

di fraintendimenti la precisazione operata dalla sentenza qui presentata in relazione al profilo *de quo*, peraltro neppure decisivo ai fini della decisione della controversia, stante non solo l'inequivoca mancanza, agli atti, della prova dell'avvenuta redazione dell'in-

ventario, ma soprattutto in ragione del fatto che il caso aveva riguardo all'integrazione dell'accettazione beneficiata e non già alla limitazione della responsabilità debitoria dell'erede.

Obbligazioni di risultato

Cassazione civile, Sez. III, 23 marzo 2017, n. 7410 – Pre. Vivaldi – Rel. Barreca – P.M. Finocchi Ghersi (diff.) – B.L., R.M. (avv.ti De Fazi, Ambrosio) – V.A. (avv.ti Liuzzi, Mortarotti) – Assicuratrice Milanese s.p.a. (avv.ti Mariani, Panni). *Cassa App. Torino 17 gennaio 2013, n. 102.*

Obbligazioni e contratti – Obbligazioni di mezzi e di risultato – Obblighi informativi del professionista – Obbligazione di risultato – Sussiste

Il professionista che abbia ricevuto incarico dal cliente ha il dovere di assolvere sia all'atto del conferimento del mandato che nel corso dello svolgimento del rapporto, (anche) ai doveri di sollecitazione, dissuasione ed informazione del cliente, essendo tenuto a rappresentare a quest'ultimo tutte le questioni, comunque insorgenti, ostative al raggiungimento del risultato, o comunque produttive del rischio di effetti dannosi; a richiedergli gli elementi necessari o utili in suo possesso; a sconsigliarlo dall'intraprendere o proseguire una certa attività dall'esito probabilmente sfavorevole. (Massima non ufficiale)

Omissis. – Nel merito, sull'attività professionale svolta da avvocati è fondamentale la differenza che corre tra contratto di patrocinio e procura alle liti, poiché, mentre quest'ultima è un negozio unilaterale col quale il difensore viene investito del potere di rappresentare la parte in giudizio, il contratto di patrocinio è un negozio bilaterale col quale il professionista viene incaricato di svolgere la sua opera secondo lo schema del mandato (così già Cass. n. 13963/06, nonché, di recente Cass. n. 18450/14 e ord. n. 13927/15).

Le conseguenze in tema di forma e di prova sono le seguenti. Non si può escludere che il rilascio di una procura alle liti assolvà all'onere di forma eventualmente richiesto per il contratto (come è per la pubblica amministrazione: cfr. Cass. ord. n. 2266/12, n. 3721/15 e n. 15454/15) ed, al contempo, ne fornisca la prova. Però, di norma, ai fini della conclusione del contratto di patrocinio, non è indispensabile il rilascio di una procura ad litem, essendo questa necessaria solo per lo svolgimento dell'attività processuale, e non è richiesta la forma scritta, vigendo per il mandato il principio di libertà di forma. Né rileva, ai fini della conclusione del contratto di patrocinio, il versamento, anticipato o durante lo svolgimento del rapporto professionale, di un fondo spese o di un anticipo sul compenso, sia perché il mandato può essere anche gratuito, sia perché, in caso di mandato oneroso, il compenso e l'eventuale rimborso delle spese sostenute possono essere richiesti dal professionista durante lo svolgimento del rapporto o al termine dello stesso (così Cass. n. 10454/02).

2.2. In base alla regola di riparto dell'onere della prova in materia contrattuale di cui all'art. 1218 c.c., incombe al

cliente l'onere di dare la prova del conferimento dell'incarico; incombe al professionista l'onere di provare l'adempimento delle prestazioni, con la diligenza richiesta dall'art. 1176 c.c., comma 2.

Quanto alle obbligazioni derivanti al professionista avvocato dalla stipulazione di un contratto, col quale gli sia stato affidato, ai sensi degli artt. 2230 e 2236 c.c., l'incarico di seguire il cliente ai fini dell'instaurazione di un giudizio, valgono i principi di cui appresso.

L'avvocato deve assolvere "sia all'atto del conferimento del mandato che nel corso dello svolgimento del rapporto, (anche) ai doveri di sollecitazione, dissuasione ed informazione del cliente, essendo 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 effetti dannosi; di richiedergli gli elementi necessari o utili in suo possesso; a sconsigliarlo dall'intraprendere o proseguire un giudizio dall'esito probabilmente sfavorevole. A tal fine incombe su di lui l'onere di fornire la prova della condotta mantenuta, insufficiente al riguardo peraltro essendo il rilascio da parte del cliente delle procure necessarie all'esercizio dello jus postulandi, stante la relativa inidoneità ad obiettivamente ed univocamente deporre per la compiuta informazione in ordine a tutte le circostanze indispensabili per l'assunzione da parte del cliente di una decisione pienamente consapevole sull'opportunità o meno d'iniziare un processo o intervenire in giudizio" (così Cass. n. 14597/04) ed, ancora, "L'avvocato, nell'adempimento della propria prestazione professionale, è tenuto ad informare il cliente sulle conseguenze del compimento o del mancato compimento degli atti del processo, e, se del caso, a sollecitarlo nel compimento di essi ovvero, sussistendo le condizioni, a dissuaderlo della loro esecuzione. Pertanto, la circostanza che il cliente abbia ommesso di fornire indicazioni al proprio avvocato circa la propria intenzione di proporre o meno impugnazione avverso una sentenza sfavorevole non esclude la responsabilità del professionista per mancata tempestiva proposizione dell'appello, se questi non aveva provveduto ad informare il cliente sulle conseguenze dell'omessa impugnazione" (così Cass. n. 24544/09; cfr., nello stesso senso, Cass. n. 4781/13 e ord. n. 15454/15 cit.).

(Omissis). – 4. In sintesi, tenuto conto dell'art. 1218 c.c., art. 1176 c.c., comma 2, artt. 2230 e 2236 c.c., nonché della richiamata distinzione tra contratto di patrocinio e procura alle liti, spetta ai clienti provare di avere affidato all'avvocato l'incarico di assistenza professionale relativa ad un determinato affare ed il mandato di agire in giudizio, per conseguire il risultato avuto di mira (nel caso di specie, il più alto trattamento pensionistico richiesto all'INPS); raggiunta questa prova, spetta all'avvocato provare l'avvenuto adempimento del mandato, con la diligenza e la perizia richieste dalla natura dell'attività, e precisamente provare di avere adempiuto alle obbligazioni di cui si è detto sopra, quanto agli obblighi di informazione, sollecitazione e cura

dell'attività giudiziale nascenti dal contratto di patrocinio, ovvero di non avervi adempiuto per fatto a sé non imputabile o per cessazione del rapporto contrattuale.

4.1. Avuto riguardo a tali contenuti e criteri di distribuzione dell'onere della prova, nel caso di specie non avrebbe potuto essere attribuito alcun rilievo al mancato rilascio della procura speciale per proporre ricorso per cassazione. Il dato sarebbe stato significativo soltanto ove il professionista avesse dimostrato di avere informato i clienti della soccombenza nel giudizio di appello; di avere loro esposto i vantaggi ed i rischi prevedibilmente derivanti dall'instaurazione del giudizio di legittimità; di avere tempestivamente richiesto il rilascio della procura speciale necessaria allo scopo e di non aver avuto riscontro o di aver ricevuto il rifiuto ovvero la revoca dell'originario mandato.

Invece la sentenza nulla dice in merito a quanto accaduto tra avvocato e clienti dopo la pubblicazione delle sentenze di appello, pur avendo i giudici dato atto che vi fosse la prova del mandato per agire in tutti i gradi di giudizio, e pur essendo incontestato che l'appello venne proposto con esito sfavorevole ai lavoratori-pensionati qui ricorrenti; non

è noto, invece, se e quando questo esito sia stato loro comunicato e quali siano state le vicende successive.

5. In diritto, va affermato che “qualora il cliente abbia fornito la prova della conclusione del contratto di patrocinio, con il conferimento dell'incarico all'avvocato di proporre azione in giudizio in primo ed in secondo grado, non è necessario il conferimento di ulteriore mandato per agire in sede di legittimità, della cui prova sia gravato il cliente. La sola circostanza che questi non abbia rilasciato la procura speciale richiesta allo scopo non esclude la responsabilità del professionista per mancata tempestiva proposizione del ricorso, gravando sull'avvocato l'onere di provare di aver sollecitato il cliente a fornire indicazioni circa la propria intenzione di proporre o meno ricorso per cassazione avverso la sentenza sfavorevole di secondo grado e di averlo informato di questo esito e delle conseguenze dell'omessa impugnazione, nonché l'onere di provare di non aver agito in sede di legittimità per fatto a sé non imputabile (quale il rifiuto di impugnare o di sottoscrivere la procura speciale da parte del cliente) ovvero per la sopravvenuta cessazione del rapporto contrattuale”. – *Omissis*.

Gli obblighi informativi del professionista sono obbligazioni di risultato

Marco Ticozzi*

È discussa la rilevanza della distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato, che mantiene comunque quantomeno un rilievo di carattere descrittivo in merito alle modalità con le quali il debitore può liberarsi dalla responsabilità. In ogni caso, l'inquadramento del tipo di obbligazione deve essere svolto non tanto con riferimento all'attività svolta dal debitore (professionista, appaltatore, ecc.) quanto piuttosto con riferimento alla governabilità o meno della specifica obbligazione su di lui gravante.

Introduzione

Come noto, nella valutazione della diligenza dell'adempimento, si distingue tradizionalmente tra obbligazioni di mezzi e di risultato.

La distinzione, come si dirà, generalmente è riferita alla tipologia di attività esercitata dal debitore: e così si indica che, mentre l'attività dell'appaltatore sarebbe di risultato¹, quella del professionista sarebbe di mezzi². Indicazione che in linea di massima è corretta, occorrendo però verificare se si effettivamente sempre così.

La recente sentenza Cass., 23 marzo 2017, n. 7410, pur in modo indiretto, mette in luce proprio tale aspetto. Non tutte le obbligazioni del professionista sono di mezzi: se certamente il medico non può garantire di guarire ogni malato che cura o l'avvocato di

far assolvere ogni imputato, ciò non esclude che tali soggetti abbiano degli obblighi governabili³ e tali per cui, ove inadempiti, la responsabilità sia astrattamente configurabile a prescindere da una verifica della diligenza utilizzata.

Obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato

Prima di mettere in luce tale aspetto specifico relativo a talune obbligazioni del professionista che sono doverose e governabili, è necessario dal profilo generale verificare quale sia la portata della distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato.

Si tratta di una ripartizione non presente nel codice civile, essendo invece elaborata dalla dottrina. Come noto⁴, ferme le precisazioni che seguiranno, le obbli-

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

¹ Cass., 21 maggio 2012, n. 8016, in *Contratti*, 2013, 473; Cass., 18 maggio 2011, n. 10927; Cass., 12 aprile 2005, n. 7515.

² Anche recentemente, Cass., 20 maggio 2015, n. 10289 indica che “l'obbligazione gravante sull'avvocato è di mezzi e non di risultato”: in questo senso anche Cass., 7 febbraio 2014, n. 2863; Cass., 5 agosto 2013, n. 18612; Cass., 18 aprile 2011, n. 8863.

³ Il termine è utilizzato con questa accezione nella recente opera di Sicchiero, *Dell'adempimento delle obbligazioni* (artt. 1176-1179), in F. Busnelli (a cura di), *Commentario al codice civile*, Milano, 2016.

⁴ Sul tema ricordiamo anzitutto: De Lorenzi, *Diligenza, obbligazioni di mezzi e di risultato*, in *Contratto e Impresa*, 2016, 456 e segg.; Sicchiero, *Dalle obbligazioni di mezzi e di risultato alle ob-*

bligazioni governabili e non governabili, in *Giur. It.*, 2015, 2322 e segg.; Piraino, *Corsi e ricorsi delle obbligazioni “di risultato” e delle obbligazioni “di mezzi”: la distinzione e la dogmatica della sua irrilevanza*, in *Contratti*, 2014, 888 e segg.; Trivelloni, *Obbligazioni di mezzi e di risultato* [voce nuova-2006], in *Enc. giur. Treccani*, Roma, XXI; Ciatti, *Crepuscolo della distinzione tra le obbligazioni di mezzi e le obbligazioni di risultato*, in *Giur. It.*, 2008, 1655 e segg.; Carbone, *Diligenza e risultato nella teoria dell'obbligazione*, Torino, 2007, 82 e segg.; Nicolussi, *Il commiato della giurisprudenza dalla distinzione tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, in *Europa e Dir. Priv.*, 2006, 797 e segg.; Franzoni, *La responsabilità nelle obbligazioni di mezzi e nelle obbligazioni di risultato*, in *Resp. comunicazione impresa*, 1997, 319; De Lorenzi, *Obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato*, in *Digesto Civ.*, XII, 1995, 397 e segg.

gazioni di risultato sono quelle nelle quali il debitore è tenuto a realizzare una determinata finalità a prescindere da una specifica attività strumentale⁵, restando dunque irrilevanti i mezzi necessari e utilizzati per raggiungerlo: dunque, l'eventuale diligenza del debitore non esclude la sua responsabilità⁶. Le obbligazioni di mezzi, invece, sono quelle in cui il debitore promette solo i mezzi, vale a dire il compimento di una certa attività, che deve essere ovviamente adempiuta con diligenza ma senza una garanzia del raggiungimento di un dato risultato: in tale ipotesi la valutazione della correttezza dell'adempimento deve essere operata con il parametro della diligenza⁷.

Si tratta di una distinzione relativamente recente, essendo ignota alle fonti romane⁸ e poco diffusa nell'opinione della dottrina italiana antecedente al codice civile in vigore: la formulazione '*obligation de moyen et obligation de résultat*' generalmente si ritiene⁹ derivare dagli autori francesi¹⁰ e, in particolare, da Demogue. Per la verità, la distinzione tra le obbligazioni nelle quali il debitore è tenuto a prestare una determinata attività e quelle in cui è tenuto a far conseguire al creditore un determinato risultato non era ignota in Italia anche in precedenza¹¹; allo stesso modo e ancor prima, anche la letteratura pandettistica¹² aveva uti-

lizzato tale distinzione, tanto da essere indicata talvolta come la coniatrice della locuzione¹³.

Vi è però una ragione se solo dopo l'entrata in vigore del nuovo codice civile in Italia ha preso piede tale distinzione¹⁴. Il codice civile del 1865 prevedeva l'obbligo di adempiere correttamente con l'utilizzo della diligenza del buon padre di famiglia, con la sola eccezione del deposito (art. 1224), e non aveva una disciplina specifica che riguardasse le professioni intellettuali, le quali erano regolate dalla disciplina della locazione d'opera. Viceversa, il codice civile in vigore dal profilo generale, oltre al criterio della diligenza del buon padre di famiglia, ha inserito la regola per la quale nell'ambito dell'attività professionale la diligenza deve tenere conto della natura di tale attività (art. 1176, 2° comma, c.c.) e quella per la quale il professionista risponde solo per dolo o colpa grave nei casi in cui la prestazione implichi la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà (art. 2236 c.c.).

Certamente tali previsioni e ancor prima l'esistenza di una disciplina separata per le attività professionali hanno favorito l'emergere della distinzione – pur non accolta in modo espresso dal codice – tra obbligazioni di mezzi e di risultato. Distinzione che è stata criticata comunque fin dall'origine¹⁵ e anche in tempi più recenti¹⁶, ma che mantiene ancor oggi quantomeno una

⁵ Bianca, *Diritto Civile, L'obbligazione*, Milano, 1993, 71.

⁶ Bianca, *op. cit.*, 72.

⁷ Bianca, *op. cit.*, 72.

⁸ Piraino, *Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi" ovvero dell'inadempimento incontrovertibile e dell'inadempimento controvertibile*, in *Europa e Dir. Priv.*, 2008, 83 e segg. indica che nel diritto romano lo schema che ha fatto sorgere tale distinzione era stato intuito anche se non concettualizzato.

⁹ Tunc, *Distinzione delle obbligazioni di risultato e di diligenza*, in *Nuova riv. dir. comm., dir. ec., dir. sociale*, 1947/48, 126.

¹⁰ Demogue, *Traité des obligations en général*, V, Parigi 1925, n. 1237; H. Mazeaud, *Essai de classification des obligations*, in *Riv. trim. dr. civ.*, 1936, 4; H. e L. Mazeaud, *Traité théor. et prat. de la responsabilité civile*, I Parigi, 1947. In particolare la locuzione '*obligation de moyen et obligation de résultat*'.

¹¹ Da un lato, perché, senza riferirsi a tale formulazione, anche gli autori precedenti al codice civile in vigore distinguevano le differenti attività, per porre in luce che per talune il debitore metteva a disposizione solamente l'energia di lavoro e per altre "il risultato finale di quell'energia, quale che sia il tempo impiegato o l'energia consumata per produrlo" (De Ruggiero, *Istituzioni di Diritto civile*, III, Messina – Milano, VI ed., 380). Dall'altro, perché non erano mancati alcuni autori che a inizio secolo scorso avevano utilizzato, in modo pressoché espresso, tale locuzione: "occorre distinguere i contratti nei quali il debitore è tenuto a prestare una determinata attività, da quelli in cui è tenuto a far conseguire al creditore un determinato risultato. Nei primi senza dubbio il debitore deve solo la diligenza del buon padre di famiglia ... Invece il debitore, che si è obbligato a far conseguire un determinato risultato al creditore resta liberato solo quando l'inadempimento dipenda da una causa estranea a lui non imputabile, o da un caso fortuito o forza maggiore" (Leone, *La negligenza nella colpa contrattuale ed extracontrattuale*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1915, 100-101).

¹² Bernhöft, *Kauf, Miethe und verwandte Verträge*, in *Beiträge zur Erläuterung und Beurtheilung des Entwurfs eines BGB für das deutsche Reich*, diretti da E. I. Bekker-O. Fisher, XII, Berlino, 1889, 17.

¹³ Mengoni, *Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi"*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1954, I, 305 e segg.

¹⁴ Cattaneo, *La responsabilità del professionista*, Milano, 1958, 47; Torrente, *Commentario al codice civile*, Torino, 1962, sub art. 2222, 3 e segg.; Barbero, *Sistema del diritto privato italiano*, Torino, 1960, II, 56-57; Mancini, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Milano, 1957, 15 e segg., 39 e segg.; De Martini, *La responsabilità civile del medico*, in *Giust. Civ.*, 1954, I, 1237 e segg.

¹⁵ Mengoni, *op. cit.*, 305 e segg. il quale indicava che anche nelle obbligazioni di comportamento (di mezzi), il debitore era tenuto a realizzare un risultato, che non poteva certo essere ad esempio la guarigione, che non si può garantire, ma era comunque l'attività necessaria per cercare di raggiungere tale scopo. In questo senso anche Santoro Passarelli, voce *Professioni intellettuali*, in *Noviss. Dig. It.*, XIV, Torino, 1967, 25.

¹⁶ Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, Milano, 1959, 58-59 evidenziava che la distinzione non riguardava "due diversi tipi di rapporto obbligatorio, ma soltanto due diversi tipi di prestazione". Anche Bianca, *op. cit.*, 72 indica che la distinzione "esprime piuttosto un criterio di classificazione delle prestazioni". Si veda anche: Betti, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953, 128 e segg.; Giorgianni, *L'inadempimento*, Milano, 1975, 227. In tempi recenti, sulle critiche alla distinzione si vedano: Bianca, *op. cit.*, 71 e segg.; Fortino, *La responsabilità civile del professionista*, Milano, 1984, 42; Perulli, *Il lavoro autonomo*, nel *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 1996, 417 e segg.; Piraino, *Corsi e ricorsi delle obbligazioni "di risultato" e delle obbligazioni "di mezzi"*, cit., 888 e segg.; Ciatti, *op. cit.*, 1655 e segg.; Nicolussi, *op. cit.* 797 e segg. In giurisprudenza, già Cass., Sez. Un., 28 luglio 2005, n. 15781 metteva in luce l'irrilevanza della distinzione in ordine al regime della responsabilità e dell'onere della prova: "la distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato non ha alcuna incidenza sul regime di responsabilità del prestatore d'opera intellettuale né sul meccanismo di ripartizione dell'onere della prova, il quale è identico sia che il creditore agisca per l'adempimento dell'obbligazione, ex art. 1453 c.c., sia che domandi il risarcimento per l'inadempimento contrattuale ex art. 1218 c.c.".

funzione descrittiva essendo utilizzata da molti autori¹⁷ e fatta propria anche dai principi Unidroit¹⁸. Quel che si sottolinea, infatti, è che tale distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato “può rilevare indirettamente anche sul piano della responsabilità ma non in quanto essa comporti una diversa disciplina di essa. Piuttosto, la diversa delimitazione della prestazione dovuta incide sull’oggetto del giudizio di impossibilità”¹⁹.

Il risultato atteso dal cliente (la guarigione, l’assoluzione, ecc.) certamente non può essere promesso dal professionista²⁰, perché coinvolge una prestazione da lui non governabile, e non può dunque divenire termine di paragone per verificare la correttezza del suo comportamento²¹. Dalla prospettiva del soggetto attivo del rapporto, sia le obbligazioni di mezzi che quelle di risultato sono finalizzate a riversare nella sfera giuridica del creditore una *utilitas* oggettivamente apprezzabile, ma il mancato raggiungimento di tale auspicato risultato porta a conseguenze differenti nei due casi perché nelle obbligazioni di risultato (governabili) il risultato è raggiungibile dal debitore, non dipendendo da alcun fattore estraneo, mentre in quelle di mezzi (non governabili) il risultato non dipende solo dal comportamento del debitore, ma anche da fattori ulteriori ed esterni alla sua sfera di controllo²². Ne consegue che nelle prime, a differenza che nelle seconde, il debitore non si libera fornendo la prova del fatto che il risultato non

è stato realizzato malgrado il suo comportamento diligente²³: è necessaria la prova specifica del fatto che ha reso impossibile, con qualsiasi attività strumentale, raggiungere la finalità dovuta²⁴.

La più recente giurisprudenza non ha una visione unitaria sul ruolo della distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato. Da un lato si è evidenziato che tale distinzione sia dogmaticamente superata o quantomeno ininfluenza dal profilo del riparto dell’onere della prova²⁵, essendo dovuto un risultato in tutte le obbligazioni²⁶; dall’altro, tale distinzione continua a essere utilizzata in numerose sentenze, specie nell’ambito della responsabilità professionale²⁷.

Anche alla luce del primo di questi orientamenti, resta la necessità di chiarire cosa s’intenda per risultato, che sarebbe dovuto in tutte le obbligazioni, anche di mezzi: una cosa è affermare che il risultato da raggiungere è sempre e comunque l’aspettativa del cliente (essere curato, assolto ecc.) e un’altra, secondo la teoria di Mengoni sopra ricordata, che il risultato in quell’ipotesi consisterebbe nell’attività necessaria per cercare di raggiungere tale aspettativa del cliente. Non essendo possibile guarire ogni malato o far assolvere ogni imputato²⁸, è chiaro come, a voler indicare che anche nelle obbligazioni di mezzi vi sia un risultato a oggetto dell’obbligazione, questo non possa rappresentare l’aspettativa del cliente²⁹ ma solo un compor-

¹⁷ Galgano, *Trattato di diritto civile*, Padova, 2010, II, 664; Torrente Schlesinger, *Manuale di diritto privato*, a cura di Anelli e Granelli, Milano, 2013, 372-373; Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2015, 638; D’Amico, *La responsabilità ex recepto e la distinzione tra obbligazioni “di mezzi” e “di risultato”*, Napoli, 1999, 162 e segg.; Franzoni, *Le obbligazioni di mezzi e di risultato*, in Franzoni (a cura di), *Le obbligazioni in generale*, II, Torino, 2004, 1139 e segg.; Rovelli, *Commentario del codice civile*, sub art. 1176, 218 e segg.

¹⁸ L’art. 5.1.4 dei principi Unidroit, intitolato ‘*Obbligazioni di risultato. Obbligazioni di mezzi*’, prevede infatti che: “(1) Quando l’obbligazione di una parte comporti il dovere di raggiungere uno specifico risultato, quella parte è tenuta a raggiungere quel risultato. (2) Quando l’obbligazione di una parte comporti il dovere di adoperarsi con diligenza nell’esecuzione della prestazione, quella parte è tenuta a compiere gli sforzi che una persona ragionevole della stessa qualità compirebbe nelle medesime circostanze”.

¹⁹ Bianca, *op. cit.*, 74.

²⁰ Mengoni, *op. cit.*, 305 e segg.

²¹ Galgano, *op. cit.*, 664.

²² Cass., 28 febbraio 2014, n. 4876 evidenzia proprio che “le obbligazioni, siano esse “di risultato” o “di mezzi”, sono sempre finalizzate 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 (come, nella specie, fattori agronomici non controllabili dall’appaltatore, impegnatosi solo alla corretta esecuzione di un trattamento antiossidante della frutta stoccata in celle frigorifere); ne consegue che il debitore “di mezzi” prova l’esatto adempimento dimostrando di aver osservato le regole dell’arte e di essersi conformato ai protocolli dell’attività, mentre non ha l’onere di provare che il risultato è mancato per cause a lui non imputabili”.

²³ Galgano, *op. cit.*, 60.

²⁴ Bianca, *op. cit.*, 74.

²⁵ Cass., Sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Giur. It.*, 2008, c. 1653 evidenzia che “il punto relativo alla prova del nesso di causalità non può essere condiviso, nei termini in cui è stato enunciato, poiché esso risente implicitamente della distinzione tra obbligazioni di mezzi ed obbligazioni di risultato, che se può avere una funzione descrittiva, è dogmaticamente superata, quanto meno in tema di riparto dell’onere probatorio dalla predetta sentenza delle Sez. un. n. 13533/2001 (vedasi anche Sez. un., 28 luglio 2005, n. 15781). La dottrina ha assunto posizioni critiche sull’utilizzo della distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato, la quale, ancorché operante soltanto all’interno della categoria delle obbligazioni di fare (a differenza che in Francia dove rappresenta una *summa divisio* valida per tutte le obbligazioni), ha originato contrasti sia in ordine all’oggetto o contenuto dell’obbligazione, sia in relazione all’onere della prova e, quindi, in definitiva, allo stesso fondamento della responsabilità del professionista”. In modo analogo anche la successiva Cass., Sez. un., 28 luglio 2005, n. 15781, in *Giur. It.*, 2006, c. 1380.

²⁶ Prosegue, infatti, la stessa Cass., Sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Giur. It.*, 2008, c. 1653 indicando che “tale impostazione non è immune da profili problematici, specialmente se applicata proprio alle ipotesi di prestazione d’opera intellettuale, in considerazione della struttura stessa del rapporto obbligatorio e tenendo conto, altresì, che un risultato è dovuto in tutte le obbligazioni. In realtà, in ogni obbligazione si richiede la compresenza sia del comportamento del debitore che del risultato, anche se in proporzione variabile, sicché molti Autori criticano la distinzione poiché in ciascuna obbligazione assumono rilievo così il risultato pratico da raggiungere attraverso il vincolo, come l’impegno che il debitore deve porre per ottenerlo”.

²⁷ Anche recentemente, Cass., 20 maggio 2015, n. 10289 ha indicato che “l’obbligazione gravante sull’avvocato è di mezzi e non di risultato”: in questo senso anche Cass., 7 febbraio 2014, n. 2863; Cass., 5 agosto 2013, n. 18612; Cass., 18 aprile 2011, n. 8863.

²⁸ Franzoni, *op. cit.*, 1343 evidenzia proprio che “il risultato deducibile in obbligazione dipende dalla concreta possibilità di conseguirlo”.

²⁹ Lo stesso Mengoni, *op. cit.*, 188 e segg. metteva in luce che vi

tamento del debitore³⁰, che può essere valutato in termini di diligenza e non in rapporto all'utilità che il creditore si aspettava di conseguire.

Ci sembra, dunque, che in definitiva una differenza tra le due ipotesi permanga: come ha indicato recentemente la S.C. "il debitore 'di mezzi' prova l'esatto adempimento dimostrando di aver osservato le regole dell'arte e di essersi conformato ai protocolli dell'attività, mentre non ha l'onere di provare che il risultato è mancato per cause a lui non imputabili"³¹. Come ha indicato la letteratura³², non mutano le regole applicabili per valutare l'inadempimento, ma la classificazione ha un'utilità perché pone in luce il diverso oggetto della prova richiesta. Di qui appunto l'utilità di mantenere la distinzione tra le due tipologie di obbligazioni, occorrendo però procedere a precisazioni ulteriori, che sono quelle stimulate dalla recente sentenza Cass., 23 marzo 2017, n. 7410.

Gli obblighi informativi del professionista

Quel che resta appena accennato nelle sentenze che inquadrano l'attività professionale nelle obbligazioni di mezzi è la circostanza, invece fondamentale, per la quale non tutte le obbligazioni del professionista sono di mezzi³³.

Quel che è di mezzi o di risultato, infatti, non è tanto l'attività posta in essere, ma la specifica obbligazione prestata dal soggetto che svolge una determinata attività. Infatti, le obbligazioni svolte da un tale soggetto sono plurime e differenti le une dalle altre, per cui non è possibile generalizzare indicando ad esempio che le obbligazioni del professionista sono sempre di mezzi. La verifica, invece, deve essere compiuta caso per caso: sono dunque di risultato quelle obbligazioni nelle quali il risultato è in rapporto di

causalità necessaria con l'attività del debitore, non dipendendo da alcun fattore a essa estraneo (obbligazioni governabili), mentre sono di mezzi quelle nelle quali il risultato dipende, oltre che dal comportamento del debitore, da fattori ulteriori e concomitanti³⁴.

Da tale profilo, certamente le obbligazioni caratteristiche delle singole professioni generalmente sono di mezzi³⁵, come quella di impegnarsi per far assolvere l'imputato o per fare guarire il malato, ma ciò non esclude, appunto, che ve ne siano altre di risultato, perché dipendono solo dal comportamento del debitore.

Questo è proprio il caso delle obbligazioni concernenti le informazioni, sulle quali si sofferma la sentenza Cass., 23 marzo 2017, n. 7410³⁶, che il professionista deve chiedere e fornire al proprio cliente, in modo da consentire al primo di orientare la propria attività e da permettere al secondo di valutare se e quali rischi intenda assumersi³⁷. Il cliente può decidere di impugnare una sentenza corretta anche se vi sono pochi margini di riforma, ma il suo difensore sarà responsabile della mancata informazione se quell'esito previsto dipende da una scelta non informata: non perché abbia difeso male (senza la dovuta diligenza) ma perché è mancata l'informazione che ha fatto assumere un rischio non ponderato. Allo stesso modo, il paziente può decidere di operarsi anche se vi siano rischi più alti di conseguenze negative rispetto a quelli che vi sarebbero in assenza dell'operazione: se l'informazione su tali rischi vi è stata il medico risponde solo in assenza della corretta diligenza in relazione all'operazione; in assenza di informazione, invece, la responsabilità è di risultato, perché è stato pregiudicato il diritto del paziente di scegliere quali rischi assumersi, e il medico risponde anche se l'operazione è stata eseguita correttamente³⁸.

sono obbligazioni in cui l'aspettativa perseguita dal creditore non può essere posta quale oggetto di un impegno contrattuale.

³⁰ Sicchiero, *Dell'adempimento delle obbligazioni*, cit., 146 evidenzia che "se si riconosce che non si possa promettere la vittoria in una causa nel contratto tra cliente ed avvocato o che il medico non possa garantire la sicura guarigione da una certa malattia, si ammette in tal modo che il risultato voluto dal cliente non può essere oggetto della prestazione e dunque che il debitore non sarà inadempiente se lo mancherà: tanto basta per riconoscere dunque che questa è un'obbligazione -si passi la negazione- non di risultato". Musolino, *Contratto d'opera professionale* (artt. 2229 - 2238), in F. Busnelli (a cura di), *Commentario al codice civile*, Milano, 2014, 171 sottolinea che "il termine 'risultato' con riguardo alle professioni intellettuali configura, quindi, l'opera che il debitore è tenuto a compiere in vista del fine ultimo che il creditore vuole raggiungere, cioè un complesso di prestazioni, comportamenti, e atti professionali conformi alle regole dell'arte e alle norme di correttezza".

³¹ Cass., 28 febbraio 2014, n. 4876.

³² Bianca, *op. cit.*, 74.

³³ Sicchiero, *Dell'adempimento delle obbligazioni*, cit., 149-150 indica proprio che un difetto della distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato risiede nella sua applicazione categorica, riconducendo nelle seconde tutte le attività del professionista e del mandatario: "non è in tal senso l'individuazione della qualifica del debitore (professionista o meno) o della prestazione (fare o dare, non fare, garantire ecc.) a consentire cioè quella distinzione" (Sic-

chiero, *Dell'adempimento delle obbligazioni*, cit., 156).

³⁴ Cass., 28 febbraio 2014, n. 4876.

³⁵ Peraltro neppure sempre, perché in alcuni casi anche l'attività tipica di un dato professionista può essere di risultato ove la specifica prestazione sia nella sua sfera di controllo, tenuto conto dello stato della scienza, come per il progettista in relazione ai calcoli statici dei cementi armati: Sicchiero, *Dell'adempimento delle obbligazioni*, cit., 151.

³⁶ Peraltro, già Cass., 14 novembre 2002, n. 16023, aveva indicato che "nel caso d'incarico professionale avente ad oggetto un'attività stragiudiziale intesa alla formulazione di un parere, i doveri di informazione, sollecitazione e dissuasione, gravanti sul professionista, non costituiscono obbligazioni di mezzi (nella specie, è stata riconosciuta la responsabilità dell'avvocato che non aveva provveduto ad informare il cliente, formulando parere stragiudiziale, della possibilità che venisse eccepita la prescrizione)".

³⁷ Sul tema vi sono numerose pubblicazioni che esaminano il profilo del consenso e dell'informazione nell'attività medica, mentre per le trattazioni riferite in generale ai professionisti o ad altre professioni segnaliamo tra gli altri: Musolino, *op. cit.*, 521 e segg.; Perugini, *La diligenza imposta al professionista nell'espletamento del suo incarico e l'obbligo d'informazione*, in *Giur. It.*, 2005, 1402 e segg.; Cirillo, *I limiti della responsabilità civile del professionista intellettuale*, in *Giust. Civ.*, 2005, II, 235; Trazzi, *Responsabilità dell'avvocato per violazione dell'obbligo di informazione*, in *Contratto e Impresa*, 1999, 47.

³⁸ Cass., 6 giugno 2014, n. 12830.

Ovviamente, tale obbligazione di risultato rimasta inadempita genera un'automatica responsabilità, che farà però sorgere un diritto al risarcimento solo laddove si dimostri il nesso di causalità³⁹: si potrebbe ad esempio provare che il cliente, anche se informato, avrebbe impugnato perché così ha fatto anche in altre situazioni analoghe⁴⁰.

Ogni scelta del cliente di questo tipo è soggettiva e può dipendere da valutazioni non solo di convenienza economica ma anche di diverso tipo: si pensi a chi, ad esempio, non voglia impugnare la decisione sbagliata perché la controparte è un parente e preferisca quindi evitare ulteriori tensioni in famiglia; si pensi a chi soffra psicologicamente della lite che pende e preferisce non impugnare la decisione, anche se vi sarebbero le condizioni per farlo, per guardare avanti; si pensi, ancora, a chi non è in grado di affrontare psicologicamente l'operazione e preferisce assumersi qualche rischio in più ma non operarsi; oppure, al contrario, a chi svolga un'attività sportiva e preferisce operarsi anche se i rischi di complicazioni sono rilevanti, perché solo l'operazione potrebbe permettergli di continuare a svolgere tale attività.

Tutte le informazioni necessarie all'assistenza e alle scelte consapevoli del cliente, che il professionista deve chiedere o fornire nell'ambito della sua attività, dipendono unicamente dal suo comportamento. La mancata informazione o richiesta di informazioni, quando si ritenga che fosse necessaria, non ammette giustificazioni perché appunto è un'obbligazione go-

vernabile dal soggetto che presta l'attività professionale.

Semmai, la questione è quali informazioni siano dovute e quali non lo siano, ma questo è un problema a monte, che concerne l'origine di un tale obbligo.

In alcuni casi è la legge che prevede la necessità di chiedere o fornire alcune informazioni: si pensi al consenso informato che il medico deve chiedere al paziente o agli obblighi informativi previsti dalla legge professionale forense⁴¹ o, più in generale, previsti per tutti i professionisti dal D.L. n. 1/2012, riguardanti però in modo espresso solo il livello di complessità dell'incarico, gli oneri ipotizzabili e i compensi prevedibili. In queste ipotesi, l'obbligo di legge fonda l'obbligazione di informazione del professionista, sulla quale non può dunque discutersi.

In altri casi, comunque, un tale obbligo sussiste ai sensi dell'art. 1176 c.c.⁴², se non anche in virtù del dovere di comportarsi in buona fede⁴³, quantomeno per le informazioni da chiedere o fornire che siano necessarie al professionista per svolgere la propria attività e al cliente per una scelta informata di quali rischi assumere⁴⁴.

Come può il medico curare il paziente senza chiedere quali sintomi senta? Ovviamente non è un'informazione che, se richiesta dal professionista e fornita dal paziente, esoneri il primo da responsabilità dovendo poi essere verificata⁴⁵, ma è pur sempre necessaria per consentire l'adempimento dell'obbligazione principale, vale a dire quella di curare il paziente. Allo

³⁹ App. Milano, 5 marzo 2015, in *Danno e Resp.*, 2016, 382 indica infatti che "il medico che sottoponga il paziente a un intervento chirurgico in assenza di consenso informato, ovvero di uno diverso ed ulteriore rispetto a quello in relazione al quale sia stato prestato il consenso informato, risulterà responsabile per omessa o inesatta informazione anche quando il trattamento medico sia stato eseguito correttamente, in quanto l'obbligo di informazione è rivolto a tutelare la libertà di autodeterminazione del paziente, che è diritto autonomo e distinto rispetto a quello alla salute, comportando quindi una autonoma voce risarcitoria anche in assenza di danno biologico; perché il medico risponda delle conseguenze della omessa informazione è necessario che il paziente dimostri, anche in via presuntiva, che non si sarebbe sottoposto al trattamento medico qualora fosse stato adeguatamente informato, non potendosi altrimenti affermare la sussistenza di un nesso di causalità tra la violazione (omessa informazione) ed il bene giuridico che si assume leso (la salute)".

⁴⁰ Cass., 6 giugno 2014, n. 12830, invece, in un caso di responsabilità medica arriva a presumere, stanti le particolarità concrete della situazione all'esame, che, anche se il paziente fosse stato informato, il consenso non sarebbe stato prestato.

⁴¹ L'art. 13, L. 31 dicembre 2012, n. 247 prevede ad esempio che "il professionista è tenuto, nel rispetto del principio di trasparenza, a rendere noto al cliente il livello della complessità dell'incarico, fornendo tutte le informazioni utili circa gli oneri ipotizzabili dal momento del conferimento alla conclusione dell'incarico; a richiesta è altresì tenuto a comunicare in forma scritta a colui che conferisce l'incarico professionale la prevedibile misura del costo della prestazione, distinguendo fra oneri, spese, anche forfetarie, e compenso professionale".

⁴² Sicchiero, *Dell'adempimento delle obbligazioni*, cit., 213 indica che l'obbligo di informare e di chiedere informazioni deriva proprio dall'obbligo di adempiere con diligenza. Precisa poi che (215) che "il debitore deve chiedere al creditore di fornirgli tutte

le informazioni che appaiano necessarie per cercare di fargli raggiungere il risultato sperato. In tal senso, anzi, è proprio la non governabilità del risultato ad imporre che il debitore si adoperi con la massima diligenza nel chiedere tali informazioni, essendo queste necessarie perché l'attività sia resa nelle migliori condizioni possibili, riducendo l'alea connessa agli imprevisti". Inoltre, anche Cass., 11 gennaio 2006, n. 264, riguardo all'attività del notaio, pone in luce il fatto che un tale dovere informativo deriva dall'obbligo di adempiere diligentemente il contratto: "il mancato adempimento dell'obbligo di informazione da parte del notaio integra un elemento essenziale della sua prestazione professionale, ed il suo inadempimento costituisce violazione delle obbligazioni derivanti dal contratto di prestazione d'opera professionale". In modo analogo, Cass., 20 novembre 2009, n. 24544, per quel che riguarda l'attività dell'avvocato, indica che tali obblighi derivano dal dovere di adempiere la prestazione professionale: "l'avvocato, nell'adempimento della propria prestazione professionale, è tenuto ad informare il cliente sulle conseguenze del compimento o del mancato compimento degli atti del processo, e, se del caso, a sollecitarlo nel compimento di essi ovvero, sussistendo le condizioni, a dissuaderlo della loro esecuzione".

⁴³ Musolino, *op. cit.*, 269 e 620 evidenzia proprio che tale obbligo informativo deriverebbe anche dal dovere di buona fede.

⁴⁴ Musolino, *op. cit.*, 620 indica che vi è il dovere di informare il cliente "del grado di utilità della prestazione richiesta [...], sulle modalità in genere e sui rischi specifici e prevedibili del suo intervento".

⁴⁵ Cass., 12 settembre 2013, n. 20904, evidenzia proprio che "una volta iniziato il rapporto curativo, la ricerca della situazione effettivamente esistente in capo al paziente, almeno per quanto attiene alle evidenze del suo stato psico-fisico, è affidata interamente al sanitario, che deve condurla in piena autonomia anche rispetto alle dichiarazioni rese dal paziente in sede di anamnesi".

stesso modo, come può l'avvocato predisporre una memoria istruttoria senza chiedere al cliente se abbia altri documenti o testimoni utili a provare i fatti oggetto di causa?

Ovviamente, infine, il dovere di comunicare le informazioni utili a una scelta consapevole del cliente trova un limite nella prevedibilità delle situazioni. Certamente il professionista non può prevedere ogni situazione che si possa verificare, essendo il suo dovere limitato a ciò che fisiologicamente e normalmente accade. Ad esempio, dovendo indicare i tempi di possibile definizione della causa, certo è imprevedibile la malattia del giudice incaricato che rallenti i tempi del giudizio e, allo stesso modo, indicando i costi prevedibili di difesa, può essere imprevedibile il fatto che la controparte proponga un ricorso cautelare in corso di causa, magari per fatti sopravvenuti all'inizio del giudizio.

Fideiussione

Cassazione civile, Sez. III, 7 marzo 2017, n. 5630 – Pres. Di Amato – Cons. De Stefano – P.M. Mistri (conf.) – B. (avv. Volgger) – Cassa Raffeißen dell'Oltradige (avv. Galletti). *La Corte accoglie il ricorso.*

Fideiussione – Estinzione – Accessorietà della garanzia – Operazione economica

In difetto di valida allegazione e prova di diversa specifica previsione contrattuale, la fideiussione si estingue quando dell'obbligazione principale si verifica l'estinzione, senza che rilevino le modalità di quest'ultima o le fonti della provvista del debitore principale e, in particolare, senza che rilevi in contrario la circostanza che l'estinzione stessa abbia avuto luogo in base ad ulteriori finanziamenti o condotte di tolleranza da parte del medesimo creditore, le quali non abbiano così diminuito la posizione debitoria complessiva.

Omissis. – 31. Va infine esaminata l'ultima questione – della persistenza della fideiussione in caso di estinzione non satisfattiva del debito garantito – ed il motivo complessivo con cui la ricorrente la propone, cioè l'ultimo, con il quale la (*omissis*), in relazione a separate fideiussioni azionate in via riconvenzionale dalla controparte in primo grado per i mutui contratti dal medesimo (*omissis*), lamenta cumulativamente: – in relazione all'articolo 360 c.p.c., n. 3, “violazione e/o falsa applicazione del principio di eterodeterminazione dell'obbligazione ex articolo 1173 c.c., dell'articolo 1192 c.c. e dell'articolo 1843 c.c., comma 1; violazione e/o falsa applicazione del principio di accessorietà della fideiussione ed in particolare dell'articolo 1941 c.c.; violazione e/o falsa applicazione dell'articolo 1944 c.c., comma 1, per aver la Corte ritenuto non estinte le fideiussioni a fronte dell'estinzione dei mutui garantiti e quindi mal applicato l'articolo 1844 c.c., comma 1, ad una fattispecie da essa non regolata (punti 7.1.7.4.); violazione e/o falsa applicazione dell'articolo 1230 c.c. (punto 7.6.)”; – in relazione all'articolo 360 c.p.c., n. 5, “omesso esame di un fatto decisivo per la decisione della causa (punto 7.5.)”, consistente in ciò, che ciascun mutuo era stato estinto con denaro di cui il

Da tale profilo, la recente sentenza Cass., 23 marzo 2017, n. 7410 ha il pregio di evidenziare proprio tali aspetti. Il professionista ha dei doveri informativi attivi e passivi che non dipendono, come l'esito della sua attività, da fattori esterni al suo controllo e dai quali, quindi, può derivare una sua responsabilità che consegue automaticamente al mancato adempimento di tale obbligazione, che è dunque generalmente di risultato. Fermo che il cliente avrà diritto al risarcimento del danno solo laddove si ritenga sussistente lo specifico dovere informativo non adempiuto o che si ritenga sussistente il nesso di causalità tra la mancata informazione e tale danno, potendosi affermare che con l'informazione mancante il cliente avrebbe agito diversamente e che con l'informazione che doveva essere richiesta vi sarebbe stato un esito differente.

debitore principale comunque disponeva su suoi conti personali – in estrema sintesi, censurando la statuizione di non avvenuta estinzione delle originarie obbligazioni, per le quali le fideiussioni erano state concesse, per non essere dipesa da versamenti del debitore, ma dalla contrazione di altri debiti o dal ricavo di altri finanziamenti, se del caso volti proprio a ripianare le precedenti esposizioni. 32. Il motivo è palesemente fondato. In difetto di diversa specificazione nel relativo testo contrattuale, che il creditore garantito non si è premurato di documentare adeguatamente nel corso del giudizio, non rileva la fonte della provvista con cui il debitore principale la ha comunque estinta, o, in altri termini, non rileva che l'estinzione dell'obbligazione possa essere stata oggettivamente non satisfattiva per il creditore, cioè neppure che il formale pagamento con cui quella è avvenuta sia dovuto alla messa a disposizione di altre liquidità o disponibilità da parte dello stesso creditore originario, il cui effettivo credito complessivo non sia quindi diminuito, ma venga in certo modo ristrutturato o sostituito nella sua composizione. 33. In altri termini, la fideiussione non è – di norma – concepita dall'ordinamento come suscettibile di essere rilasciata per una sorta di operazione economica oggettivizzata, ovvero indipendentemente dai formali concreti rapporti giuridici di credito nei quali questa invece si sostanzia, né può dirsi che, a questi fini o comunque ai fini della liberazione del garante, il debito non sia estinto se non quando il creditore sia stato effettivamente soddisfatto con l'azzeramento delle relative ragioni per il concreto incasso di corrispondenti mezzi monetari rivenienti primariamente ed originariamente dal debitore o da altri terzi estranei alla sfera patrimoniale del creditore; ed all'estinzione dell'obbligazione principale si ricollega causalmente pure l'estinzione della fideiussione prestata per la singola obbligazione descritta nel negozio con cui era stata concessa. 34. Né può qui applicarsi la regola generale dell'articolo 1844 c.c. (sulla persistenza della garanzia per tutta la durata del rapporto anche nel caso in cui l'accreditato cessi di essere debitore della banca), non potendo istituirsi un collegamento con l'apertura di credito – anche solo atipica – di cui si è discusso nella disamina dei motivi precedenti, o quella dell'articolo