

NOTE SPARSE SUL PARERE LEGALE

(parte di uno scritto precedente)

1. La redazione del parere.

Pare opportuno sottolineare innanzitutto che non esiste una forma rigida da rispettare nella redazione del parere (ci si riferisce, naturalmente, al parere scritto).

Convieni, piuttosto, seguire un procedimento, il quale può schematicamente suddividersi in un'attività preparatoria e in una di stesura finale del parere.

Questo è anche il criterio logico ed operativo che viene descritto a proposito dell'opera professionale in generale dall'Autorità Antitrust nella indagine conoscitiva sulle professioni dell'ottobre 1997¹: *“Giova preliminarmente distinguere varie fasi del processo attraverso il quale il professionista arriva a rispondere alle esigenze del cliente. In particolare, giova distinguere l'attività relativa all'analisi del problema posto e all'identificazione della sua soluzione, da quella successiva, concernente la vera e propria prestazione tecnica, che si traduce nella produzione di pareri, perizie, progetti.”*

Il modello così indicato appare dotato di particolare efficacia euristica per la stesura del parere.

¹ Riferite da E. CAPPA, *Il parere legale*, Milano 2004, p. 148. Tale monografia è particolarmente utile per l'identità dell'argomento e l'ampiezza della trattazione, e si farà ripetutamente richiamo ad essa.

Al primo punto dell'attività preparatoria sta il contatto con il cliente e, attraverso tale contatto, la comprensione del problema, che diventa poi comprensione del quesito.

Si tratta di un momento assai delicato, perché dalla esatta percezione della questione sottoposta dipendono il corretto inquadramento giuridico della stessa, la ricerca del materiale e la soluzione finale.

Anche qui non vi sono regole fisse. Soccorrono la disponibilità all'ascolto da parte dell'avvocato; una capacità a tener separati i dati essenziali della questione dalle componenti psicologiche ed emozionali proprie del narrante; una miscela fatta di intuito naturale e di patrimonio giuridico di base, che permettano subito di pensare ad un primo modello giuridico di riferimento.

Se il contatto con cliente sia avvenuto non sulla base di un incontro personale ma attraverso una comunicazione scritta (si pensi alle *e-mail* cui ricorrono di solito le società nei loro rapporti con il professionista), grande attenzione va rivolta al testo della comunicazione. Si tratta di penetrare il significato esatto di parole e concetti, individuando gli elementi qualificanti che debbono essere enucleati con precisione dal contesto narrativo.

Dopo di che, si passa all'inquadramento giuridico del fatto, e si individuano quindi gli istituti giuridici che sono applicabili al caso.

In tale direzione, per prima cosa si cercherà la norma di riferimento, tenendo presente che la tradizionale gerarchia delle fonti normative (al di là del dibattito sul suo reale significato nel panorama del diritto

odierno) non può prescindere dai principi costituzionali, dalle norme del Trattato istitutivo dell'Unione europea, dagli atti avente valore di legge generale provenienti dall'U.E..

Una volta trovata detta norma giuridica, si prenderà in considerazione il formante giurisprudenziale, e solo in seconda battuta la dottrina.

La giurisprudenza costituisce sicuramente la fonte primaria e centrale nella ricostruzione giuridica della fattispecie, considerata l'importanza sempre maggiore che le decisioni dei giudici assumono nell'interpretazione del diritto (si parla in proposito di diritto vivente, in contrapposizione a quello, formale, ricavabile dal dato testuale della norma).

Così, grande cura dev'essere adoperata nella ricerca delle decisioni emesse, utilizzando gli usuali repertori e banche dati. E qui bisogna non fermarsi alle massime che si trovano pubblicate in tali repertori e banche dati (a meno che si tratti di sentenze rimaste inedite, e tanto risalenti nel tempo da non essere riportate nei repertori), ma è necessario andare a leggere le sentenze per esteso. Le massime, infatti, non sono sempre la fedele riproduzione della "*ratio*" o delle "*rationes decidendi*" seguite dal giudice nel motivare la propria decisione. Talvolta riproducono aspetti che il percorso argomentativo della sentenza ha toccato in maniera marginale o ha introdotto solo per fornire un quadro sistematico della disciplina normativa in materia, senza che tali aspetti abbiano inciso direttamente nella

soluzione del caso. Talvolta le massime sono equivoche, quando non addirittura mentitorie².

Nella lettura della sentenza per esteso è di grande utilità ricercare il fatto nelle peculiarità concrete in cui si è verificato. In tal modo viene facilitata l'individuazione dei punti di somiglianza, o di diversità, tra la fattispecie decisa e quella oggetto del parere da redigere.

La ricerca del materiale giurisprudenziale non si deve arrestare di fronte alle prime sentenze che appaiano favorevoli alla tesi verso la quale si propende, ma deve andare oltre e più in profondità.

Quanto più completo sarà il reperimento delle decisioni, favorevoli e contrarie; quanto più attenta sarà stata l'analisi condotta sull'uno e sull'altro (e magari su di un eventuale terzo) orientamento rintracciato; quanto più diligente sarà stato il riordino delle pronunce all'interno di ogni orientamento (in una gamma che può andare dall'adesione massima a quella minima di ciascuna pronuncia rispetto al filone principale, percorrendo eventuali posizioni intermedie: il tutto secondo l'aureo principio del "*distingue frequenter*"); tanto più appagante sarà la soluzione offerta. Oltretutto, si eviterà il rischio di incorrere in responsabilità professionale per inesatto adempimento del dovere di informazione.

Di notevole aiuto è oggi il mezzo della ricerca informatica, che consente di accedere, tramite *internet*, ad una grande quantità di siti

² Ci si permette di rinviare a D. POTO, *Il dovere dell'avvocato di conoscere la giurisprudenza*, in "L'avvocato e il processo-Le tecniche della difesa" a cura di A. Mariani Marini e M. Paganelli, Milano, 2003, p.361 ss.

in grado di riportare i più recenti documenti pubblicati nella materia in esame (testi normativi, pronunce di giudici, commenti dottrinali).³

L'avvertenza d'obbligo, nella navigazione via *internet*, è di scegliere con cura i documenti, soprattutto quelli che si presentano come contributi dottrinali, dal momento che non esiste alcun filtro all'accesso da parte di chi voglia comunicare in rete: è necessario quindi, per la ricerca di analisi e commenti di matrice dottrinale, rivolgersi a pochi siti *web* selezionati. (Conviene inoltre utilizzare soltanto i documenti strettamente indispensabili, evitando quell'alluvione cartacea che è un effetto tipico dello "scaricare" dalla rete.)

I precedenti trovati saranno maggiormente significativi quanto più sale il grado dell'autorità da cui provengono: il Tribunale cede ad una pronuncia di Corte d'appello, questa è superata dal *dictum* della Corte di Cassazione, una sentenza delle Sezioni Unite prevale su quella emessa da una Sezione semplice⁴.

Una volta inquadrata giuridicamente la fattispecie, trovato il modello normativo di riferimento, raccolto il materiale giurisprudenziale (ed eventualmente dottrinale) a supporto di tale modello, si chiude la prima fase per passare a quella della stesura finale del parere.

³ E. CAPPA, op. cit., che, a proposito della possibilità di versare in giudizio un documento conosciuto attraverso la ricerca elettronica, cita Tribunale Napoli 9 agosto 1997, in *Dir. e giur.*, 1997, 472, secondo cui "l'onere di provare il contenuto di una pubblicazione on line può essere soddisfatto mediante l'esibizione della riproduzione a stampa delle pagine elettroniche di cui si compone un sito internet".

⁴ L'art. 374, comma 3°, c.p.c., nella nuova formulazione, mira a rafforzare la funzione nomofilattica della Corte di Cassazione e, attraverso di essa, il valore del precedente giurisprudenziale là dove stabilisce che se la sezione semplice non condivide il principio di diritto enunciato dalle sezioni unite, rimette a queste ultime la decisione del ricorso.

E', questa, la parte in cui debbono essere presentate le soluzioni alle questioni poste.

Nella seconda parte si può ricorrere, più o meno consapevolmente, ai paradigmi della *inventio*, *dispositio* ed *elocutio* che i cultori dell'argomentazione mutuano tuttora dalla retorica classica: dove per *inventio* si intende la ricerca degli argomenti, per *dispositio* si allude alla disposizione di essi, mentre l'*elocutio* si riferisce alla loro esposizione ragionata.

Decisivo è comunque l'ordine logico-gerarchico seguito nella trattazione degli argomenti.

Una buona regola vuole che all'inizio dello scritto sia enunciato il quesito posto dal cliente (ad es.: "E' stato posto il seguente quesito").

Dopo di che, secondo il suggerimento di un Autore, converrebbe tracciare un sommario, o un indice, dell'attività di indagine (ad es.: "Mi propongo di chiarire i seguenti aspetti:"). Conviene anche preannunciare il campo di ricerca ("Quanto di seguito esposto è il risultato dell'analisi svolta sui seguenti documenti...contrassegnati dai numeri x, y e prodotti con il presente parere").

Tutto questo aiuta a fissare con chiarezza il programma che si intende presentare, con i temi su cui ci si pronuncerà. Al contempo, offre al cliente la possibilità di domandare un supplemento di indagine.⁵

Il discorso giuridico procede naturalmente per concetti, e quindi per astrazioni. Occorre, quindi, per un verso impiegare un linguaggio

⁵ E. CAPPA, op. cit., pag. 175 ss.

semplice e chiaro, e per un altro verso fare un uso appropriato della terminologia giuridica (tenendo conto che le espressioni del diritto spesso non tollerano sinonimi: collazione, usufrutto, trascrizione, e tanti altri, sono vocaboli non fungibili)

Si passerà quindi a indicare i riferimenti normativi considerati applicabili alla fattispecie, e sulla scorta dei quali è stato possibile individuare i rimedi utilizzabili.

Si procederà poi all'esposizione sintetica delle argomentazioni che giustificano le scelte adottate.

Un'avvertenza: il cliente ha necessità di chiarezza. Quando si adopera un linguaggio specialistico si tende, però, a confondere l'oscurità con le difficoltà causate al profano da una materia complessa, e tecnica, e perciò difficile da capire, specialmente quando sia esposta con precisione, cioè con espressioni il più possibile univoche.⁶

E allora, chiarezza espressiva significa rifuggire da conclusioni ambigue o generatrici di insicurezze (come ad es. "non è escluso che", oppure: "sembrerebbe il caso"); ma significa al tempo stesso sforzarsi di adoperare parole che non si prestino a interpretazioni diverse.

Se le ricerche fatte portano a conclusioni non univoche (quali possono derivare da indirizzi giurisprudenziali in contrasto fra loro, o da indirizzi influenzati da tendenze evolutive), è doveroso esibire tale

⁶ B. MORTARA GARAVELLI, *Manuale di retorica*, Milano, 1988, p. 137.

stato di cose senza reticenze, né tentare di compiacere il cliente prospettandogli soltanto le soluzioni a lui gradite.

Si può -meglio: si deve- concludere il testo formulando suggerimenti operativi. Il che vuol dire che la chiusura del parere scritto dovrà indicare i rimedi da esercitarsi in via principale, le possibili soluzioni praticabili in via alternativa, le eventuali contromosse alle ipotetiche reazioni della parte avversa.

Infine, è buona regola riportare in calce l'elencazione dei documenti trovati, e consegnare tali documenti insieme al parere.

2. Il parere *pro veritate* e il parere *on line*.

Solo rapidi cenni a due particolari sottotipi di parere legale: il parere *pro veritate* e il parere *on line*.

Sul parere *pro veritate*, rimando alla trattazione che ne fa Alarico Mariani Marini, e che ne fissa con perspicuità caratteri e funzione.⁷

Sono ormai residuali i casi di stesura di pareri *pro veritate*. Attualmente essi vengono richiesti per lo più a docenti esperti di materie giuridiche, spesso come documenti che il giurista interpellato

⁷ Non si può fare a meno di ricordare le argute chiose che CALAMANDREI dedica a questo argomento nel suo insuperabile *Elogio dei giudici*. Val la pena riportarle quasi interamente: “Io ho fiducia degli avvocati –mi diceva un giudice- perché apertamente si presentano come difensori di una parte e confessano con questo i limiti della loro credibilità; ma diffido di certi giureconsulti della cattedra che, senza firmar le comparse e assumere apertamente l’ufficio di difensori, mandano dentro all’incartamento di causa, indirizzati a noi giudici come se fossimo loro scolari, certi loro pareri che chiamano <per la Verità>, quasi volendo farci credere che in queste consultazioni su commissione essi non intendono fare opera di patrocinatori partigiani, ma di disinteressati maestri che non si curano delle cose terrene. Questo modo di fare mi sembra indiscreto per due motivi: primo, perché se il consilium sapientis era in uso quando i giudicanti erano analfabeti, offrire oggi al magistrato che ha la sua laurea una cosiffatta lezioncina a domicilio, non è fargli un complimento; secondo, perché non si riesce a comprendere come avvenga che, in questi pareri inseriti in un fascicolo di parte, la Verità, col V maiuscolo, coincida sempre coll’interesse della parte che allega il parere.” (*Elogio dei giudici*, Firenze 1989, pag. 36).

redige a sostegno di impugnazioni delle prove scritte giudicate insufficienti nei pubblici concorsi. E' verosimile quindi escludere, nella normalità dei casi, la possibilità di redazione di un parere del genere.

Sul parere *on line*, occorre sottolineare intanto come esso riguardi, semplicemente, una prestazione professionale di consulenza prestata per via telematica.

A tale forma nuova di contatto, che in se stessa non è diversa dai correnti canali di comunicazione se non per l'uso del mezzo, si pone un problema di protezione della riservatezza. Se si considera che il segreto professionale è una delle più gelose prerogative della professione forense, a presidio della quale soccorre anche la tutela penale di cui all'art. 622 c.p., ci si deve chiedere quale forma di segretezza possa essere assicurata ad una comunicazione per posta elettronica, quando una *e-mail* trasmessa via *internet* ha – come è stato affermato- lo stesso grado di protezione di una cartolina postale: nessuno.

La vulnerabilità del mezzo fa sì che per l'avvocato che rilascia una consulenza di questo tipo sia doveroso munirsi di cautele tecnologicamente adeguate. E' stato suggerito, fra queste, l'impiego della crittografia, che permette di rendere illeggibile un documento a soggetti estranei al destinatario. In particolare, si è indicato il meccanismo della crittografia asimmetrica, che si basa sul possesso di due chiavi crittografiche: una destinata a rimanere segreta, ed un'altra resa pubblica. Per cifrare il messaggio in partenza basterà

utilizzare la chiave pubblica; il destinatario potrà poi decifrare il messaggio usando la chiave privata di cui dispone in modo esclusivo.

3. Profili di responsabilità civile del consulente legale.

In tema di responsabilità del professionista, l'art. 2236 cod. civ. dispone che, in caso di prestazioni che implicino la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o di colpa grave.

In dottrina e giurisprudenza veniva tradizionalmente evocata al riguardo la distinzione dottrinarica fra obbligazione di mezzi (o di comportamento) e obbligazione di risultato, e si riconduceva la prestazione professionale dell'avvocato al primo concetto. Il che voleva dire che in capo all'avvocato sussiste il dovere di svolgere l'attività professionale necessaria nella difesa del cliente e di svolgerla con la adeguata diligenza, ma non di assicurarne l'esito positivo (l'avvocato non è obbligato a garantire la vittoria in una lite, ma a ben difendere nella lite).

La giurisprudenza più remota, soprattutto in materia di difesa in giudizio, si attestava saldamente su tale principio, argomentando che anche in caso di colpa professionale dell'avvocato nessun danno sarebbe risarcibile in quanto manca la certezza e immediatezza del danno causalmente ricollegabile alla condotta colposa del professionista⁸.

⁸ Fondamentale in materia è la sentenza della Cass. 10 febbraio 1931, n. 495, con nota di P. Calamandrei in *Dir. riv. proc. civ.*, 1931, II, 260.

In anni più recenti tale principio è stato decisamente abbandonato. Sulla spinta di una sempre maggiore attenzione prestata al fenomeno della responsabilità per colpa dei professionisti, oggi si afferma infatti dalle corti che il danno da risarcire non è soltanto il danno certo, ma altresì il danno probabile, dovuto semplicemente alla perdita di *chances*: ossia di un'utilità, suscettibile di valutazione economica, che già esiste nel patrimonio del danneggiato⁹.

Questo vale, ripetesi, nell'ambito della difesa processuale, e al cospetto di una condotta omissiva dell'avvocato (si porta di solito l'esempio dell'avvocato che abbia per negligenza mancato di proporre un atto d'appello).

Un diverso approccio pone alla sua base la distinzione fra incarico specifico e incarico generico, recuperando quindi sotto altra angolazione la *summa divisio* fra obbligazione di mezzi e obbligazione di risultato. Si osserva cioè che con l'incarico specifico l'avvocato assume obblighi di risultato ben definiti che, qualora inadempiti, sono atti a cagionare al cliente la perdita della possibilità di esperire l'azione o altro danno.¹⁰

Questa è la linea seguita dalla giurisprudenza che si è occupata della responsabilità dell'avvocato per la redazione di un parere.

Con l'assunzione di tale incarico, si afferma, l'avvocato si obbliga ad un *opus*, e quindi ad un risultato, in considerazione del fatto che il

⁹ Cfr. A. FABRIZIO-SALVATORE, nota a commento di Cass. 14 novembre 2002, n. 16023, in *Danno e Resp.* 2003, 259 ss.. Si afferma che non basti però una perdita di *chance* generica, occorrendo che questa abbia un contenuto verosimile: cfr. R. CONTE, *Profili di responsabilità civile dell'avvocato*, IN ngcc 2004, II, 144 ss.

¹⁰ A. FABRIZIO-SALVATORE, op. loc. citati, ivi con richiamo a G. Musolino, *la responsabilità civile del professionista* in Riv. trim. app. 1989, 735.

parere richiesto risulta indispensabile per prospettare la situazione del cliente. Non si obbliga ad un mero *facere*, quale quello, pur qualificato, di assistere il cliente in causa.

La prestazione di consulenza impegna, dunque, l'avvocato ad un risultato, il quale non consiste nel vincere la causa, ma nel fornire al cliente *“gli elementi di valutazione necessari e i suggerimenti opportuni onde poter adottare consapevoli decisioni a seguito di un apprezzamento ponderato di rischi e vantaggi”*.¹¹

Il contenuto della prestazione di consulenza stragiudiziale comprende, in particolare, il preciso dovere di informare compiutamente il cliente di ogni rischio di causa. Non soltanto: a detto obbligo di informazione si accompagnano specifici doveri di dissuasione e di sollecitazione, e tali doveri non costituiscono affatto obbligazioni di mezzi.

Così incorre in responsabilità professionale (si tratta, anzi, dell'ipotesi più frequentemente esaminata dalla Suprema Corte, e quella in cui si è costantemente deciso per la colpa) l'avvocato il quale, nel rilasciare un parere preventivo alla causa, ometta di rappresentare la possibilità che controparte eccepisca la prescrizione, e conseguentemente non prospetti al cliente l'inopportunità di un'azione destinata a probabile esito sfavorevole.

Naturalmente, all'avvocato spetta di informare il cliente e, ove necessario, di dissuaderlo: soprattutto quando, come nel caso appena visto, rilevi l'esistenza di una prescrizione del diritto. Spetta

¹¹ Cass. 14 novembre 2002, n. 16023, citata.

poi al cliente decidere se adire ugualmente il giudice, sperando che la controparte non sollevi l'eccezione di prescrizione ovvero che, se questa sia stata sollevata, la questione venga risolta in senso a lui favorevole.¹²

Come si nota, in definitiva, l'attività di consulenza stragiudiziale postula un livello particolarmente elevato di competenza e insieme di diligenza professionale, in cui la responsabilità dell'avvocato può essere sottoposta al vaglio, alternativo o concorrente, della azione disciplinare da parte del competente Consiglio dell'ordine e dell'azione giudiziale per risarcimento di danni esperita dal privato richiedente.

Avv. Dario Poto

¹² Cass. 29 novembre 1973, n. 3298, in *Foro it.*, 1974, I, 678, richiamata da R. CONTE, *profili di responsabilità civile dell'avvocato*, citato.