienza.

In tal senso, ad es., il progettista degli immobili è in grado di eseguire correttamente i calcoli statici del cemento armato, al punto che è la legge stessa a ritenerlo responsabile “della progettazione di tutte le strutture dell'opera comunque realizzate”³³, il che sarebbe impensabile di fronte ad un'obbligazione di comportamento (mezzi)³⁴.

Anche la giurisprudenza ritiene infatti responsabile il progettista quando l'opera non venga realizzata³⁵, perché quei calcoli possono essere eseguiti correttamente oppure se sussista un difetto del progetto che non abbia tenuto conto delle condizioni del terreno³⁶. Più in generale la distinzione si coglie in queste parole: “il contratto che ha per oggetto una prestazione d'opera intellettuale – inquadrabile nella categoria del lavoro autonomo – comporta normalmente per il professionista un'obbligazione di mezzi, nell'adempimento della quale egli è tenuto ad usare la diligenza che la natura dell'attività esercitata esige, ai sensi dell'art. 1176 c.c., tranne nel caso in cui al professionista sia stato richiesto dal cliente un *opus*, perché in tal caso l'obbligazione da lui assunta è di risultato”³⁷.

In altre professioni il risultato voluto dal creditore

non può invece mai dirsi nelle mani del debitore: mai appunto l'avvocato può essere certo dell'esito della lite che instaura per conto del cliente³⁸, in quanto dipende dalla struttura propria della prestazione, resa nel processo quale *actum triarum personarum*³⁹, mentre è sempre⁴⁰ nella sua capacità il rispetto dei termini processuali per il deposito di un atto, salvo ovviamente il fortuito che però (si dirà meglio poi) è esimente in ogni ipotesi di adempimento.

I giudici ritengono che anche la resa di un parere sia governabile⁴¹ ma, francamente, è una tesi non condivisibile, posto che nessuno ha realmente il controllo dell'ermeneutica giuridica, come dimostrano i continui contrasti giurisprudenziali della stessa corte di legittimità; senza dimenticare, tra l'altro, che da sempre la giurisprudenza ritiene che l'attività di interpretazione delle norme non sia governabile⁴², mandando esenti avvocati e giudici stessi dalla responsabilità derivante da interpretazioni successivamente in qualche modo smentite.

Vi sono poi professioni rispetto alle quali lo stato della scienza garantisce sempre di più la possibilità di raggiungere il risultato che il creditore vorrebbe ricevere: un'operazione di appendicectomia aveva cent'anni fa tutt'altra probabilità rispetto ad oggi di giungere ad esito felice; lo stesso dicasi per l'assistenza al parto di un neonato⁴³.

Non è dunque possibile qualificare le prestazioni astrattamente in un modo o nell'altro solo perché appartengano o meno all'attività tipica di una professione; non è quindi l'individuazione della qualifica del debitore (professionista o meno) o della prestazione (fare o dare, non fare, garantire ecc.) a consentire quella distinzione.

È inoltre erroneo utilizzare il criterio della diligenza per giudicare le prestazioni che sono sotto il controllo del debitore professionista: in queste ipotesi, qualora egli non esegua *tout court* la prestazione, è inadempiente senza che la diligenza rilevi, trattandosi in definitiva di obbligazioni “di risultato”, altro essendo ovviamente

³⁰ Cfr. ancora le critiche di Perulli, *op. cit.*, 449 e segg.

³¹ Una tesi esattamente opposta è quella di Perulli, *op. cit.*, spec. 425 e segg.

³² V. ad es. Cass., 28 febbraio 2014, n. 4876: “le obbligazioni, siano esse «di risultato» o «di mezzi», sono sempre finalizzata a riversare nella sfera giuridica del creditore una *'utilitas'* oggettivamente apprezzabile, fermo restando che, nel primo caso, il risultato stesso è in rapporto di causalità necessaria con l'attività del debitore, non dipendendo da alcun fattore ad essa estraneo, mentre nell'obbligazione «di mezzi» il risultato dipende, oltre che dal comportamento del debitore, da fattori ulteriori e concomitanti”.

³³ Artt. 64 e segg. T.U. edilizia (d.p.r. n. 380/2001); Perulli, *op. cit.*, 451.

³⁴ Cass., 24 aprile 1996, n. 3879, in *Foro It.*, 1996, I, 3758 e Id., 21 marzo 1997, n. 2540, in *Corriere Giur.*, 1997, 547.

³⁵ Cass., 19 agosto 2010, n. 18747, in *Resp. Civ.*, 2011, 370; Cass., 29 novembre 2004, n. 22487, 5 agosto 2002, n. 11728 e 13 luglio 1998, n. 6812.

³⁶ Cass., 23 settembre 1996, n. 8395, in *Giust. Civ.*, 1997, I, 1013.

³⁷ Cass., 21 luglio 1989, n. 3476.

³⁸ Cass., 8 agosto 2000, n. 10431. Lo notava la letteratura oltre un secolo fa: Cogliolo, *La teoria della colpa*, in *Scritti vari*, Torino, 1917, II, 137, mentre la pensa in senso contrario Perulli, *op. cit.*, 457-458; quando scrisse quelle parole, l'amico Adalberto ancora non praticava la professione forense; non a caso *ivi*, 458, n. 131, richiamava in senso conforme un'altra autrice che pure non svolgeva l'attività di avvocato.

³⁹ Cass., 11 agosto 2005, n. 16846.

⁴⁰ Per i problemi derivanti dal c.d. *overruling* v. Cass., 17 giugno 2010, n. 14627 e Cass., 28 febbraio 2012, n. 304.

⁴¹ Cfr. Cass., 14 novembre 2002, n. 16023; Perulli, *op. cit.*, 457.

⁴² Cass., 11 agosto 2005, n. 16846 (che fa salva però la colpa grave); Id., 18 novembre 1996, n. 10068; Id., 4 dicembre 1990, n. 11612.

⁴³ Prima dell'emanazione della disciplina sulle linee guida, di cui si dirà, questa evoluzione è stata ovviamente presa in considerazione dai giudici; v. ad es. Cass., 3 marzo 1995, n. 2466; l'indicazione del testo era già nella prima letteratura che accettava la distinzione mezzi/risultato: De Martini, *La responsabilità civile del medico*, cit., 1252.

che egli sia ammesso a fornire la prova del caso fortuito⁴⁴. Quando invece l'attività sia svolta e non constino errori, la sua efficienza sarà ben difficilmente valutabile perché quando il risultato non si può promettere, l'attività non gravata da errori (intesi come violazioni di protocolli esistenti) non sarà giudicabile: in base a quale parametro la si dovrebbe infatti valutare?

Quando si rinvia alla diligenza media dell'arte, ci si appella infatti ad un concetto ineffabile perché inesplicito ed inaccertabile, ovvero quello delle regole dell'arte⁴⁵, che fa il pari con la diligenza astratta di una qualsiasi professione che non è in alcun modo misurabile e nessuno ha mai determinato.

Come si possono descrivere in concreto le regole dell'arte, al di fuori delle procedure codificate?

L'avvocato deve inserire precedenti a favore della tesi che sostiene negli atti perché sia considerato diligente? e se sì, quanti? quanta letteratura deve citare a tal fine? e poi, di fronte alle richieste del giudice di essere conciso, come può equilibrare concisione e diligenza professionale?

Inoltre mentre in presenza di attività governabili sono sempre prospettabili l'errore tecnico (violazione di una regola conoscibile) ed il caso fortuito, queste ipotesi non appartengono alle attività non governabili, perché qui difettano sia il percorso tracciato entro il quale l'attività debba svolgersi (quando allora la deviazione costituisce errore), sia il rapporto accertabile di causa ed effetto tra attività svolta ed esito raggiunto.

Se l'avvocato non iscrive la causa d'appello a ruolo nei termini perentori, l'appello è improcedibile e l'errore professionale sicuro, pur potendo dimostrare il caso fortuito (il furto della borsa?). Ma se invece la iscrive a ruolo tempestivamente, nessuno potrà mai dire *ex ante* se l'appello potrà essere accolto o meno e nessuno potrà dire *ex post* se le ragioni per cui sia stato vinto o perso derivino da un'attività professionale più o meno diligente, posto che mancano del tutto i criteri per dire quale sia la diligenza per confezionare un appello "vincente" o adeguato⁴⁶.

Nel confezionare una citazione introduttiva l'avvo-

cato potrebbe perfino limitarsi a descrivere i fatti e chiedere un bene della vita sapendo per il resto che *iura novit curia*.

È naturalmente appena il caso di aggiungere che la misura della governabilità di una prestazione, laddove questa in qualche misura sia legata al fatto dell'uomo, è sempre contingente, perché legata allo stato della scienza umana nel momento in cui la prestazione è dovuta; curare con la penicillina oggi è inaccettabile, ma agli inizi degli anni '50 del secolo scorso era un vero progresso.

La valutazione deve poi essere effettuata in concreto, sulla base dei dati che – quando esistenti, come ad es. in medicina – statisticamente indichino se l'obiettivo perseguito dal creditore sia normalmente raggiungibile in quel momento storico, secondo l'*id quod plerumque accidit*: se una certa cura medica dia il 99% delle possibilità di buon esito, deve ritenersi che, salvo il problema della prova, il restante 1% possa rientrare nell'area del fortuito, perché si tratta di una cura governabile dal medico⁴⁷.

In tal senso, insomma, la distinzione non opera più semplicemente valutando se il debitore appartenga ad una categoria professionale, protetta o meno che sia, per dedurne la riconducibilità ad una o all'altra delle ipotesi di responsabilità, ma si tratterà di verificare la misura di governabilità della prestazione dedotta per stabilire se l'adempimento consista nel realizzare il risultato voluto dal creditore o nel prestare l'attività diligente richiesta dal tipo di prestazione.

Questi rilievi valgono anche in relazione ad attività che hanno per oggetto prestazioni di fare che non appartengono a professioni protette: tipica è l'ipotesi dell'amministratore di società.

Taluni comportamenti sono da lui governabili, ad es. convocare l'assemblea tempestivamente nei casi in cui debba farlo; il contenuto tipico dell'attività dell'amministratore, cioè quello di perseguire l'oggetto sociale, non è invece di per sé controllabile ed infatti la giurisprudenza da sempre nega che si possa giudicare il merito dell'attività amministrativa⁴⁸, tutt'altra

⁴⁴ È la giusta indicazione di Mengoni, *Obbligazioni di "risultato"*, cit., 86 e di Cottino, *Impossibilità della prestazione*, cit., 85; De Martini, *op. cit.*, 1248; v. anche Cass., 18 giugno 1996, n. 5617, in *Giur. It.*, 1997, I, 1, 638.

⁴⁵ Per Visintini, *La responsabilità contrattuale*, Napoli, 1979, 195, la regola sulla diligenza professionale "si limita a rinviare all'osservanza di regole dell'arte precise, e cioè acquisite in modo certo dalla disciplina ufficiale" (e v. altresì *ivi*, 200): ma questo trasformerebbe tutte le prestazioni in governabili, il che non è, posto che è proprio il difetto di regole precise relative al merito delle attività non governabili a far scaturire il problema dell'esattezza dell'adempimento. Va però ricordato che per Visintini gli obblighi accessori certamente sono prospettabili, ma in forza del principio di buona fede e non in relazione alla regola sulla diligenza (*ivi*, 159 e segg.).

⁴⁶ Perciò la tesi per cui al fine di valutare la condotta del debitore "in assenza di norme, patti, o altre particolari situazioni che indichino livelli diversi" il grado di giudizio "dovrà essere costruito sulla base di valori medi" (Cannata, *op. cit.*, 57) non aiuta

proprio nel momento più delicato della valutazione, dato che quei valori medi non esistono e non sono accertabili in alcun modo.

⁴⁷ La giurisprudenza parla di interventi routinari, ma sulla base delle indicazioni dei consulenti tecnici e non di dati statistici verificabili; così ad es. Cass., 22 novembre 2012, n. 20586; Id., 29 luglio 2010, n. 17694; Id., 29 settembre 2009, n. 20806; Id., 16 gennaio 2009, n. 975, in *Giust. Civ.*, 2010, I, 2927; Id., 26 giugno 2007, n. 14759, ecc.

⁴⁸ V. ad es. Trib. Milano, 24 agosto 2011, in *Società*, 2012, 493: "all'amministratore di una società non può essere imputato a titolo di responsabilità ex art. 2392 c.c. di aver compiuto scelte inopportune dal punto di vista economico, atteso che una tale valutazione attiene alla discrezionalità imprenditoriale e può pertanto eventualmente rilevare come giusta causa di revoca dell'amministratore, non come fonte di responsabilità contrattuale nei confronti della società; ne consegue che il giudizio sulla diligenza dell'amministratore nell'adempimento del proprio mandato non può mai investire le scelte di gestione (o le modalità e circostanze di tali scelte), ma solo l'omissione di quelle cautele, verifiche e

essendo la risposta di fronte ai comportamenti illeciti, ai conflitti di interessi, alla violazione di obblighi statutari e così via⁴⁹.

Carattere comune ad entrambe le ipotesi è l'obbligo di adottare sia le misure cautelari necessarie all'adempimento, la cui latitudine si modifica in relazione all'oggetto della prestazione (una cosa è depositare un atto in cancelleria, altra è predisporre un ricorso in cassazione) e per entrambe si può porre il problema dell'inesigibilità dell'adempimento sia con riferimento ai costi che questo può comportare sia in relazione al principio di solidarietà costituzionale, solo a ricordare l'esempio del figlio che muoia poche ore prima che si debba adempiere alla prestazione.

È chiaro però che laddove esista una percentuale di possibile insuccesso, ben si potrebbe rilevare che allora la prestazione non sia mai governabile in senso proprio dal debitore, perché solo la certezza assicurata anteriormente alla prestazione, dell'esito positivo della stessa, dimostra che si sia in presenza di un'obbligazione c.d. di risultato (*recte*: governabile).

Questo è in effetti il vero aspetto difficoltoso del problema, cioè che nessuna norma stabilisce il punto di confine tra risultato quasi certamente governabile e risultato non governabile: quando statisticamente l'esito positivo di una certa operazione chirurgica sia garantito al 90%, possiamo parlare di esito nelle mani del chirurgo, salvo il fortuito? Oppure occorre una percentuale superiore o, al contrario, è sufficiente anche una probabilità più bassa?

In tal senso la notazione per cui "il giudizio sulla condotta del medico può così rispettare i dettami di un nuovo "patto di guarigione", forgiato sui dati acquisiti dalla scienza e dall'esperienza, secondo una logica probabilistica fondata sulle potenzialità tipiche che il trattamento sanitario è statisticamente idoneo a produrre"⁵⁰ lascia irrisolto il problema del confine tra governabile o meno e la prova dei fatti – cioè il sorgere della c.d. medicina difensiva e l'ammontare dei costi sociali legati alla litigiosità in materia sanitaria, di cui si dirà specificamente – ha dimostrato che il patto di guarigione non ha funzionato.

Questa osservazione non esclude però che, almeno astrattamente, si possa individuare un criterio di distinzione tra governabile e non governabile: ogni volta che sussista la possibilità dell'evento che impedisca il raggiungimento del risultato voluto dal creditore, la prova del fortuito dimostra che, senza questo fatto, l'esito

positivo sarebbe stato raggiunto; in tal senso, allora, si potrebbe dire che la prestazione sia governabile in tutti i casi in cui si possa realizzare il caso fortuito.

Il correttivo a tale impostazione consisterebbe allora nel valutare se il costo economico per evitare il fortuito appartenga o meno all'equilibrio causale del rapporto, anche se riferito alle prestazioni accessorie o di protezione che il debitore sia tenuto a rendere, correttivo che ben può valere in qualsiasi settore, dato che il problema non sarebbe l'inevitabile (questo non è mai un fortuito che l'uomo possa prevenire) ma se l'attività per evitarlo appartenga al comportamento doveroso del debitore.

Se ad es. per consegnare nel termine concordato un pacco il corriere debba noleggiare uno spazzaneve per aprire la strada e tale evenienza non sia stata considerata nel contratto, si potrà ritenere che quella nevicata appartenga alla nozione di caso fortuito, non perché sia assolutamente impossibile consegnarlo, ma perché lo sarà oggettivamente, nel senso che il costo del rimedio esorbiterebbe, valutato in buona fede, ciò che il debitore possa essere tenuto a compiere per l'adempimento.

Senonché questa è una prestazione governabile, mentre come appena detto il problema si pone per quelle non governabili: nelle quali il fortuito non è prospettabile proprio perché l'impossibilità di conoscere *ex ante* la strada che sicuramente garantisce l'esito sperato, si è già detto, non ha regole di comportamento che si possano violare⁵¹.

In tale ambito vi è altra regola che concorre nella disciplina dell'adempimento, cioè l'esimente per la colpa lieve in presenza di casi di speciale difficoltà tecnico professionale (art. 2236): che però non agevola la soluzione, posto che non indica (né poteva farlo) quali siano i problemi di speciale difficoltà, che sono evidentemente connessi allo stato della scienza nel momento in cui il problema si pone, in relazione ai mezzi di soluzione che questa appresta.

In definitiva, da questo punto di vista il problema è insolubile in astratto, perché non esiste un criterio per dire se il 90% delle soluzioni positive anziché l'85% o il 95% rappresenti la misura corretta per la valutazione.

Non è allora un caso che l'unico campo in cui la statistica operi, quello medico, abbia visto intervenire il legislatore per fissare indici di irresponsabilità che superino valutazioni del tutto prive di indici in qualche modo omogenei e vincolanti per il giudice. La

informazioni preventive normalmente richieste per una scelta di quel tipo, operata in quelle circostanze e con quelle modalità". Cfr. anche Id., 2 marzo 1995, in *Giur. It.*, 1995, I, 2, 706; Id., 14 settembre 1992, in *Società*, 1993, 511; Id., 14 settembre 1992, in *Società*, 1993, 511.

⁴⁹ Sono più sfortunati i sindaci, almeno per quanto ha ritenuto Cass., 8 febbraio 2005, n. 2538, in *Giur. It.*, 2005, 1637, secondo la quale rispondono per violazione dell'art. 1176, 2° comma, quando "abbiano omesso di rilevare l'illegittima formazione ed iscrizione in bilancio di determinate poste del passivo (nella specie, della riserva premi e della riserva sinistri), essendo irrilevante

che il relativo controllo possa richiedere la soluzione di questioni di speciale difficoltà".

⁵⁰ Perulli, *op. cit.*, 457.

⁵¹ Ad evitare equivoci: il medico che dimentica la pinza nella pancia del paziente commette un errore professionale, ma il non lasciare pinze nella pancia del paziente appartiene alle attività governabili, non invece il guarirlo certamente mediante quell'operazione chirurgica. Che poi certe operazioni abbiano probabilità altissime di esito positivo è questione che si risolve con il riparto dell'onere della prova, non con l'affermare che sempre l'esito è necessariamente positivo.

previsione di irresponsabilità del medico che rispetti le prassi condivise e le linee guida, di cui si dirà, può anche sembrare criticabile ad es. in relazione alla bontà dei criteri indicati, ma costituisce l'unica risposta che appaia meno arbitraria di altre di fronte ai limiti della scienza medica ed all'idea che il medico possa rispondere al di fuori dell'errore tecnico.

Giudicare la diligenza del medico sulla base della sola statistica sconta infatti un peccato originale: che la statistica non indica al medico come agire, mentre il richiamo allo stato attuale e conoscibile della scienza medica, per dirgli come comportarsi, funziona come regola di comportamento cui attenersi: proprio ciò che serve per accertare la sua diligenza.

È stato quindi davvero salutare l'intervento operato con la L. n. 189/2012⁵² e diretto a ridurre l'incertezza su affermazioni che, esclusi i casi di evidente errore, hanno creato una conflittualità gravissima, dando vita alla medicina difensiva e ad un aumento esponenziale dei costi sociali collegati all'esasperazione della litigiosità: perché solo fissando parametri è possibile misurare la diligenza, che altrimenti è un fantasma privo di sostanza.

Nelle altre attività professionali, invece, le linee guida mancano e si tratta allora di costruire i criteri valutativi come fin qui detto, ovvero valutando le deci-

sioni che si sono occupate dei comportamenti per trarne regole laddove ragionevoli (condivisibili).

La diligenza, che nelle sue formulazioni astratte è una chimera, si potrà individuare in tutti i casi in cui una soluzione appaia inaccettabile e risulti più convincente quella opposta⁵³.

Si pensi ad es. al caso dell'avvocato "che, in una causa di risarcimento dei danni da incidente stradale, chieda fissarsi udienza di precisazione delle conclusioni senza aver dato corso alle prove sulle modalità del fatto e sulla responsabilità, nonché sull'entità dei danni, quando egli non dimostri di aver sollecitato il cliente a dare le indicazioni a tal fine necessarie"⁵⁴: la soluzione ragionevole è quella di ritenerlo negligente; quella irragionevole di assolverlo da responsabilità.

È compito del giudice di merito *reddere rationem*, ovvero motivare adeguatamente il proprio convincimento, ma non sulla base di affermazioni astratte, quanto invece comparando le due soluzioni contrapposte e spiegando alle parti perché debba concretamente ritenersi negligente quel comportamento. Su questa base si potrà allora condividere in pieno la proposta "di intendere più correttamente il parametro del buon padre di famiglia. Invece di far coincidere tale parametro con l'uomo medio, è preferibile riferirlo all'uomo ragionevole (*reasonable man*) inteso come figura mutevole a seconda delle circostanze"⁵⁵.

Locazione

Cassazione civile, Sez. III, 29 aprile 2015, n. 8705 – Pres. Russo – Rel. Scrima – P.M. Sgroi (conf.) – Baldoni (avv. Vitali) – Passerini (non costituita). *Rigetta, App. Bologna 24 febbraio 2011.*

Locazione – Locazione di immobile ad uso non abitativo – Previsione di un canone inferiore a quello originariamente concordato – Rinunzia preventiva del conduttore al diritto all'indennità di avviamento – Legittimità – Sussistenza

In tema di locazione di immobile ad uso non abitativo vige il principio della libera determinazione del canone, per cui, tendendo l'art. 79 della legge 27 luglio 1978, n. 392, a garantire l'equilibrio sinallagmatico del contratto secondo la valutazione operata dal legislatore, non sono stati imposti limiti all'autonomia negoziale con riguar-

do alla previsione di un canone in misura inferiore a quella originariamente concordata, ove la stessa trovi la sua giustificazione nella rinuncia, da parte del conduttore, ai diritti derivantigli dal contratto di locazione, ivi compreso quello alla corresponsione dell'indennità di avviamento commerciale.

Omissis. – Con il quarto motivo, dolendosi di un "ulteriore profilo di omissione, ovvero di insufficienza e contraddittorietà della motivazione su un punto decisivo della controversia, in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 5", sostiene il ricorrente che la Corte di merito avrebbe errato nel ritenere infondato il terzo motivo di appello sul rilievo della "piena legittimità della clausola contrattuale ... recante sostanziale rinuncia all'indennità per la perdita dell'avviamento commerciale", omettendo di considerare che trattasi di clausola

⁵² Sul complicato iter della nuova disciplina, che ha visto forti modifiche al momento della conversione del decreto legge che l'ha introdotta, v. di recente Busi, *La colpa medica in ambito civile*, in *La responsabilità in ambito sanitario*, a cura di Aleo, De Matteis e Vecchio, I, Padova, 2014, 360 e segg.; De Matteis, *Colpa medica e inadempimento delle strutture sanitarie*, in *Contr. impr.*, 2015, 556; Piccialli, *Le novità legislative: le linee guida nel decreto Balduzzi*, in *Contr. impr.*, 2015, 569; Capecchi, *Verso la responsabilità nell'ambito della colpa medica?*, in *Contr. impr.*, 2015, 607 ss.

⁵³ Indispensabile qui la lettura del lavoro di Gentili, *Il diritto come discorso*, nel *Tratt. Iudica e Zatti*, Milano, 2013, in part. 79 e segg., 139 e segg. (e le conclusioni ivi, 180-181).

⁵⁴ Ritenuto responsabile da Cass., 12 aprile 2011, n. 8312, in *Foro It.*, 2011, I, 1713, la quale ha appunto precisato che non era onere del cliente provare di aver fornito al difensore la lista dei testimoni, ma spettava all'avvocato dimostrare di aver sollecitato al cliente tale comunicazione, in tempo utile per poterla utilizzare in giudizio o, quanto meno, di aver chiesto al giudice la fissazione del termine per provvedere all'indicazione, secondo l'istanza già formulata nell'atto di citazione. Sull'obbligo di sollecitazione v. altresì Trib. Milano, 29 marzo 2005, in *Corriere Giur.*, 2005, 1409.

⁵⁵ Monateri, *La responsabilità civile*, nel *Tratt. Sacco*, Torino, 1998, 106.