

L' avvocato *frivolous*.
Ovvero: delle cause perse

David Cerri

Ciò che affascina a proposito della frivolousness è che quei casi si possono individuare. Quello che non può esser fatto, ho scoperto, è spiegare (o insegnare a studenti) in che cosa esattamente consista il caso frivolous rispetto al caso debole ma ciò nonostante non-frivolous.

S.Levinson¹

L'OBBLIGO DI DISSUAZIONE.

La citazione in apertura delle conclusioni di un celebre saggio dello studioso statunitense inquadra adeguatamente anche la situazione italiana; ammesso che la traduzione corretta di *frivolous* sia temerario, anche nella nostra esperienza di giuristi pratici non è semplice una qualificazione astratta, mentre gran parte delle liti che poi vengono definite tali non incontrano - *ex post* - contestazioni su quella attribuzione. Non è infatti sufficiente la distinzione tra “*hard*” e “*weak cases*”, nei primi soltanto dei quali ogni avvocato potrebbe portare argomenti (comunque?) validi, distinzione che lo stesso studioso esamina nel richiamo a Dworkin².

Sono recenti decisioni della Cassazione che hanno riportato all'attenzione di un più vasto uditorio uno dei profili della responsabilità professionale dell'avvocato che più fa discutere la categoria, talvolta trasversalmente divisa tra chi teme un'eccessiva ingerenza nelle scelte difensive ³ e chi si preoccupa di tutelare l'immagine di professionisti seri, preparati, scrupolosi e trasparenti nel rapporto con il cliente, troppe volte messa in dubbio da vicende diffuse sui media. L'attento lettore avrà già capito che si tratta proprio della questione della “temerarietà” delle iniziative giudiziarie e della correlativa responsabilità del legale. E' quel tipo di

¹ S.Levinson, *Frivolous Cases: Do Lawyers Really Know anything at All?*, in *Osgoode Hall Law Journal* 24.2 (1986), 353 ss. (ns. trad.).

² R.Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge, 1978, 81 ss.

³ Timore giustificato soprattutto sotto il profilo della responsabilità civile, ed alimentato da qualche improvvida iniziativa come quella del testo originariamente approvato nel Consiglio dei Ministri del 17-12-2013 per l'efficienza del processo civile, collegato alla legge di stabilità 2014, che prevedeva la responsabilità del difensore *in solido con la parte* nel caso di liti temerarie. Non era del resto l'unica perla di quel testo... nulla ne è rimasto nel d.d.l. delega approvato dalla Camera il 10-03-2016, ora al Senato sub AS 2284, che pure alla lett. l) dell'art.2 vede una severa sanzione pecuniaria per la parte soccombente che abbia agito con mala fede o colpa grave, anche ove non sussistano gli altri presupposti dell'art.96 c.p.c.

causa, appunto, che altrove viene definita *frivolous*, quella che ha possibilità scarsissime o nulle di avere uno sbocco positivo, ma che ciò nonostante l'avvocato introduce o nella quale difende un cliente senza alcuna ragionevole speranza di successo.

Con un certo clamore (forse superfluo, ma comunque benvenuto, a parere di chi scrive ⁴) le riviste telematiche hanno diffuso massime (non ufficiali) come quella di Cass., Sez.VI, 12-05-2016 n.9695, secondo le quali sussiste uno specifico obbligo in capo all'avvocato di dissuadere il cliente da azioni che siano manifestamente prive di fondamento; poco prima Cass.Sez.II, 19-04-2016 n.7708 aveva di nuovo ricordato tra i doveri del professionista quelli di "*sollecitazione, dissuasione e informazione del cliente*", intorno ai quali in effetti deve ruotare la discussione. Fonti di riferimento quasi tratte gli artt.1176, 2 c., 1218, 2236 c.c., 96 (e 88) c.p.c., ma non interessa qui, peraltro, indagare gli aspetti civilisti del rapporto e la responsabilità professionale del legale che non adempia tali doveri, quanto tornare sui loro profili strettamente deontologici, in particolare per quello di dissuasione ⁵.

L'INCARICO PROFESSIONALE

In sintesi, sono momenti essenziali della fase iniziale del rapporto legale/cliente che consegue all'incarico professionale: una completa informazione sui fatti di causa (laddove per completa si deve intendere una informazione frutto di indagini accurate, in primo luogo su quanto esposto dal cliente e da questi sperabilmente documentato, e che devono sollecitare la sua attiva collaborazione, e spesso quella di altre professionalità); un'attenta analisi giuridica sia della fattispecie ricostruita nei limiti di quanto (doverosamente) possibile, che della ipotizzabile soluzione, o, forse più frequentemente, del percorso (giudiziale o stragiudiziale) per cercare di raggiungerla.

⁴ V. di G.Picchioni, vicepresidente del C.N.F., l'articolo *Cause temerarie - le regole esistono già* su Il Dubbio del 27-05-2016.

⁵ da segnalare comunque il consolidarsi dell'orientamento della S.C. che se da un lato ritiene che "*la mera infondatezza in iure delle tesi prospettate in giudizio non può di per sé integrare gli estremi della responsabilità aggravata di cui all'articolo 96 c.p.c.*", dall'altro sostiene che "*la palese insostenibilità delle tesi*" possa farlo, dovendosi tener conto "*(a) del principio di ragionevole durata del processo di cui all'articolo 111 Cost., che impone interpretazioni delle norme processuali idonee a rendere più celere il giudizio; (b) del principio che considera illecito l'abuso del processo, ovvero il ricorso ad esso con finalità strumentali...; (c) del principio secondo cui le norme processuali vanno interpretate in modo da evitare lo spreco di energie giurisdizionali*": così con le parole di Cass. civ., sez. III, 29-09-2016, n. 19298.

A tutti i momenti è tratto comune, ovviamente, la *preparazione* del legale: nel saper condurre la raccolta di informazioni; nel saperle valutare giuridicamente (un *work in progress* che può, durante la stessa indagine, indirizzarla in direzioni non supposte inizialmente); nel saper indicare la soluzione o – appunto – la mancanza o la grande improbabilità che ve ne sia una soddisfacente per gli interessi del tutelato. Sì che si può subito affermare che a monte di quei doveri vi è quello, capitale, della competenza ⁶.

Una volta compiuto adeguatamente quel percorso, l'avvocato ha la responsabilità della massima trasparenza verso il cliente, illustrandogli i prevedibili *pro* e *contra* delle iniziative prospettate; è a questo proposito che si è fatto un richiamo alla tematica del consenso informato, ben nota nel campo della responsabilità medica ⁷. Il paragone potrebbe essere però fuorviante qualora si pensasse a soluzioni "formalistiche" (altrettanto errate, come la giurisprudenza ci insegna) di cui in quell'ambito si sono avuti innumerevoli esempi; e qui il legale se da un lato è più agevolato, dall'altro è maggiormente onerato.

Più agevolato, perché dovrebbe (anzi, *deve*) rientrare nella sua naturale competenza la capacità, anche di natura linguistico/retorica, di saper tradurre in termini comprensibili al cliente (per la precisione, a "quel tipo" di cliente) quelle che possono essere le non semplici, e davvero spesso non univoche, interpretazioni giuridiche ⁸: ciò che probabilmente è più difficile quando analoga *traduzione* si deve dare di una pratica medica diagnostica o interventistica dove l'aspetto scientifico sia estremamente complesso.

Più onerato, perché – soprattutto quando la risposta sia negativa: quando cioè si deve dare al cliente la triste novella che...ha torto, secondo una ragionevole previsione – il dialogo riesce davvero difficile; esso costituisce l'oggetto di una vera e propria autonoma fase dell'incarico professionale, e non può in nessun modo esserne considerato solo come una appendice (in quel caso, anche spiacevole). L'

⁶ Un caso interessante e paradigmatico della realtà professionale statunitense, sulla quale tra poco tornerò, in W.H.Simon, *Lawyer Advice and Client Autonomy*, in *Ethics in Practice*, a cura di D.I.Rhode, New York, Oxford University Press, 2000, 165 ss.

⁷ V. già G.Alpa, *L'avvocato*, Bologna, Il Mulino, 2005, 143.

⁸ art.27 C.D.: *Doveri di informazione - 1. L'avvocato deve informare chiaramente la parte assistita, all'atto dell'assunzione dell'incarico, delle caratteristiche e dell'importanza di quest'ultimo e delle attività da espletare, precisando le iniziative e le ipotesi di soluzione.* Rule 1.4, b) Model Rules of Professional Conduct dell'American Bar Association: *A lawyer shall explain a matter to the extent reasonably necessary to permit the client to make informed decisions regarding the representation.*

“informazione” al cliente radica quindi solidamente il rapporto, se corretta, altrimenti lo inquina prima ancora dell’iniziativa vera e propria (o della decisione di ometterla).

Le decisioni citate della S.C. ribadiscono la delicatezza di quel momento nel sottolineare come per vincere l’imputazione di responsabilità, nel caso della lite temeraria, sia necessario da parte del professionista fornire la prova della “irremovibile [ma aggiungerei esplicitamente: *e consapevole*] iniziativa” del cliente nel promuovere l’azione, non essendo sufficiente una mera informazione, sia pure adeguata.

Non si tratta di novità particolari; le stesse decisioni ricordano precedenti come Cass., sez. III, 20-11-2009, n. 24544, e Cass., sez.II, 02-04-2015, n. 6782, ma è insegnamento costante⁹, anche in ambito disciplinare¹⁰.

LA FRIVOLOUS LITIGATION

Più interessante è forse allora andare a vedere come la *frivolous litigation* è trattata oltre oceano, pur consapevoli delle diversità fondamentali dei due sistemi, forse oggi comunque minori di un tempo ¹¹.

Negli U.S.A. una base normativa è fornita dalla Rule 11 delle Federal Rules of Procedure, più volte modificata, in particolare dal § b):

b) Representations to the Court.

By presenting to the court a pleading, written motion, or other paper—whether by signing, filing, submitting, or later advocating it—an attorney or unrepresented party certifies that to the best of the person’s knowledge, information, and belief, formed after an inquiry reasonable under the circumstances:

⁹ cfr. per es. Cass. civ., sez. III, 20-05-2015, n. 10289; Cass. civ., sez. III, 02-07-2010, n. 15717; Cass. civ., sez. II, 30-07-2004, n. 14597; Cass. civ., sez. II, 14-11-2002, n. 16023, e nella giurisprudenza di merito T. Pisa, 30-01-2015, in Merito extra, n. 2014.433.1, 2015; T. Ascoli Piceno, 03-02-2014, Merito extra, n. 2014.433.1. Giustamente M.Vaccari definisce “ambigua” la decisione di App. Perugia 14-02-1995 (in Rass. Giur. umbra, 1996, 1 ss.) per la quale la proposizione di un appello infondato può integrare talora una attività defensionale apprezzabile poiché può servire a fini dilatori per indurre il creditore ad una transazione, pur non escludendo riflessi ex artt. 88 e 96 c.p.c. (dal Seminario La responsabilità professionale dell’avvocato, Verona 31-05-2012, in <http://www.anfverona.it/documenti/Sentenze%20seminario%2031.05.2012.pdf>).

¹⁰ C.N.F. 04-03-1995, n. 26; C.N.F. 18-02-1989, n. 30 (sebbene in fattispecie sanzionata sotto un diverso, particolare profilo di lesione della dignità professionale).

¹¹ Basti ricordare la generale assenza di un principio di soccombenza nelle spese, che giustifica il ricorso al rimedio del risarcimento del danno: sia pur detto con l’approssimazione di questa sede. Sul modello professionale statunitense v. G.C.Hazard-A.Dondi, Etiche della professionale legale, Bologna, Il Mulino, 2005, 187 ss.

(1) it is not being presented for any improper purpose, such as to harass, cause unnecessary delay, or needlessly increase the cost of litigation;

(2) the claims, defenses, and other legal contentions are warranted by existing law or by a nonfrivolous argument for extending, modifying, or reversing existing law or for establishing new law;

(3) the factual contentions have evidentiary support or, if specifically so identified, will likely have evidentiary support after a reasonable opportunity for further investigation or discovery; and

(4) the denials of factual contentions are warranted on the evidence or, if specifically so identified, are reasonably based on belief or a lack of information ¹².

La norma costituisce un ragionevole e condivisibile *vademecum* per l'avvocato, che sa di essere anche personalmente esposto alle sanzioni di cui al successivo § c), qualora non tenga presenti nell'esecuzione dell'incarico alcuni punti essenziali che proverei quindi a riassumere così:

- l'avvocato deve essere consapevole che può promuovere un'azione se la condivide espressamente ragionando al meglio delle sue capacità di giudizio, formatesi in base ad un'indagine "ragionevole secondo le circostanze";
- l'avvocato non deve promuovere un'azione solo per creare un danno, un ritardo ¹³ od un aumento dei costi;
- le difese in diritto proposte dall'avvocato devono basarsi sulle norme vigenti o su un argomento "*nonfrivolous*" (non temerario) per modificarle o per proporre di nuove;
- le affermazioni in fatto proposte dall'avvocato devono avere un supporto probatorio od almeno la probabilità di ottenerlo dopo la ragionevole possibilità di ulteriori indagini;
- le negazioni dei fatti opposti dalla controparte devono egualmente essere provate o basate su una ragionevole presunzione od una (incolpevole) mancanza di informazione.

Il "breviario" così ottenuto ha due motivi di fondo: la buona fede unita alla competenza professionale del legale; il criterio della "ragionevolezza" governante

¹² v. anche la Rule 38. Frivolous Appeal delle Federal Rules of Appellate Procedure, e la Rule 42.2 delle Rules of the Supreme Court U.S.A. (2013).

¹³ Rule 3.2 Model Rules A.B.A. *Expediting Litigation - A lawyer shall make reasonable efforts to expedite litigation consistent with the interests of the client.*

l'esecuzione dell'incarico. Detto altrimenti, gli avvocati (e le parti) hanno l'obbligo di astenersi da condotte che impediscano di raggiungere gli scopi delineati dalla fondamentale Rule 1 delle F.R.P., vale a dire *"to secure the just, speedy, and inexpensive determination of every action and proceeding"*, insomma di assicurare quel giusto processo regolato dalla legge e di ragionevole durata promesso anche dall'art.111 della nostra Costituzione (con la precisazione che un tale processo dev'essere anche *"inexpensive"*)¹⁴.

LA DEONTOLOGIA STATUNITENSE

Il corrispettivo deontologico di quei principi si ritrova nella Rule 3.1 delle Model Rules of Professional Conduct adottate dall'American Bar Association, che in realtà precedono nel tempo quelle norme:

A lawyer shall not bring or defend a proceeding, or assert or controvert an issue therein, unless there is a basis in law and fact for doing so that is not frivolous, which includes a good faith argument for an extension, modification or reversal of existing law. A lawyer for the defendant in a criminal proceeding, or the respondent in a proceeding that could result in incarceration, may nevertheless so defend the proceeding as to require that every element of the case be established.

Rule che, avendo un ambito generale, ha necessità della precisazione a proposito della condotta nel processo penale.

Il commento alla norma chiarisce l'interpretazione del carattere *frivolous* di un comportamento, escludendolo se i fatti che ne sono alla base non sono stati ancora provati pienamente o se il legale conta di farlo durante il processo, ma a patto che sia in grado di sviluppare un *good faith argument* basato su un'adeguata indagine in fatto ed in diritto sul caso, argomento tale da poter teoricamente provocare una estensione, una modifica od un *reirement* nell'interpretazione delle norme considerate.

L'analoga norma contenuta nelle Rules of Professional Conduct del New York State Unified Court System (create nel 2009 dalla N.Y. Bar Association e poi adottate

¹⁴ Il Model Code of Professional Conduct della Federation of Law Societies of Canada , sub 5.1-2 (The Lawyer as Advocate) proibisce: (a) *abuse the process of the tribunal by instituting or prosecuting proceedings that, although legal in themselves, are clearly motivated by malice on the part of the client and are brought solely for the purpose of injuring another party.* Sull' "etica del giusto processo" A.Mariani Marini, Agli antipodi dell'azzeccarbugli, Jovene, Napoli, 2009, 121-122.

dall'Appellate Division della Corte Suprema di quello Stato) ci consente poi di aggiungere il richiamo ad un altro principio cardine della deontologia forense – il dovere di verità – prima di tornare verso i nostri lidi; mi riferisco alla Rule 3.1, b), (3) secondo la quale il comportamento è *frivolous* se “*the lawyer knowingly asserts material factual statements that are false*”. La scelta di rendere esplicito quello che dovrebbe essere un *naturale presupposto* della correttezza/non temerarietà di qualsiasi azione non mi sembra oziosa, perché fornisce un valido indizio sul nocciolo della *frivolousness*, che non è costituito da una semplice mancanza di serietà (come potrebbe indurre a pensare anche una traduzione maccheronica del termine) ma da un'*intenzione* scorretta. Il mezzo scorretto (uno dei tanti) in tal modo enucleato da quella norma permette di indicare meglio, con la forza dell'esempio, il fine perseguito egualmente scorretto: creare un danno ingiusto, ritardare il giudizio, aumentarne il costo. Sostenere una tesi con un documento che si sappia falso è allora *di per sé* un'azione temeraria, e merita le sanzioni che in quel paese vengono comminate direttamente dall'ordinamento statale non solo alla parte ma anche a chi la assiste ¹⁵. Di qui sorgerebbe l'interesse per allargare l'indagine al più vasto tema del dovere di sincerità verso il giudice, che merita però ben altra sede ¹⁶.

LA DEONTOLOGIA IN ITALIA

Tornando in Italia, il perimetro della regolamentazione deontologica positiva è tracciato in primo luogo dai comma 4:

L'avvocato non deve consigliare azioni inutilmente gravose.

e 6:

L'avvocato non deve suggerire comportamenti, atti o negozi nulli, illeciti o fraudolenti. dell'art.23 del Codice del 2014, e dai primi due comma dell'art.27 sul dovere di informazione, ai quali, seguendo l'interpretazione offerta dallo spunto comparativo, assocerei volentieri i primi tre comma dell'art.50 sul dovere di verità.

Non si può trascurare che l'ordinamento professionale come riformato dalla L. 247/2012 contiene già chiare indicazioni: una per tutte la previsione della lett. c) del comma 2 dell'art.1 secondo la quale l'ordinamento tutela l'affidamento della

¹⁵ Trib.Cagliari, 19-06-2008, in Giusto processo civ., 2011, 181, con ardita applicazione dell'art.94 c.p.c., ebbe a condannare l'avvocato in solido con la parte per aver promosso una lite temeraria, preceduto – e non più seguito, a quanto è dato sapere, da altri giudici – solo da Trib.Reggio Emilia, 04-06-2007, in www.ilcaso.it.

¹⁶ Per riferimenti essenziali cfr. G.C.Hazard-A.Dondi, *op.cit.*, 318 ss.

collettività e della clientela, prescrivendo l'obbligo della correttezza dei comportamenti e la cura della qualità ed efficacia della prestazione professionale, condensando così in breve periodo i nodi del ruolo sociale dell'avvocato e dei doveri di lealtà e di competenza; e neppure che – limitandoci al processo civile – esistono tanto norme-principio come l'art.88 c.p.c. quanto esplicite applicazioni come il già ricordato art.96 (e se ne potrebbero scorgere altre nella legislazione più recente sulle forme alternative di risoluzione delle controversie – dalla mediazione alla negoziazione assistita – che conducono ad una rivalutazione della funzione processuale di norme deontologiche ¹⁷).

Una nota finale, che ha il sapore di una conclusione, su un percorso parallelo seguito negli U.S.A. ed in Italia nell'evoluzione della normativa in questione: sin dal 1983 a proposito della citata Rule 11 F.P.R. , e dal 2014 nel nostro Codice Deontologico, è caduto il riferimento alla *willfulness/volontarietà/consapevolezza* del comportamento censurato. In particolare l'art.36 del Codice previgente prevedeva che l'avvocato non dovesse *consapevolmente* consigliare azioni inutilmente gravose; la considerazione che si sia così ovviato ad un'ovvietà – se è consentito il gioco di parole: un consiglio come può infatti non essere consapevole ? ¹⁸ - non dovrebbe far relegare in secondo piano la necessità di accertare puntualmente, in sede disciplinare, come l'avvocato si sia condotto in quel percorso iniziale dell'incarico che ho sopra cercato di tratteggiare. Ed allora sarà inevitabile il riferimento non solo alla coscienza e volontà (cioè alla pur indispensabile *suitas*) di cui all'art.4 C.D., ma alla competenza ed alla trasparenza manifestate in ognuno di quei passaggi, seguendo nella verifica un criterio di ragionevolezza da applicare caso per caso, e che trova il suo corrispettivo - nel *diverso* campo della responsabilità civile - nella diligenza professionale media esigibile in virtù dell'art.1176, 2 c., c.c. ¹⁹.

¹⁷ sia consentito il rinvio a D.Cerri, La negoziazione assistita da un avvocato nella separazione e nel divorzio: profili deontologici, in *Cultura e diritti*, 2015, 1, 87.

¹⁸ cfr. l'analoga considerazione di G.Picchioni cit.

¹⁹ Cass. civ., sez. II, 22-07-2014, n. 16690; Cass. civ., sez. II, 27-03-2006, n. 6967; nella giurisprudenza di merito la cit. T. Pisa, 30-01-2015, e T. Cagliari, 25-05-2011, in *Riv. giur. sarda*, 2012, I, 75.