

Università degli studi di Napoli “Federico II”

Dottorato di ricerca in diritto dell’economia XVII ciclo

La responsabilità dell’advisor

Tutor: Prof. Francesco Lucarelli

Candidato: Dott. Matteo Nuzzo

Indice

Capitolo I

Il danno da informazioni

1. Il problema
2. Natura dell'informazione e regola di responsabilità: il caso delle Autorità di vigilanza (la Consob)
3. segue: il caso delle società di revisione
4. segue. il caso della concessione abusiva di credito
5. Le regole di responsabilità
6. Un "corto circuito" nel sistema della responsabilità civile
7. Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale
8. Gli elementi costitutivi della responsabilità dell'advisor
9. Prospettiva analitica dell'indagine

Capitolo II

La condotta illecita

1. Gli interessi coinvolti: funzione dell'advisor e doveri di comportamento
 2. Il dovere di garantire correttezza e trasparenza dell'informazione
 3. La lesione dell'affidamento
-

4. La definizione dei doveri di comportamento dell'ordinamento di settore: il caso della società di revisione
5. segue. la società di rating

Capitolo III

I criteri d'imputazione

1. I criteri di imputazione soggettiva: gli orientamenti della dottrina e della giurisprudenza;
2. Diligenza e perizia nella valutazione della condotta dell'advisor;
3. Valutazioni complesse e concorso di competenze professionali diverse;
4. Il rilievo della "natura dell'incarico" e le "specifiche competenze" dei componenti nell'attività svolta da gruppi di professionisti;
5. Imputazione oggettiva dell'illecito e attualità della distinzione tra "causalità materiale" e "causalità giuridica";
6. La causalità "flessibile";
7. I fatti interruttivi del nesso causale.

Capitolo IV

La disciplina della prova

1. L'esperienza della giurisprudenza: il ricorso alle presunzioni relative
 2. Presunzioni "giurisprudenziali" e legali
-

3. Il fondamento delle presunzioni giurisprudenziali: la tutela del destinatario dell'informazione inesatta
 4. La presunzione della colpa
 5. La presunzione del nesso di causalità
 6. La prova liberatoria
 - 7 La prospettiva critica: la teoria della semplificazione analitica della prova
 8. segue. L'uso delle presunzioni semplici in funzione di semplificazione della prova: l'affidamento legittimo
 10. Il comportamento diligente del debitore e l'efficienza causale dell'informazione inesatta
 11. Conclusioni
-

Capitolo I

Il danno da informazioni

1. Il problema; 2. Natura dell'informazione e regola di responsabilità: il caso delle Autorità di vigilanza (la Consob); 3. segue: il caso delle società di revisione; 4. segue. il caso della concessione abusiva di credito; 5. Le regole di responsabilità; 6. Un "corto circuito" nel sistema della responsabilità civile; 7. Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale; 8. Gli elementi costitutivi della responsabilità dell'advisor; 9. Prospettiva analitica dell'indagine.

1. Il problema

E' affermazione ormai costante che chi rilascia informazioni economiche inesatte risponde dei danni subiti dai terzi che su di esse abbiano fatto affidamento¹.

La regola, che ha trovato in concreto applicazione uniforme pur in riferimento a settori economici e fattispecie diversi, assume a presupposto la non verità o incompletezza della notizia, in sé idonea a far apparire una situazione diversa da quella effettiva; ed il ragionevole affidamento dei terzi i quali su quelle informazioni fondano le loro scelte.

¹ Sul tema, ROPPO, *La responsabilità civile dell'impresa nel settore dei servizi innovativi*, in *Contr. e impresa*, 1993, p. 891, BUSNELLI, *Itinerari europei nella "terra di nessuno tra contratto e fatto illecito": la responsabilità da informazioni inesatte*, in *Contr. e impresa*, 1991, II, p.539; PERLINGIERI, *L'informazione come bene giuridico*, in *Rass. dir. civ.*, 1990, p. 326); ALPA, *Storia, fonti ed interpretazione*, in *Tratt. dir. civ. I*, Milano, 452,

Affidamento basato da un lato sullo *status* professionale del soggetto informante², dall'altro sulla precisione ed inequivocabilità dell'informazione, presentata come certa o altamente probabile.

In questo senso è stato rilevato che questa fattispecie di responsabilità *“postula un collegamento, eventualmente ricostruibile ex post, tra chi fornisce l'informazione e i terzi destinatari dell'informazione secondo il canone della ragionevole prevedibilità. Il collegamento intercorre tra un soggetto particolarmente qualificato - operatore professionale o comunque persona o ente in grado di esercitare “un potere di controllo” sull'esattezza dell'informazione fornito ed altri soggetti (...) in posizione di incolpevole affidamento”*. Questi possono essere parti del contratto o terzi; in entrambi i casi, tuttavia, *“il criterio generale di imputazione della responsabilità da affidamento è la colpa, la quale deve essere provata dal danneggiato tanto in via di azione extracontrattuale quanto in via di azione contrattuale”*.³

La figura così delineata non è nuova; essa è stata utilizzata, con affinamenti crescenti, già a partire dagli anni cinquanta del secolo scorso per governare le conseguenze di illeciti realizzati mediante operazioni complesse, capaci di coinvolgere masse di investitori o di creditori⁴,

² D'ALFONSO, *op.cit.*, p.130.

³ BUSNELLI, *Itinerari europei cit.*, p.566

⁴ COZZI, *Tutela del mercato cit.*, 7, la quale pone in evidenza il ruolo fondamentale assunto dalla disciplina dell'informazione sia nel caso in cui questa costituisca una prestazione complementare ad un servizio, sia quando rappresenti in sé un servizio, in considerazione della crescente esigenza di garantire trasparenza, efficienza e sicurezza della diffusione delle informazioni; LUCCHINI GUASTALLA, *Danno agli investitori cit.*, 21, pone l'alternativa tra un semplice riflesso dei più attuali fatti di cronaca ed un nuovo corso dovuto ad una maggiore considerazione del Legislatore e ad una maggiore sensibilità della giurisprudenza rispetto alle esigenze di tutela del pubblico degli investitori; LO BUONO, *La responsabilità degli intermediari finanziari*, cit., 9, ricorda invece che già nei primi decenni del secolo scorso emergevano interventi giurisprudenziali aventi ad oggetto giudizi di responsabilità originati dallo svolgimento di attività di intermediazione mobiliare per consigli dati ai clienti ovvero per la violazione degli obblighi relativi all'esecuzione di operazioni di investimento.

incapaci di acquisire in via diretta le informazioni necessarie per una sufficiente valutazione delle operazioni considerate e perciò destinati a far affidamento sulle valutazioni espresse da operatori professionali presenti sul mercato⁵.

E' infatti dato di comune esperienza l'incremento della quantità di conoscenze e informazioni qualificate e circostanziate necessarie per una corretta valutazione delle offerte presenti sui mercati mobiliari, che richiedono l'intervento di soggetti dotati delle necessarie professionalità per l'elaborazione e la diffusione di dati⁶.

Come si è osservato un mercato competitivo, idoneo a realizzare un'efficiente allocazione delle risorse ed uno spontaneo e decentrato sistema di scambi, richiede, accanto alla pluralità degli operatori in

⁵ LOBUONO, *La responsabilità degli intermediari finanziari*, Napoli, 1999, p. 7, secondo cui la vicenda dell'intermediazione finanziaria, intesa in senso lato, costituisce un fertile campo di sperimentazione del ruolo che nella composizione degli interessi in gioco e dei conflitti, rivestono regimi contrattuali, struttura dei soggetti, e organizzazione a sistema del settore. L'operazione ricostruttiva risulterebbe costantemente collegata al corrispondente contesto socio-economico sicché essa avrebbe, per un lungo tempo, preso in esame soprattutto le operazioni di pura intermediazione nell'esercizio del credito e alcune tipologie di servizi. DI GIOVANNI, *Le lettere di patronage*, Padova, 1984, p. 9 e ss. rileva come in questa attività tuttavia, spesso a causa di "una certa vischiosità del sistema di concetti utilizzato dai giuristi" di fronte ai rapporti economici di nuova creazione, si operi prevalentemente attraverso la frammentazione della fattispecie e la sua riconduzione a schemi noti, rischiando di trascurare nell'analisi il fenomeno nel suo complesso e quindi le sue particolarità. Nella stessa prospettiva sul tema delle lettere di patronage, già PROSPERETTI, *Profili sistematici delle lettere di gradimento*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1979, p. 71, aveva rilevato: "se le parti hanno utilizzato un particolarissimo strumento per raggiungere un risultato che già le ipotesi formulate dall'ordinamento consentono sostanzialmente di realizzare, evidentemente esse hanno voluto qualcosa di diverso dell'effetto proprio dell'ipotesi tipizzata".

⁶ DI AMATO, *Il danno da informazione economica*, Napoli 2004, p. 9, il quale individua i fattori determinanti di tale evoluzione non solo nella prospettiva di tutela degli investitori ma nell'affermazione del mercato globale che ha costretto gli operatori ad informare e ad essere informati per svelare la presenza propria e dei propri prodotti sul mercato; sia per differenziarsi attraverso la diffusione di informazioni dai concorrenti; sia per conseguire e conservare dati e notizie su partner e opportunità negoziali. A tale processo avrebbe poi contribuito anche la «finanziarizzazione» dell'economia che anche grazie allo sviluppo dei mercati borsistici avrebbe aumentato la dimensione ed il numero dei movimenti di capitali volti a ricercare maggiori remunerazioni, incrementando le operazioni a credito ed esasperando il bisogno di tenere continuamente sotto controllo, attraverso flussi costanti di informazioni, lo stato patrimoniale, ma anche la capacità reddituale, dei debitori. Tutti i fattori richiamati hanno, dunque, decretato l'avvento di un nuovo modello di comunità economica che riconosce nel sapere e nel conoscere gli imprescindibili motori dello sviluppo economico.

concorrenza tra di loro una corretta distribuzione delle informazioni, le quali debbono essere liberamente accessibili a tutti⁷, per assicurare un corretto ed effettivo esercizio del potere di autonomia dei privati⁸.

E' peraltro noto che le caratteristiche strutturali dell'informazione che ne permettono una riproduzione infinita e impediscono, una volta che la comunicazione è avvenuta, l'esclusione di altri, rendono oggettivamente impossibile a molti ottenerle autonomamente per i costi troppo alti; con la conseguente creazione di asimmetrie informative a vantaggio di chi ha le informazioni e la capacità di valutarle correttamente.

La regola di responsabilità di cui si tratta, assumendo a presupposto il dovere degli operatori qualificati di fornire informazioni corrette e veritiere, svolge così una doppia funzione: da un lato garantisce il corretto funzionamento dei mercati dando fondamento positivo alla fiducia degli investitori; dall'altro tutela quest'ultimo consentendo il ristoro dei danni subiti in conseguenza di comportamenti illeciti degli operatori professionali che, violando le regole di comportamento inerenti al loro *status*, abbiano diffuso informazioni o valutazioni inesatte.

In concreto l'analisi casistica evidenzia che questa responsabilità è stata in concreto individuata:

- 1) a carico della società di revisione, per il danno provocato:
 - a) all'acquirente di azioni di una società il cui valore di acquisto sia stato determinato sulla base del bilancio certificato senza rispettare lo standard di diligenza professionale richiesto ai revisori⁹, o al promittente

⁷ DI AMATO, *op. cit.*, p. 110

⁸ AS. DI AMATO, *L'interpretazione dei contratti di impresa*, Napoli, 1999 p. 134

⁹ Trib. Milano, 18 giugno 1992, Banca Popolare di Milano c. BIPIEMME Leasing S.p.a. – KPMG Peat Marwick Fides s.n.c. in *Giur. it.*, 1993, I, 2, p. 1 e ss con nota di

acquirente che ha dato esecuzione al contratto preliminare sulla base di una relazione sulla situazione patrimoniale aggregata di un gruppo di società, poi risultata non corrispondente ai dati reali di fatto, non esercitando la facoltà di sciogliersi dal contratto di cui, in base alle previsioni contrattuali, avrebbe potuto avvalersi qualora fosse stato correttamente informato sulla situazione patrimoniale del gruppo¹⁰;

b) ai risparmiatori che hanno effettuato investimenti in titoli proposti da un Istituto fiduciario mediante sollecitazione al pubblico risparmio assoggettata alla vigilanza ed al controllo della Consob ed all'obbligo di certificazione, il quale aveva dichiarato di aver acquistato crediti da leasing e da factoring, mentre in concreto si era limitata a finanziare una società di leasing ed una di factoring, che avevano poi dilapidato le somme ottenute senza possibilità di restituzione ai fiducianti¹¹;

2) a carico della Banca, per il danno prodotto ad altra banca o a privati:

a) per aver rilasciato un "benefondi" su assegni emessi da un proprio correntista poi risultati non coperti¹²;

MONTALENTI, *Responsabilità extracontrattuale della società di revisione per negligente certificazione*.

¹⁰ Cass. 18 luglio 2002, n. 10403, in *Danno e responsabilità*, 2003, 537 e ss con nota di ADDANTE, *Responsabilità civile delle società di revisione* che ha condiviso le valutazioni in fatto ed in diritto della Corte di Appello di Milano, 7 luglio 1998, Carraro s.p.a. e Carraro PHN s.p.a. c. Arthur Andersen s.p.a., in *Giur. comm.*, 2000, II, 425 e ss con nota di CONTE, *Responsabilità della società di revisione in caso di revisione volontaria nell'ambito di una due diligence*; la stessa decisione è anche pubblicata in *Società*, 1998, p. 1171 e ss, con nota di SALAFIA.

¹¹ Tribunale Torino, 18 settembre 1993, I.F.C. Istituto Fiduciario Centrale s.p.a, c. KPMG Peat Marwik Fides di Angilin e C. in *Giur. It.*, 1994, II, 1, p.655 con nota di SANTARONI, *In tema di negligenza del certificatore*; pubblicata anche in *Corr. Giur.* 1994, 493 e ss, con nota di CARBONE, *La responsabilità della società di revisione*; in *Società*, 1994, 96 e ss, con nota di F. Di Maio, *Quale responsabilità per i revisori contabili*; in *Giur. comm.*, 1994, II, 272 e ss con nota di ROMAGNOLI, *Un caso di responsabilità della società di revisione nei confronti di investitori per negligente certificazione*.

¹² Cfr. Cass. 1 agosto 2001, n. 10492, in *Danno e responsabilità* n. 1/2002, p. 90; Cass. 7 febbraio 1979, n. 820, in *Resp. civ. e prev.*, 1979, p.486 e ss.

b) per aver concesso credito in mancanza delle condizioni tecniche previste dall'ordinamento di settore creando con ciò affidamento dei terzi sulla meritevolezza di credito del finanziato che ritrovava invece in una situazione di squilibrio economico che ne ha poi determinato il fallimento (c.d. concessione abusiva di credito);¹³.

In dottrina, si ipotizzano le seguenti ipotesi di responsabilità:

1) a carico dell'*advisor* nelle operazioni di cartolarizzazione che abbia causato danni a terzi, diffondendo un'errata valutazione dell'operazione, ed in particolare della tecnica di strutturazione utilizzata, inducendo gli investitori a ritenere l'operazione protetta da avversità di una data entità quando i meccanismi di protezione (*credit enhancement*) in realtà non fossero corrispondenti al giudizio offerto;

2) a carico della società di *rating* che abbia causato danni agli investitori diffondendo un erroneo giudizio sul merito di credito dell'*originator* avendo malamente valutato i flussi di cassa da questo generati o la qualità del *management*¹⁴, inducendo pertanto gli investitori a far affidamento su prospettive di ricavo in realtà non ipotizzabili

Lo stesso principio è stato poi utilizzato per fondare la responsabilità di altri soggetti professionalmente qualificati nell'ambito di fattispecie essenzialmente diverse da quelle fin qui esaminate.

¹³ Cfr. Cass. 13 gennaio 1993, n. 343, in *Banca, Borsa e tit. cred.*, 1994, II, p. 258 e ss. Trib. Foggia 7 maggio 2002, n. 869, Curatela del Fallimento Italsemole S.r.l. c. Rolo Banca 1473 S.P.A., in *Resp.civ. e prev.*, III, 2003, 839 con nota di Mt. Nuzzo, *Concessione abusiva del credito e responsabilità extracontrattuale della banca*; Trib. Monza, 14 febbraio 2002, Fogest s.a.s. di Forzani Luca & C. c. Banca di Credito Cooperativo di Caugarate s.c.r.l., in *Giur. comm.*, 2004, II, p. 335 e ss.

¹⁴ COLAGRANDE – FIORE – GRIMALDI – PRANDINA, *op. cit.*, p. 103

La lesione dell'affidamento incolpevole dei terzi è stata infatti il fondamento in relazione al quale si è affermata la responsabilità extracontrattuale:

1) delle autorità amministrative indipendenti e degli organi di vigilanza nei confronti degli investitori che hanno subito un danno per aver intrattenuto rapporti economici con soggetti sottoposti al controllo delle autorità che sono incorse in omissioni nell'esercizio dei loro poteri di vigilanza o che, nell'esercizio di quei poteri, hanno agito in violazione dei rispettivi ordinamenti di settore¹⁵;

2) del *patronant* per le lettere di *patronage* rilasciate a terzi al fine di favorire la conclusione di operazioni economiche con soggetti nei cui confronti egli si trovi in un particolare rapporto¹⁶;

3) del mercante o dell'esperto d'arte che attesti la genuinità di dipinti rivelatisi successivamente contraffatti¹⁷.

La casistica evidenzia come alla diversità dei soggetti che in ragione della loro attività professionale sono chiamati ad elaborare e diffondere informazioni che possono influire sul mercato, corrisponda una diversità di regole operative.

¹⁵ Cass., 27 ottobre 1994, n. 8836 in *Giust. civ.*, 1995 I, p. 1295 e ss; pubblicata anche in Banca borsa tit. credi., 1995, II, 525 e ss. con note di LENER e di SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità dell'organo di vigilanza e danno meramente patrimoniale*; Cass. 3 marzo 2001, n. 3132 in *Società*, 2001, 565, con nota di ANELLO, RIZZINI BISINELLI; in *Dir. Formazione*, 2001, 297, con nota di IELO; in *Giust. Civ.*, 2001, I, 907, con nota di GIACALONE, *Prospetto non veritiero e responsabilità della Consob*; in *Resp. Civ. e Prev.*, 2001, 562, con nota di CARATA; in *Danno e Resp.*, 2001, 505, con nota di CRISTIANI, DIMUNDO; in *Dir. e prat. soc.*, 2001, f. 7, 46, con nota di VANNINI; in *Foro It.*, 2001, I, 1139, con nota di PALMIERI; in *Giur. it.*, 2001, p.2269, con nota di D'AURIA, *La responsabilità della Consob, Profili civilistici*; *Nuova Giur. Civ.*, 2002, I, 153, con nota di ANDÒ

¹⁶ DI GIOVANNI, *Le lettere di patronage*, Padova, 1984, p. 13 il quale sottolinea che il contenuto della lettera di patronaggio varia in relazione all'ambiente in cui la lettera è usata con la conseguenza di non corrispondere ad un significato unitario. Da qui la difficoltà di una loro tipizzazione e della definizione del loro valore giuridico.

¹⁷ Trib. Roma, 21 gennaio 1989, in *Corr. Giur.*, 1989, 860 e ss con nota di CARBONE, *I De Chirico di De Chirico*.

Da un lato i soggetti cui si riferisce una responsabilità da lesione di affidamento incolpevole dei terzi hanno diversa natura:

a) alcuni sono Autorità amministrative cui la legge attribuisce funzioni di vigilanza e controllo;

b) altri sono privati esercenti funzioni di interesse pubblico, quali ad esempio le società di revisione;

c) altri ancora privati che in relazione al proprio *status* professionale e all'attività che svolgono in concreto sono in grado di creare affidamento nei terzi, orientando le scelte di mercato.

Dall'altro ciascuno di questi soggetti è inserito in un ordinamento di settore dotato di regole e principi che costituiscono parametro per la valutazione dei comportamenti in concreto tenuti da chi ha fornito le informazioni considerate.

2. Natura dell'informazione e regola di responsabilità: il caso delle Autorità di vigilanza (la Consob)

Una recente giurisprudenza ha affermato la responsabilità della Consob¹⁸ per il danno prodotto ai risparmiatori in conseguenza della pubblicazione di prospetti contenenti informazioni inesatte e/o incomplete¹⁹.

¹⁸ Cass. n. 3132 del 2001, in *Società*, 2001, 565, con nota di ANELLO, RIZZINI BISINELLI; in *Dir. Formazione*, 2001, 297, con nota di IELO; in *Giust. Civ.*, 2001, I, 907, con nota di GIACALONE, *Prospetto non veritiero e responsabilità della Consob*; in *Resp. Civ. e Prev.*, 2001, 562, con nota di CARATA; in *Danno e Resp.*, 2001, 505, con nota di CRISTIANI, DIMUNDO; in *Dir. e prat. soc.*, 2001, f. 7, 46, con nota di VANNINI; in *Foro It.*, 2001, I, 1139, con nota di PALMIERI; in *Giur. it.*, 2001, p.2269, con nota di D'AURIA, *La responsabilità della Consob, Profili civilistici*; *Nuova Giur. Civ.*, 2002, I, 153, con nota di ANDÒ.

¹⁹ D'ALFONSO, *Responsabilità da prospetto informativo*, Napoli, 2002, p. 168 secondo la quale il tema della responsabilità della Autorità muove dalla soluzione di due problemi: la natura del controllo esercitato, che se limitato alla sola legittimità esclude la responsabilità; l'applicabilità all'Autorità indipendente delle regole in tema di

Il caso, che per molti profili rimane ai margini della presente indagine,²⁰ merita di essere esaminato, seppur assai brevemente, in quanto emblematico della capacità espansiva di uno schema di ragionamento che sembra attraversare tutte le figure in esame per costituire il comune fondamento dell'illecito su cui si fonda la responsabilità in esame. Tale ragionamento consente infatti una sintesi semplificata che esercita un'evidente attrazione sulla giurisprudenza, ma determina anche un costo

responsabilità della pubblica amministrazione. Sotto il primo profilo, ad un primo orientamento della dottrina secondo cui la natura del controllo era in termini assoluti di legittimità formale e sostanziale dell'operazione proposta al pubblico, si è andato sostituendo dagli anni '80, una soluzione più moderata, secondo la quale, il controllo doveva intendersi in qualche misura esteso alla veridicità dei contenuti del prospetto. In particolare secondo questa tesi, pur dovendosi confermare il principio per cui la Consob non è tenuta a garantire l'esattezza e la verità delle informazioni rese, non può ritenersi che la stessa possa disinteressarsi delle ipotesi in cui le informazioni del prospetto siano palesemente inesatte o imparziali. Sotto il secondo profilo, l'A., pur muovendo dalla considerazione per cui la Consob, quale autorità amministrativa indipendente, non persegue tanto interessi pubblici di natura amministrativa, quanto tutela imparzialmente gli interessi dei cittadini, in particolare l'affidamento nei confronti dei soggetti economici che ad essi si rivolgono, concorda con chi afferma la natura amministrativa delle autorità indipendenti, ritenendo l'indipendenza elemento conciliabile con quello dell'amministrazione espressione di potere amministrativo non subordinato al potere politico, ma regolato direttamente dalla legge.

²⁰ Cfr. LUCCHINI GUASTALLA, *op. cit.*, p. 23, il quale, nel ricostruire l'evoluzione giurisprudenziale che ha portato all'affermazione di responsabilità dell'organo di vigilanza, rileva come le prime pronunce in tema di responsabilità delle autorità sono state tutte in senso negativo, rinviando in tal senso a Trib. Milano, 9 gennaio 1986, in *Giur. comm.*, 1986, II, 427, con nota di CERA; in *Società*, 1986, 1006, con nota di PROTETTI e in *Giust. civ.*, 1986, I, 3201 in cui si è esclusa la responsabilità della Consob e della Banca d'Italia sostenendo che la vigilanza concorrente da queste svolta perseguendo la tutela dell'interesse generale e solo in via indiretta e riflessa degli interessi dei risparmiatori, esclude che questi ultimi assurgano a diritti soggettivi, con la conseguenza che la loro lesione non è in alcun modo tutelabile ai fini risarcitori". Questo orientamento, ricorda l'A., è venuto modificandosi nella seconda metà degli anni novanta con la nota sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione 27 ottobre 1994, n.8836, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1995, II, 525 con nota di SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità dell'organo di vigilanza bancaria e danno meramente patrimoniale*, in cui si afferma che "è consentito al giudice ordinario accertare se vi sia stato da parte della pubblica amministrazione, un comportamento colposo tale che [...]abbia determinato la lesione di un diritto soggettivo, essendo configurabile la risarcibilità di una lesione che si assume inferta all'integrità del patrimonio e, più specificatamente, al diritto di determinarsi liberamente nello svolgimento dell'attività negoziale relativa al patrimonio [...] Illecito astrattamente ravvisabile anche in un comportamento colpevole consistito nella diffusione di informazioni inesatte, in omissioni, ovvero in leggerezze e negligenze commesse dalla pubblica amministrazione nell'esercizio di poteri di vigilanza e controllo"; in senso conforme cfr. Cass. sez. un., 18 maggio 1995, n. 5477 in *Foro it.*, 1996, I, 1008 con nota di PALMIERI; Cass., 27 luglio 1998, n. 7339, in *Foro it.*, 1999, I, 2001, con nota di PALMIERI; Cass., sez. un., 2 maggio 2003, n. 6719 (ord.) in *Resp. civ. e prev.*, 2004, 169.

che non può essere sottovalutato in materia di accuratezza dell'analisi e di capacità di effettiva selezione del danno risarcibile

Il punto di partenza è la constatazione che in un mercato complesso la corretta valutazione delle occasioni di investimento suppone la disponibilità di adeguate informazioni e la capacità di valutarle correttamente; da ciò la presenza di asimmetrie informative tra gli operatori professionali che dispongono di quelle informazioni e degli strumenti tecnici necessari per la loro valutazioni e la massa dei risparmiatori che non dispongono delle une né degli altri.

La creazione di un'Autorità indipendente competente a vigilare sulle informazioni relative alle offerte circolanti sui mercati mobiliari è volta a garantire a tutti i risparmiatori le stesse opportunità di conoscenza e valutazione garantendo la correttezza di quelle informazioni.

A tal fine la legge attribuisce all'Autorità specifici poteri; essa può infatti disporre esibizioni ed integrazioni documentali, ispezioni, richieste al fine di accertare l'esattezza e completezza dei dati e delle notizie comunicati o pubblicati; intervenire anche nel corso di un'operazione per garantire l'osservanza delle prescrizioni generali o speciali poste a garanzia della genuinità dei richiesti *standars* informativi; vietare l'operazione ove quegli *standars* non vengano rispettati.

Nell'esercizio di questi poteri l'Autorità si avvale di una sfera di discrezionalità nella scelta dello strumento più idoneo ad impedire o reprimere comunicazioni incomplete o non veridiche; essa ha tuttavia l'obbligo di attivarsi per dare effettiva attuazione all'interesse pubblico alla trasparenza del mercato dei valori mobiliari, utilizzando

diligentemente e *ragionevolmente* i suoi poteri per la migliore realizzazione di quel fine.

La mancata o non corretta utilizzazione di quei poteri costituisce un'“omissione” idonea a fondare la responsabilità nei confronti dei risparmiatori che sulla correttezza del controllo hanno fatto affidamento per le loro scelte d'investimento²¹.

Il fondamento della responsabilità in esame viene così individuato nella violazione della regola di condotta che, nell'ordinamento di settore, regola l'esercizio della funzione di controllo volta ad assicurare l'effettività dei minimi “*standards*” informativi.

In dottrina si è a lungo discusso se in concreto il controllo possa limitarsi alla verifica della completezza delle informazioni fornite o se invece della spingersi sino all'accertamento della loro veridicità.

Da un lato si è sostenuto che l'obbligo non debba spingersi oltre la verifica della completezza e dell'analiticità dei dati forniti non potendosi gravare l'autorità di un così oneroso e complesso compito²²; dall'altro invece, si ritiene che le finalità di protezione cui l'autorità stessa e l'obbligo del prospetto sono preordinati, richiedono necessariamente la verifica della veridicità dei dati almeno limitatamente a quanto direttamente percepibile dal prospetto informativo stesso²³.

²¹ Questa soluzione si pone in linea con l'impulso dato allo studio della materia dalla *dissenting opinion* di Lord Denning che denunciando la necessità di superare le regole tradizionali prospettò la possibilità di fondare la responsabilità da informazione inesatta sul *tort of negligence*, come ci riferisce BUSNELLI, *Itinerari europei cit.*, p.539

²² Cfr. CAVALLO BORGIA, *Note in margine alla tutela del risparmio investito in titoli atipici*, in *Riv. dir.comm.*, 1985, I, p.450.

²³ Cfr. RABITTI BEDOGNI, *Completezza dell'informazione e giudizio di validità nei controlli della Consob*, in *Giur. comm.*, 1986, I, p. 1074, la quale rileva che seppur deve rimanere indiscusso che la Consob non possa garantire l'esattezza e la verità delle informazioni contenute nel prospetto, deve altrettanto ammettersi che la stessa non possa legittimamente omettere un controllo di veridicità o possa disinteressarsi delle ipotesi in cui le informazioni del prospetto siano palesemente inesatte o imparziali.

La giurisprudenza che si era inizialmente orientata nel senso di limitare il dovere dell'autorità al controllo formale della comunicazione escludendo la verifica nel merito dell'esattezza e della verità delle informazioni rese, ha poi in concreto censurato la condotta dell'Autorità che, venendo meno al proprio obbligo di diligenza da un lato non aveva rilevato la falsità del contenuto delle informazioni risultanti dal prospetto²⁴; dall'altro dopo l'emersione della situazione effettiva non aveva adottato le misure necessarie per evitare il prodursi o l'aggravarsi del danno dei

²⁴ D'AURIA, *La responsabilità della Consob, Profili civilistici*, nota a Cass. n. 3132 del 2001, in *Giur. it.*, 2001, p.2269, rileva in particolare come la decisione evidenzia che la Consob aveva il potere di controllo della completezza – veridicità delle notizie lungo tutto l'arco procedimentale corrente dalla data della comunicazione della operazione. L'A., che sembra condividere la soluzione adottata dalla giurisprudenza, ritiene al contempo che l'affermazione di responsabilità dell'autorità pone il diverso problema dell'esigenza di “*fronteggiare e possibilmente selezionare le richieste di risarcimento, senza disporre di un adeguato criterio discrezionale diverso da quello offerto dall'interpretazione di danno ingiusto, ossia quello di lesivo di diritti soggettivi*”; GIACALONE, *Prospetto non veritiero e responsabilità della Consob*, nota a Cass. n. 3132 del 2001, in *Giust. Civ.*, 2001, 907, rileva invece che l'affermazione per cui l'omissione dei doverosi controlli si traduce in un cattivo e negligente uso delle funzioni di vigilanza che incide su una statuizione giuridicamente rilevante la quale assume natura e consistenza di diritto soggettivo, anche se non identifica compiutamente il diritto leso, dimostra che il tema della responsabilità delle autorità di controllo del mercato finanziario anche prima della notissima sentenza della Cassazione n. 500 del 1999 non era necessariamente condizionato dal fatto che la posizione di risparmiatore, nei confronti degli organi di vigilanza, fosse ritenuta riconducibile alla figura dell'interesse legittimo. La sentenza n. 3132 del 2001, dimostrerebbe pertanto l'assenza di “zone franche” per le autorità di vigilanza le quali sarebbero chiamate a rispondere per negligenze ed imperizie come qualsiasi altro operatore del mercato, ed anzi secondo un modello di prudenza e diligenza professionale sicuramente peculiare.

Si è a tal fine considerata fonte di responsabilità: mancata rilevazione di una rilevante differenza tra il capitale sociale dichiarato nel prospetto e quello effettivamente sottoscritto; mancata acquisizione della proprietà del bene oggetto dell'operazione, il cui prezzo di acquisto era stato dichiarato in un valore inferiore al capitale sociale versato come indicato nel prospetto; omessa valutazione dell'incidenza sul valore dell'operazione della mancata considerazione di mutui gravanti sull'emittente per circa un terzo del capitale sociale dichiarato e di redditi dichiarati come disponibilità liquide effettive che in realtà avevano fatto oggetto di cessione o vincolo a favore di terzi.

In questo senso, la giurisprudenza sembra conformarsi a quell'orientamento della dottrina secondo cui l'intero sistema e la funzione della disciplina dell'informazione consentono di riconoscere l'obbligo dell'Autorità di controllare la veridicità delle informazioni nei limiti in cui queste risultino palesemente inesatte o imparziali, essendo a tale scopo dotata di specifici poteri tra cui quello di proroga del termine per l'esame del prospetto e quello di ispezione

risparmiatori che avevano fatto affidamento sulla falsa informazione per le proprie scelte d'investimento²⁵.

Ciò ha consentito di affermare in via generale che gli organi di vigilanza rispondono per l'omissione di qualsiasi intervento istruttorio, integrativo o repressivo in relazione ad un'operazione la cui informazione presenti indizi tali da far sorgere il sospetto o il timore che alcuni dati illustrati siano poco verosimili, falsi o incompleti; in questi casi, essi sono civilmente responsabili nei confronti degli investitori danneggiati che abbiano confidato nella genuinità delle informazioni passate al vaglio del vigilante²⁶.

3. segue: *la società di revisione.*

Il principio che si è appena enunciato non opera solo con riferimento alla responsabilità delle Autorità di vigilanza; è opinione diffusa in dottrina e giurisprudenza che il sistema di norme relative alla certificazione obbligatoria del bilancio sia funzionale alla tutela del risparmio e della trasparenza del mercato²⁷, ed abbia creato un "sistema decentrato" di

²⁵ Cfr. FERRARINI, *La responsabilità da prospetto. Informazione societaria e tutela degli investitori*, Milano, 1986, p. 32; vedi contra ALPA, *Prospetto informativo. Orientamenti dottrinali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, p. 364, secondo cui il mero controllo formale non contrasterebbe con il sistema in quanto la normativa dell'informazione non impone alla Consob di effettuare accertamenti ulteriori rispetto all'esame dell'operazione economica intrapresa. La distanza tra le due posizioni sembra ridursi quando l'A. afferma che il controllo è limitato ad una verifica della corrispondenza formale tra i dati del prospetto ed i dati acquisiti o direttamente o in via di ulteriore richiesta, ma comunque ricavabili da quanto indicato nelle scritture contabili e nelle dichiarazioni degli organi sociali.

²⁶ LUCCHINI GUASTALLA, *Danno agli investitori e responsabilità delle autorità di vigilanza e degli intermediari*, in *Resp. Civ. e prev.*, 2005, p. 24 secondo il quale ricorre dunque un diritto degli investitori a vedersi risarciti dei danni che siano conseguenza immediata e diretta di un'attività di controllo che sia stata totalmente omessa o negligenzemente svolta da parte delle competenti autorità.

²⁷ E' infatti opinione comune che un controllo contabile affidato esclusivamente alla Consob si presenti inadeguato alle reali esigenze di protezione cui la stessa autorità è

controllo, che si attua secondo alcuni con l'esercizio dei poteri di vigilanza della Consob *attraverso* l'attività delle società di revisione e del collegio sindacale; secondo altri con l'affidamento di poteri pubblici a soggetti privati sottoposti alla vigilanza dell'Autorità amministrative²⁸, inducendo parte della dottrina a qualificare il revisore come "incaricato di pubblico servizio" al fine di affermarne l'obbligo di denunciare i reati di cui sia venuto a conoscenza nell'esercizio delle proprie funzioni.

Da ciò un insieme di regole operative che vincolano la società di revisione la quale, eseguiti gli accertamenti richiesti dalla normativa vigente, dagli usi e dalla stessa prassi del settore, deve riportare sul libro di revisione il risultato degli accertamenti, ispezioni e controlli eseguiti, la natura delle procedure, le considerazioni formulate ai fini del giudizio finale, le informazioni più significative acquisite dagli organi sociali, segnalando in sede di certificazione ogni irregolarità eventualmente

preposta; da qui il coinvolgimento nell'attività di vigilanza, garanzia e controllo di soggetti privati.

Questa soluzione d'altra parte non costituisce un caso isolato nel nostro ordinamento: la tutela dell'affidamento che i terzi fanno sulle informazioni relative alla situazione patrimoniale, economica e finanziaria delle imprese, ed in particolare di quelle che fanno appello al pubblico risparmio, evidenzia nella legislazione più recente una speciale attenzione alla disciplina del governo del mercato, anche attraverso una progressiva accentuazione del controllo sulle imprese che si manifesta da un lato nell'ampliamento dei poteri delle Autorità indipendenti, dall'altro nella ridefinizione delle regole sul controllo interno delle società operanti su questi mercati, COZZI, *op. cit.*, p.10, la quale rileva inoltre come questa linea di tendenza fosse già iniziata con il DPR 136 del 1975 che introduceva un regime di revisione e certificazione obbligatoria dei bilanci delle società quotate in borsa affidato ad un soggetto esterno qual è la società di revisione, lasciando inalterate le competenze del controllo interno affidate al collegio sindacale.

²⁸ CLEMENTE, Commento all'art. 161, in *Commentario al testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria* (a cura di) ALPA, CAPRIGLIONE, Padova, 1998, p.1482.

In questa prospettiva si è posto il problema dell'individuazione della regola di responsabilità applicabile ai privati coinvolti nell'attività di vigilanza. Quanto affermato infatti in riferimento alle Autorità indipendenti si lega alla natura pubblica dell'interesse perseguito ed al loro inquadramento nell'apparato della pubblica amministrazione.

riscontrata, comunicando tali violazioni all'Autorità competente²⁹, attivandosi al fine di impedire che dalle irregolarità riscontrate possa derivare danno a terzi.

Responsabilità estesa dalla giurisprudenza anche al caso della revisione volontaria sul presupposto del legittimo affidamento dei terzi sul rispetto da parte della società di revisione delle norme dell'ordinamento di settore volta a garantire l'attendibilità del prodotto dell'attività di revisione.

In concreto le scelte interpretative sono fortemente influenzate da quelle relative alla qualificazione dell'attività professionale svolta dalla società di revisione e in particolare da quelle relative:

- a) alla qualificazione dell'attività di revisione come prestazione intellettuale, con conseguente applicabilità dell'art. 2236 cod. civ., che limita la responsabilità del debitore, per le questioni la cui soluzione implichi problemi tecnici di particolare difficoltà, ai soli casi di dolo e colpa grave;
- b) alla qualificazione dell'obbligazione del revisore come obbligazione di mezzi o di risultato;
- c) all'applicabilità dell'art. 1227 cod. civ., secondo il quale se il fatto colposo del creditore ha concorso a cagionare il danno, il risarcimento è diminuito secondo la gravità della colpa e l'entità delle conseguenze che ne sono derivate.

Sotto il primo profilo sono state prospettate soluzioni diverse.

Secondo una prima tesi, il contratto di revisione rientrerebbe nel *genus* contratto d'opera: il livello di diligenza gravante sul revisore sarebbe

²⁹ Tribunale Torino, 18 settembre 1993, I.F.C. Istituto Fiduciario Centrale s.p.a. – KPMG – Peat Marwick Fides s.n.c. in *Giur. It.*, 1994, II, 1 p.655 ss. con nota di SANTARONI, *In tema di negligenza del revisore*.

pertanto quello richiesto dall'art. 1176 comma 2 c.c., con esonero da responsabilità per colpa lieve nei casi in cui la prestazione richiesta implichi la soluzione di questioni tecniche di particolare difficoltà.

Secondo altra tesi, invece la presenza di un'organizzazione imprenditoriale che caratterizza la società di revisione, farebbe venir meno l'elemento individuale che caratterizza l'attività professionale escludendo l'applicabilità della relativa disciplina.

Parte della dottrina ritiene infine che la presenza di un'organizzazione di tipo imprenditoriale non modifichi l'essenza intellettuale della prestazione resa dalla società di revisione, e non incida sul principio della personalità della prestazione, con conseguente applicabilità del primo comma dell'art. 1176 cod. civ..

In questo senso è in fatto orientata la giurisprudenza prevalente la quale ritenendo che la "certificazione" con cui si conclude l'attività della società di revisione abbia natura di parere, contenendo l'attestazione di conformità del bilancio ai fatti amministrativi contabilmente rilevati ad alle norme che disciplinano il bilancio di esercizio, qualifica la società di revisione come "*società di professionisti*", con conseguente applicabilità della disciplina relativa alle prestazioni d'opera intellettuale³⁰.

Il sistema di riferimento per la valutazione della condotta dei revisori viene così individuato nella diligenza "del buon padre di famiglia" ex art. 1710 cod. civ. in tema di mandato, in virtù del richiamo ex art. 2407 cod. civ. sulla responsabilità dei sindaci a sua volta richiamato dall'art. 1 del D.p.r. n. 136 del 1975 integrato dall'art. 1176, II comma, cod. civ..

³⁰ App. Milano, 1998 cit., 432

Il che attribuisce specifico rilievo alle indicazioni contenute dalla normativa secondaria nazionale ed internazionale³¹, ai principi di revisione elaborati e diffusi dal Consiglio nazionale dei dottori commercialisti³² e alle prassi comunemente condivisi dagli operatori del settore. E' peraltro principio condiviso che questi riferimenti hanno rilievo non esclusivo; ciò nel senso che da un lato non è escluso che l'adozione di parametri di giudizio diversi da quelli codificati possa ugualmente integrare la diligenza dovuta; dall'altro perché il pedissequo rispetto dei criteri codificati può non essere sufficiente per escludere la responsabilità qualora una valutazione ragionevole delle circostanze concrete imponga indagini ulteriori per la effettiva tutela degli interessi cui è preordinata la revisione³³.

Anche in questo caso il limite è costituito dall'inesigibilità del comportamento³⁴, nel senso che l'adempimento della prestazione dovuta richiederebbe uno sforzo volitivo e tecnico superiore a quello normalmente adeguato al soddisfacimento dell'interesse del creditore secondo obiettivi canonici sociali e professionali di condotta³⁵.

Sulla base di questi presupposti si è in concreto ritenuto che risponda per negligenza, ad esempio, la società di revisione che nell'effettuare la revisione:

³¹ COZZI, *op. cit.*, p. 49.

³² Cfr. trib. Torino, settembre 1992, cit p. 7; Trib. Milano 18 giugno 1993, *cit.*, p.672

³³ BONELLI, *Responsabilità delle società di revisione per errori nella valutazione aziendale*, in *Giur. comm.*, 1983, I, p.221 e ss; NUZZO, *op. cit.*, p. 1507

³⁴ Cfr. NUZZO, *op. cit.*, p.1507 e Trib. Milano 18 giugno 1992 *cit.*, p.12

³⁵ BIANCA, *La responsabilità cit.*, p. 15

- accreditati con certezza effetti fiscali positivi, in realtà del tutto ipotetici e per nulla certi, in violazione dei criteri di prudenza e ragionevolezza che devono guidare la redazione del bilancio³⁶;
- non rilevi errori nel calcolo delle imposte differite attive in relazione agli utili infragruppo; o sopravvalutazioni di magazzino o del patrimonio netto;
- ometta il controllo sull'effettivo titolarità in capo all'offerente dei beni cui si riferisce la sollecitazione del pubblico risparmio;
- ometta di segnalare il rischio patrimoniale derivante da una probabile irrogazione di una ammenda di elevato ammontare agli amministratori di cui sia tenuta a rispondere la società ex art. 197 c.p..

La responsabilità è stata invece esclusa quando l'evento dannoso dipenda da mancato controllo dell'impostazione dei programmi e delle procedure automatizzate e della verifica della loro affidabilità; la società di revisione non deve spingersi sino a supervisionare di persona la stampa dei programmi realizzati ed a riprogrammare o riefettuare tutte le procedure già realizzate potendosi limitare al controllo della corrispondenza dei totali così determinati.

Non sempre dovuta è la verifica dei conteggi e dei dati in generale attraverso controlli "a campione", sulla cui obbligatorietà la giurisprudenza è oscillante³⁷.

4. segue. *La concessione abusiva di credito.*

³⁶ App. Milano, 7 luglio 1998, cot., p. 435

³⁷ Cfr. Trib. Torino, 18 settembre 1993, cit., p. 670; e Trib. Milano, 18 giugno 1992, cit., p. 11

Lo stesso schema di ragionamento è stato utilizzato con riferimento all'attività bancaria³⁸ sulla base del rilievo che essa “pur essendo di natura privata, non è espressione della libera attività d'impresa, ma è attività d'interesse pubblico”³⁹.

³⁸ In dottrina cfr., NIGRO, *La responsabilità della banca per concessione «abusiva» di credito*, in *Giur. Comm.*, 1978, I, p.238 ss; INZITARI, *Concessione abusiva del credito: irregolarità del fido, false informazioni e danni conseguenti alla lesione dell'autonomia contrattuale*, in *Diritto della banca e del merc. fin.*, 1993, p.414; PRATIS, *Responsabilità extracontrattuale della banca per concessione «abusiva» di credito*, in *Giur. Comm.*, 1982, I, p.843. L'attività bancaria era qualificata come funzione di interesse pubblico dall'art. 1 del D.R.L. 12 marzo 1936 n. 375. Nel vigore di questa norma, la Suprema Corte di Cassazione ha affermato per la prima volta la responsabilità di una banca per concessione abusiva del credito, cfr. Cass. 13 gennaio 1993, n. 343, in *Banca, Borsa e tit. cred.*, 1994, II, pag. 258 in occasione dell'azione di responsabilità esperita da alcune banche contro *altri istituti di credito* che, nell'ambito di un rapporto contrattuale qualificato dalla Corte come “mandato all'incasso”, lamentavano di aver subito una ingente perdita a causa del comportamento fraudolento di alcuni funzionari infedeli i quali, per un periodo di circa nove mesi, avevano occultato l'emissione allo scoperto di assegni in sequenza e in pari data ad opera dello stesso traente, per importi cospicui e in cifre tonde, non riferibili ad operazioni commerciali di acquisizioni di beni o servizi, e non girati da terzi, consentendo con ciò la realizzazione di operazioni allo scoperto compiute emettendo assegni sul conto di una banca e incassando sul conto di una altra assegni non coperti; in senso analogo Cass. 8 gennaio 1997, n. 72, in *Banca, Borsa, tit. cred.*, 1997, II, pag. 158.

Lo stesso principio trova affermazione anche in Cass. 14 ottobre 1992 n. 11207 in *Gius. Civ.*, 1993, I, 1871, in riferimento al caso di un furto di moduli di assegni circolari spediti a mezzo del servizio postale, in cui si è affermato che la banca avendo avuto notizia del furto per sottrarsi a responsabilità risarcitorie verso il prenditore, non può esimersi dall'obbligo di dare al fatto adeguata pubblicità diretta alla generalità dei possibili prenditori degli assegni falsificati onde prevenire al massimo il pericolo di inganno per la pubblica fede e tutelare conseguentemente i diritti dei terzi.

³⁹ Trib Foggia 7 maggio 2002, n. 869, Curatela del Fallimento Italsemole S.r.l. c. Rolo Banca 1473 S.P.A., in *Resp.civ. e prev.*, III, 2003, 839 con nota di Mt. Nuzzo, *Concessione abusiva del credito e responsabilità extracontrattuale della banca*, in cui il Tribunale afferma che la responsabilità della banca per concessione abusiva del credito trova fondamento nel complesso delle “*altre fattispecie per le quali da tempo la dottrina e la giurisprudenza assolutamente prevalenti hanno ravvisato la responsabilità, per lo più contrattuale, dell'operatore professionale in genere e del banchiere in particolare il quale, con una propria dichiarazione o con un proprio comportamento crei nel pubblico e nel mercato affidamenti fallaci su una determinata situazione di fatto*”; in particolare nei casi di responsabilità da prospetto, da false informazioni sulla solvibilità del proprio cliente, nella responsabilità di chi dà *patronage* per una propria controllata, nella responsabilità della banca trattaria verso la banca negoziatrice per benefondi dato in modo non corrispondente alla situazione economica dell'emittente. Secondo il Tribunale “*la responsabilità del banchiere per aver mantenuto artificiosamente in vita un imprenditore sull'orlo del fallimento si inserisce molto bene in tale tendenza giacché alla violazione del dovere generico di astensione di cui all'art. 2043 c.c., si aggiunge l'inosservanza delle prescrizioni proprie della professione*”. L'analisi si completa con l'affermazione che: 1) la colpa del banchiere che concede abusivamente credito si sostanzia nella conoscenza o conoscibilità da parte sua della mancanza dei presupposti tecnici della concessione del credito con la precisazione che essa può perciò essere affermata non solo nel caso di effettiva conoscenza, ma anche nel caso, con l'uso della diligenza richiesta al banchiere accorto, si sarebbe potuta conoscere la situazione critica dell'impresa affidata; 2) il nesso causale, nel caso in cui l'impresa abusivamente finanziata sia fallita, va ravvisato

Da ciò l'insieme di doveri e regole di azione che trovano la loro fonte in norme di legge, di regolamento, nelle prassi di settore, la cui inosservanza integra l'"omissione" che è causa di responsabilità ai sensi dell'art. 2043 c.c.. si afferma così il principio che *"il dovere primario dei soggetti dell'ordinamento bancario, informato alla tutela dell'interesse pubblico collegato alla raccolta del risparmio ed all'erogazione del credito, consiste infatti in una corretta erogazione del credito nel rispetto non soltanto delle ragioni dell'utenza ma anche di quelle delle altre imprese inserite nel sistema con privilegio per le comunicazioni e le informazioni reciproche"*.

L'obbligo di comportamento si sgancia così dalla norma di riferimento per legarsi al ruolo dell'*advisor* nella singola operazione.

Il principio si completa con l'affermazione per cui *"dalla normativa che regola il sistema bancario, vengono imposti a tutela del sistema stesso e dei soggetti in esso inerenti comportamenti in parte tipizzati, in parte enucleabili caso per caso, qualora la relazione logica fra le regole generali di condotta imposte ai soggetti di quel sistema e l'attività in concreto svolta dagli stessi, evidenzia quell'assenza di diligenza e di cautele in cui si sostanzia la «culpa in omettendo»"*⁴⁰.

Questa soluzione sembra rispondere alle necessità di adeguare la regola di responsabilità alle concrete modalità dell'operazione al cui interno ha agito l'*advisor*.

nel fatto che *"dichiarato il fallimento, sarebbe cessata l'attività negoziale e quindi la possibilità stessa di contrarre nuovi debiti. I creditori posteriori alla data anzidetta non dovevano proprio partecipare alla liquidazione concorsuale, a prescindere dall'eventuale affidamento sulla solvibilità della fallita (cosicché) la loro partecipazione ha automaticamente inciso sulla distribuzione dell'attivo e quindi sul rispetto della par condicio creditorum"*.

⁴⁰ Cass. 13 gennaio 1993, n. 343, in *Banca, Borsa e tit. cred.*, 1994, II, pag. 258.

Si ripropone in sostanza l'inefficienza di un criterio di responsabilità, che attraverso l'individuazione dell'illecito nella norma resta rigidamente ancorato al dato normativo, a favore di una soluzione che consenta alla regola di responsabilità di evolversi al passo con le operazioni di mercato.

In questo senso, è stata ritenuta fonte di responsabilità anche la prassi, con la precisazione che in questi casi, la banca non è obbligata a fornire le informazioni richieste, potendosi rifiutare di farlo, ma se accetta deve fornire un'informazione esatta e veritiera con riguardo alla situazione presente al momento della richiesta, altrimenti rispondendo ex art. 2043 cod. civ. per i danni che possano derivare alla loro richiedente⁴¹, anche a prescindere dall'eventuale e non necessaria configurazione di un rapporto di mandato extracartolare di pagamento.

La necessità di uno strumento flessibile sembra avvertita anche dalla dottrina che studiando il tema della responsabilità della banca ha proposto soluzioni diverse.

In questa prospettiva, si è cercato ad esempio di individuare la fonte dell'obbligo di non concedere abusivamente credito in un generale principio di contrarietà alla continuazione dell'attività dell'imprenditore espresso dalla legge fallimentare attraverso l'inefficacia degli atti negoziali compiuti dall'insolvente, il divieto di compiere atti imprudenti idonei a ritardare il fallimento ed il corrispondente obbligo di chiedere la

⁴¹ Ex multis Cass. 1 agosto 2001, n. 10492 in *Danno e responsabilità*, 1, 2002 p. 90 e ss, in tema di "benefondi" bancario ha precisato che "l'uso interbancario di richiedere e dare per telefono od altrimenti, conferma dell'esistenza di provvista per il pagamento di assegni di conto corrente, implica che la banca trattaria la quale dia alla banca richiedente notizie non corrispondenti alla situazione in atto al momento della richiesta, è verso quest'ultima responsabile a titolo di illecito extracontrattuale dei danni che alla medesima possano derivare in conseguenza del pagamento o dell'accreditamento al presentatore dell'assegno, sul non veritiero presupposto della sua copertura".

propria dichiarazione di fallimento, ed infine dalla sanzione penale che assiste il ricorso abusivo al credito⁴².

Altra soluzione, ritenendo troppo fragile questa costruzione in considerazione della unidirezionalità delle sanzioni a fronte dei comportamenti sopra indicati rivolte unicamente al finanziato, ha ritenuto di poter fondare la responsabilità della banca sulla sussistenza di obblighi legali di diligenza nella concessione del fido e nella erogazione del credito precedentemente analizzati⁴³. Questa soluzione ha trovato una critica in chi ha ritenuto che la negligenza nell'esercizio dell'attività non rileva sul piano dell'antigiuridicità come contrarietà del comportamento ad una norma. L'obbligo di diligenza infatti, si è precisato, non segna un limite esterno all'esercizio della libertà ma definisce lo *standard* di attenzione, cura, perizia, legalità normativamente imposti ad un soggetto che agisce in uno specifico contesto.

Un recente tentativo ripropone quale fondamento di responsabilità della banca, la tesi dell'abuso del diritto, tentando di superare la costante critica di genericità, ravvisando l'illecito esercizio dell'attività bancaria: nella violazione della buona fede; iniquo bilanciamento di interessi tra vantaggio conseguito dal danneggiante e svantaggio subito dal danneggiato; oggettiva irrazionalità ed irregolare condotta⁴⁴. In concreto, la banca è stata ritenuta responsabile:

- per aver assicurato la presenza di fondi disponibili su un conto corrente rivelatosi poi scoperto;

Eliminato: ¶

⁴² DI MARZIO, *Abuso nella concessione del credito*, Napoli, 2004, p. 210; sul punto vedi anche NIGRO, *La responsabilità della banca cit.*, p. 334

⁴³ LO CUOCO, *Responsabilità della banca per concessione abusiva di credito*, p. 219 e

ss

⁴⁴ DI MARZIO, *op. cit.*, p. 216

- per non aver percepito in un giro di assegni protrattosi nel tempo per importi rilevanti, pur avendo constatato che, successivamente alle scadenze gli assegni venivano regolarmente coperti poco prima della scadenza del termine per il protesto;
- per aver concesso credito ad un soggetto immeritevole.

Anche in queste ipotesi la regola di diligenza è determinata in base alla diversa tipologia dei contratti attraverso i quali si realizza l'operazione economica.

Così, in relazione alle operazioni di finanziamento avente ad oggetto assegni, si è affermato che l'emissione ed il pagamento degli assegni crea tra trattaria e pagante un rapporto contrattuale qualificato come mandato all'incasso, il cui adempimento prevede l'obbligo reciproco di attivarsi per salvaguardare l'interesse altrui comprensivo dell'obbligo di scambiarsi informazioni utili alla corretta gestione del rapporto secondo le regole di correttezza; nell'erogazione del credito, si ritiene che la banca risponda verso i terzi per l'eventuale insufficienza dell'istruttoria.

In particolare sotto questo profilo rilevano, accanto alla legge, anche le disposizioni della normativa secondaria, le istruzioni della Banca d'Italia, e le regole deontologiche fissate dalle organizzazioni di categoria *in primis* l'A.B.I., la prassi, ma anche le procedure interne, in materia di istruttoria nelle operazioni di finanziamento.

Quanto si è detto ha consentito di affermare che anche l'attività bancaria sia soggetta alla disciplina di cui all'art.1176, II comma, cod. civ. anche qualora svolta in forma di impresa, in conformità alle pronunce della giurisprudenza in tema di benessere telefonico, e di pagamento di assegni falsificati nella firma di traenza. La colpa della banca pertanto va valutata

alla stregua del comportamento dovuto dal *bonus argentarius*, quale soggetto ideale che esercita la propria attività osservando da un lato, le regole tecniche proprie della sua professione, e dall'altro le norme specifiche che disciplinano il modo di svolgimento della sua attività⁴⁵.

5. Le regole di responsabilità

L'analisi degli orientamenti appena esaminati sembra confermare il rilievo della più attenta dottrina secondo il quale il primo problema che si pone a chi voglia indagare il tema della c.d. responsabilità da lesione dell'altrui incolpevole affidamento è quello di una precisa definizione della condotta che costituisce elemento materiale dell'illecito. Si è infatti rilevato che la prestazione dovuta dall'*advisor* è diversa in ciascuna delle ipotesi considerate e non si presta per sua natura ad essere determinata aprioristicamente⁴⁶. Questa considerazione induce ad interrogarsi sulla possibilità di operare "una pura e semplice estensione acritica" dei principi e delle regole che disciplinano la responsabilità contrattuale dell'*advisor* nei confronti del committente alla diversa ipotesi della sua responsabilità nei confronti dei terzi che hanno fatto affidamento sulle

⁴⁵ Chi ha studiato il problema ha rilevato che già la dottrina francese, che ha costituito il modello di responsabilità sulla cui base si è costruita la giurisprudenza italiana in materia di concessione abusiva del credito, a fronte della conservazione formale dell'elemento soggettivo del dolo o della colpa, individuato nell'accertamento della conoscenza o possibilità di conoscenza da parte della banca dello stato di difficoltà dell'impresa, vi sia un indubbio "scivolamento" verso forme di responsabilità oggettiva. In questa direzione appare opportuno rilevare che in giurisprudenza, a fronte della perdita sostanziale di efficacia della revocatoria fallimentare come strumento di protezione della massa dei creditori, anche per effetto proprio della concessione abusiva di credito che può consentire attraverso la protrazione della dichiarazione di fallimento la prescrizione delle relative azioni fallimentari con conseguente sottrazione dei finanziatori, tra cui in particolare le banche, alle proprie responsabilità, si è ipotizzata la riconducibilità della concessione abusiva di credito nell'area dell'art. 2050 cod. civ., quale "rischio di impresa" NIGRO, *op cit.*, 246

⁴⁶ ALLEGRI, *op. ult. cit.*, p. 147.

valutazioni dallo stessa espresse e sulle informazioni fornite sulla base di esse⁴⁷.

Sembra infatti legittimo interrogarsi sull'efficienza di un sistema di responsabilità che ai fine della configurabilità di un danno risarcibile richiede la sola prova dell'inesattezza dell'informazione e dell'esistenza di un danno in senso economico, senza allegazione e dimostrazione degli elementi costitutivi della fattispecie di responsabilità che in concreto si assume a fondamento della pretesa risarcitoria. A tal fine, secondo la regola generale in materia di onere della prova il danneggiato dovrà provare che l'*advisor* ha in concreto violato il modello normativo di condotta cui era tenuto⁴⁸.

Se dalle affermazioni di principio si passa all'esame delle regole operative in concreto applicate è però facile constatare come il principio così affermato non sempre trovi nelle concrete decisioni della giurisprudenza.

Come già si è accennato, infatti, il compito dell'attore è normalmente facilitato da precedenti giurisprudenziali che, in una serie di situazioni assunte come tipiche, introducono un complesso di presunzioni

⁴⁷ ALLEGRI, *op. ult. cit.*, p. 147.

⁴⁸ Rileva WEIGMANN, *L'inversione dell'onere della prova nel diritto commerciale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, p. 180 ss., evidenziando la problematicità della fattispecie che: " se può sembrar più esatto, o almeno più equo, disconoscere alle perdite patrimoniali il valore di una presunzione di colpa, il problema della consistenza delle prove che la società deve addurre si ripropone, su una linea poco lontana, in termini altamente problematici. Si potrebbe, ad esempio, ritenere sufficiente la dimostrazione che la società, unica nel suo settore, non ha conseguito nessun utile nell'esercizio? O che gli amministratori, da poco saliti in carica in sostituzione di altri, presentano un bilancio in perdita dopo una serie ininterrotta di annate fortunate sotto la guida dei predecessori? O è necessario indicare, oltre alla singolarità del risultato, anche il difettoso *metodo* di conduzione, rimproverando ad esempio il mancato impiego delle moderne tecniche di programmazione aziendale, al quale gli amministratori han preferito un procedimento vecchio stile, empirico ed intuitivo, basato essenzialmente sul fiuto negli affari?"

sostanzialmente volte ad introdurre un sistema di *equivalenza* tra alcuni fatti noti, quali ad esempio:

1) il difetto di organizzazione della società o dell'ente che deve operare le valutazioni che costituiscono oggetto dell'informazione diffusa al pubblico, l'errore nella valutazione ovvero l'insufficienza o imprecisione dell'informazione;

2) l'esistenza di un danno economico;

e i fatti ignoti della colpevolezza dell'agente e del nesso di causalità tra la condotta e il danno. Il meccanismo si completa poi con un ampio utilizzo di presunzioni semplici e dell'equità nelle quantificazione del danno.

Con la conseguenza che queste facilitazioni sul piano della prova segnano in realtà una modificazione della regola giuridica sostanziale (la *law in action*) attuata per via giurisprudenziale⁴⁹.

In un certo senso questo aspetto avvicina il sistema delineato con la riforma alla regola, più volte richiamata, del *business judgment rule* che vige negli Stati Uniti secondo la quale “*quando le decisioni sono state prese dagli amministratori in buona fede, sulla base di adeguate informazioni e scegliendo razionalmente la soluzione ritenuta più rispondente al migliore interesse della società, tocca a chi agisce in responsabilità l'onere di provare l'infrazione, l'ammontare del danno subito dalla società o dagli azionisti e la derivazione causale di quest'ultimo dalla condotta dei directors ed officers*”⁵⁰.

Questa affermazione consente anche di delineare l'ambito soggettivo del presente studio.

⁴⁹ WEIGMANN, *op. cit.*, p. 803.

⁵⁰ Così WEIGMANN, *op. ult. cit.*, p. 798

Quanto si è detto infatti, consente di individuare l'*advisor* in quel soggetto titolare di una posizione di controllo su un'informazione determinante ai fini delle scelte di comportamento dei terzi, nel senso che in assenza di tale informazione la decisione non potrebbe essere ragionevolmente presa.

Eliminato: ¶

6. Un "corto circuito" nel sistema della responsabilità civile

Si manifesta con ciò il rischio di un'incontrollata ed arbitraria estensione dell'area dell'illecito civile, segnalato già dai primi studi sulla responsabilità da informazione economica inesatta che paventando un giudizio di responsabilità costruito in concreto sulla base della sola prova dell'inesattezza dell'informazione, accompagnata da un sistema di presunzioni che ribalta sul soggetto in "posizione privilegiata" l'onere della prova, aveva proposto dei criteri di contenimento della responsabilità.

Si realizza così una sorta di *corto circuito* in forza del quale la combinazione tra qualificazione della prestazione come di risultato e non di mezzi, applicazione del principio *res ipsa loquitur*, secondo cui provata l'inesattezza della notizia è possibile presumere colpa, nesso di causalità e danno⁵¹.

In contrario si è peraltro osservato che quando si manifesta una tendenza all'allargamento delle maglie della responsabilità da illecito la capacità di tenuta del sistema per scongiurare il pericolo di una proliferazione di azioni risarcitorie, è essenzialmente affidata da un lato "*all'attitudine*

⁵¹ Secondo lo schema della responsabilità da prodotti difettosi, come rileva BUSNELLI, *op. cit.*, p. 569 richiamando la nota sentenza Trib. Latina, 28 aprile 1980, in *Banca, Borsa, tit. credit.*, 1985, II, p. 113

selettiva dei criteri normativi adottati settore per settore” dall’altro ad un attento lavoro da parte della giurisprudenza⁵².

Secondo questa opinione, sotto il primo profilo debbono considerarsi elementi necessari della fattispecie di responsabilità:

- a) un collegamento ricostruibile anche *ex post* tra un operatore professionale e terzi destinatari;
- b) la colpa dell’operatore professionale, che va graduata in considerazione del titolo (dalla mera cortesia alla prestazione professionale), della posizione *privilegiata* ai fini del concreto esercizio di un effettivo “potere di controllo” sulle informazioni fornite, della difficoltà delle questioni tecniche affrontate dal professionista in relazione alle quali potrà operare l’attenuante prevista dall’art. 2236 c.c..

Sotto il secondo profilo operano come criterio direttivo dell’opera del giudice i criteri dell’ *incolpevole affidamento* e della “*destinatarietà ragionevolmente prevedibile*”.

Al primo è affidata la selezione dell’interesse la cui lesione genera ingiustizia del danno leso che suppone un affidamento *oggettivamente valutabile*; con la conseguenza che se l’affidamento è colpevole, non vi è ingiustizia del danno.

La “*destinatarietà ragionevolmente prevedibile*”⁵³ costituisce invece il criterio di collegamento tra danneggiato e danneggiante⁵⁴.

L’analisi della giurisprudenza nella materia in esame rende evidente che i percorsi logici in concreto utilizzati sono però diversi.

⁵² BUSNELLI, *op. cit.*, p. 573

⁵³ Secondo una formulazione già utilizzata nella section 11 del Securities Act americano del 1933, BUSNELLI, *Itinerari Europei cit.*, p. 575,

⁵⁴ Busnelli, *Itinerari cit.*, p. 576

La sequenza logica più frequentemente utilizzata nelle decisioni in questa materia può infatti essere così sintetizzata:

- accertato che chi ha utilizzato una informazione inesatta ha subito una perdita patrimoniale;
- si procede alla ricognizione *ex post* dell'operazione economica all'interno della quale tale perdita si è realizzata individuando gli operatori professionalmente qualificati in essa coinvolti;
- si individua quindi l'ordinamento di settore le cui regole sono riferibili a quegli operatori qualificati per accertare se da esse emerga un dovere di protezione nei confronti degli utilizzatori delle informazioni;

L'analisi *dall'interno* di questo procedimento evidenzia però come:

a) l'accertamento dell'illecito, che nelle formule declamatorie sovente usate viene individuato nella specifica violazione di un obbligo normativo o negoziale, sfuma nel giudizio concreto verso formule di contenuto generico dilatandosi sino all'affermazione di un generico e indeterminato dovere di protezione in forza del quale *l'advisor a tutela del sistema cui partecipa e dei soggetti in esso inseriti deve porre in essere comportamenti in parte tipizzati, in parte enucleabili caso per caso, la cui omissione ne determina la responsabilità per i danni eventualmente patiti da terzi*; il che in concreto induce ad affermare nella decisione del caso concreto che in caso di informazione inesatta la violazione è *in re ipsa* e si deduce dalla esistenza di una perdita patrimoniale;

b) a ciò si aggiunge che anche la colpa si presume, gravando l'*advisor* della prova di essersi comportato con la diligenza richiesta dalla sua particolare qualificazione, salvo però affermare, anche in questo caso che

la produzione stessa della perdita patrimoniale evidenzia, *ex se*, che la diligenza non è stata adeguata al dovere di protezione gravante sull'operatore esperto;

c) lo stesso si ripete per la prova del nesso di causalità tra comportamento illecito e danno;

d) il danno consiste nell'intera perdita patrimoniale subita, con la precisazione che in questa materia l'esistenza di un dovere di protezione a carico dell'*advisor* esclude l'operatività del concorso di colpa con riferimento al soggetto nel cui interesse tale tutela è disposta.

Emerge da ciò una linea di tendenza volta ad elaborare una regola operativa modellata sugli schemi della responsabilità aggravata disciplinata dagli articoli 2047, 2048 o 2050 cod. civ.⁵⁵.

⁵⁵ BIANCA, *La responsabilità*, in *Trattato di diritto civile*, vol. V., Milano, 1994, p. 7 Si è infatti rilevato che in tutte queste ipotesi:

- la responsabilità è una responsabilità per fatto altrui, attenendo a danni provocati da persona diversa dal responsabile;

- il responsabile tuttavia risponde per una colpa propria consistente nel non aver diligentemente sorvegliato il danneggiante;

- causa mediata dei danni è quindi il fatto del responsabile per rileva in quanto abbia dato luogo al fatto obiettivamente illecito;

- all'obbligato è concesso provare di non aver potuto impedire il fatto, avendo adottato tutte le cautele normalmente appropriata in relazione allo stato ed alle condizioni dell'incapace, superando così la presunzione di colpa a suo carico. D'altra parte - pur affermando che il criterio generale di imputazione della responsabilità da affidamento è la colpa secondo il combinato disposto degli art. 2043 e 2697 cod. civ. - la possibilità di un giudizio di responsabilità strutturato secondo i meccanismi previsti in tema di responsabilità aggravata era stata avanzata sin dalla iniziale prospettazione del problema in esame attraverso l'utilizzazione, ai fini della definizione della fattispecie del criterio della "destinarietà ragionevolmente prevedibile" previsto dal legislatore nella disciplina della responsabilità da prodotti difettosi.⁵⁶ GALGANO, *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, in *Contratto e Impresa*, 1985, p. 1. Già con riguardo all'illecito civile la dottrina e la giurisprudenza hanno tentato variamente di arginare le richieste di danni. (Cfr. BUSNELLI, *La tutela aquiliana del credito: evoluzione giurisprudenziale e significato attuale del principio*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 298; ALPA, *Il problema dell'atipicità dell'illecito*, Napoli, 1979, p. 259 ss.; VISINTINI, *Il danno ingiusto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 177 ss.) I meccanismi di contenimento del danno risarcibile *ex art. 2043 c.c.* sono stati individuati, come è noto, per lungo tempo nella selezione rigida degli interessi meritevoli di protezione. Dottrina e giurisprudenza hanno proposto l'equazione "danno ingiusto" - lesione di un "diritto assoluto", limitando la responsabilità extracontrattuale a queste sole ipotesi e negando l'azione in tutte gli altri casi, finché l'esperienza del concreto non ha dimostrato l'inadeguatezza di tale soluzione a soddisfare le nuove esigenze di tutela. Fallita la via della restrizione delle aree di tutela operata *ex ante* e estesa la gamma di situazioni soggettive risarcibili fino a comprendere la lesione di ogni "interesse" giuridicamente protetto, l'attenzione degli

Eliminato: ¶

Il che, dal punto di vista pratico, sostanzialmente significa far discendere la responsabilità dalla funzione che *l'advisor* è chiamato a svolgere. In questo senso si è osservato che il ragionamento dei giudici sembra ruotare intorno al problema della “responsabilità da posizione” o “da funzione” generando una sorta di “corto circuito” per cui provata la perdita patrimoniale si presumono, la violazione di un dovere astratto di tutela da parte dell'*advisor*, il nesso di causalità ed il danno, con conseguente, quasi automatico, obbligo di risarcire integralmente quella perdita patrimoniale.

Un sistema così strutturato sembra concretizzare il timore che da sempre ha accompagnato l'estensione dell'area della responsabilità, di una incontrollata diffusione dell'area di responsabilità che, se può favorire il danneggiato nel concreto giudizio in cui egli è parte si risolve però in sostanziale inefficienza del sistema e in un aggravio di costi gravanti sulla collettività.

7. Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale

Il tema assume ulteriore rilievo con riferimento ad un profilo che ha assunto rilevanza progressivamente crescente in tema di responsabilità dell'*advisor*.

Come si è già detto, l'esperienza del concreto evidenzia come l'illecito dell'operatore professionale abbia sovente carattere “plurioffensivo”; sia cioè idoneo a ledere, anche a titolo diverso, più situazioni protette dall'ordinamento giuridico, generando responsabilità *contrattuale* nei

confronti del committente e responsabilità *extracontrattuale* nei confronti dei terzi la cui sfera patrimoniale è stata lesa dalla divulgazione di informazioni inesatte.

Si esalta così il problema del bilanciamento tra le contrapposte esigenze di rispondere a richieste di giustizia sostanziale che a fronte della lesione di interessi giuridicamente protetti impongono una reazione dell'ordinamento; fissando però rigorosi criteri di selezione del danno risarcibile allo scopo di evitare una eccessiva ed incontrollata espansione dell'area della responsabilità che sempre più si presenta come un "universo in espansione"⁵⁶.

Da un lato sta infatti l'azione risarcitoria del cliente o del committente il quale fa valere la responsabilità contrattuale dell'*advisor* deducendo il suo inadempimento alle obbligazioni contrattualmente assunte, avvalendosi delle regole proprie di quel tipo di responsabilità; dall'altro coloro che hanno sofferto un danno per essersi determinati ad un negozio in conseguenza della divulgazione di informazioni inesatte al medesimo riconducibili⁵⁷ i quali fanno valere la responsabilità *extracontrattuale* dell'*advisor* risultando gravati da un più complesso onere probatorio.

⁵⁷ FRÉ, *op. cit.*, p. 869, il quale ritiene corretto parlare di "diritto della generalità alla sincerità del bilancio e delle relazioni che lo accompagnano". GALGANO, *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, in *Contratto e Impresa*, 1985, p. 20 ss. ascrive questa fattispecie tra i fenomeni che determinano un'illecita interferenza nell'esercizio dell'autonomia privata. Si discute proprio in relazione a fattispecie di questo tipo circa la rilevanza nel nostro ordinamento dei c.d. "danni puramente economici". Cfr. DI MAJO, *Il problema del danno al patrimonio*, in *Riv. critica. dir. privato*, 1984, p. 297; GALLO, *L'elemento oggettivo del tort of negligence*, Milano, 1988; CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, 2ª ed., Milano, 1995; ID., *L'obbligazione senza prestazione, ai confini tra contratto e torto*, in *Studi Mengoni*, Milano, 1995, I, p. 147; MONATERI, *La responsabilità civile*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da Sacco, Torino, 1998, p. 578. In termini del tutto generali ci si domanda se chi subisce una menomazione al suo patrimonio come conseguenza di un comportamento doloso o colposo sia o meno legittimato a chiedere il risarcimento del danno ai sensi dell'art. 2043 c. c., anche senza la prova della lesione di un diritto soggettivo. Gli esempi che si possono fare sono molto numerosi; si pensi per esempio a chi cagioni un danno di natura economica ad un concorrente aprendo un esercizio commerciale nelle vicinanze del suo; o ancora a chi

Come si è osservato, infatti, la circostanza che le informazioni, e le valutazioni che ne costituiscono il contenuto, siano state chieste per finalità interne al committente non esclude una possibile rilevanza esterna quando quelle informazioni siano state divulgate o comunque conosciute dal pubblico, potendo la finalità originaria determinare al più una maggior difficoltà di prova del nesso causale tra inesattezza dell'informazione e le sue conseguenze pregiudizievoli per i terzi.

La presenza di più soggetti portatori di interessi di natura omogenea lesi da uno stesso comportamento ma assoggettati a regole diverse che possono determinare risultati significativamente diversi della loro azione, ha indotto in questa materia una particolare attenzione alla linea di pensiero volta ad attenuare la distinzione tra le forme della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale e a proporre una costruzione unitaria dell'illecito civile in cui le contrapposizioni concettuali sfumano, residuando, quando necessario, solo alcune diversità della disciplina in concreto applicabile⁵⁸. Ciò allo scopo di rinvenire un parametro unitario, applicabile in via generale ad entrambe le ipotesi⁵⁹.

Questo tentativo viene svolto in varie direzioni.

vendendo un grosso quantitativo di azioni sul mercato ne determini una caduta del prezzo, con conseguente danno in capo a tutti i possessori di quello stesso tipo di azioni; e così via. Recenti indagini hanno evidenziato come in questo settore la giurisprudenza normalmente escluda la configurabilità dell'obbligazione di natura risarcitoria, salvo ipotesi ben specifiche, come per esempio la responsabilità da informazioni, dei professionisti, dei funzionari, e così via. Nonostante l'estrema latitudine della formula dell'art. 2043 c. c. la giurisprudenza per lo meno fino a questo momento ha comunque avuto scarse opportunità di affrontare la questione.

⁵⁸ GIARDINA, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: una distinzione attuale?*, in *Riv. in Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 79 ss.; E.A., *Responsabilità aquiliana e da inadempimento: un tema che non ha solo il fascino della tradizione*, in *Danno e responsabilità*, 1997, p. 538 ss.; VISINTINI, voce "Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale", cit., p. 1 ss.; BUSNELLI, *Verso un possibile riavvicinamento tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Resp. civ. prev.*, 1977, p. 748 ss. Si veda inoltre la rassegna sistematica operata da ROSSELLO, *Responsabilità contrattuale ed aquiliana: il punto della giurisprudenza*, in *Contratto e Impresa*, 1996, p. 643 ss.

⁵⁹ Così VISINTINI, *op. cit.*, p. 1.

Parte della dottrina ha ritenuto di poter elevare a modello generale degli obblighi relativi alla correttezza dell'informazione il sistema di regole e principi risultanti dalla normativa speciale in materia di intermediari finanziari⁶⁰, incentrata sugli obblighi di diligenza, correttezza e trasparenza nell'interesse dei clienti e dell'integrità dei mercati, come criteri essenzialmente volti a favorire la creazione di un circuito informativo all'interno del quale si colloca l'obbligo di redazione del prospetto informativo che assolve la specifica funzione di consentire agli investitori un fondato giudizio sulla situazione patrimoniale economica e finanziaria e sull'evoluzione dell'attività dell'emittente nonché sui prodotti finanziari e sui relativi diritti⁶¹.

Obblighi specifici il cui adempimento non esaurisce però i comportamenti dovuti dall'intermediario il quale dovrà in ogni caso selezionare le informazioni che, in relazione ai caratteri della singola operazione, attuano la miglior tutela dell'interesse del cliente; con la conseguenza che egli risponderà non solo per la mancanza delle informazioni dovute per legge, ma anche di quelle eventualmente ulteriori utili per il risparmiatore e perfino per l'eccesso di informazioni che in concreto diminuisca la comprensibilità dell'affare a danno dell'investitore⁶². Ciò in attuazione del principio di buona fede che impone alle parti, oltre all'obbligo primario di eseguire la prestazione dedotta nel contratto, anche una serie di inderogabili obblighi accessori e strumentali, volti *“alla tutela dell'affidamento di un soggetto nella lealtà,*

⁶⁰ NAZZARO, *Obblighi d'informare e procedimenti contrattuali*, Napoli, 2000, p.180.

⁶¹ Art. 94 comma 2, d.lg n. 58 del 1998.

⁶² ALPA, *Gli acquisti di valori mobiliari in I contratti in generale*, diretto da Alpa e Bessone, II, 2 in *Giur.sis.civ. e comm.* Fondata da Bigiavi, Torino 1991, p. 744 ss

*nella probità, nella correttezza di un altro soggetto con cui il primo è entrato in una relazione di affari*⁶³.

Regola che potrebbe estendersi alla responsabilità extracontrattuale tenuto conto da un lato del fatto che l'art. 21 del T.U.F. prevede obblighi di comportamento a carico degli intermediari finanziari a prescindere da un'attività negoziale vera e propria, ponendo a loro carico veri e propri obblighi di protezione di fonte legale⁶⁴. Dall'altro che il principio di relatività del contratto potrebbe essere superato attraverso un'interpretazione adeguatrice dell'art. 1372 c.c. condotta alla stregua del principio di solidarietà, tentando una ridefinizione della posizione di parte e di terzo basata anziché sulla struttura del contratto e degli atti procedimentali che lo precedono, sulla funzione di protezione delle norme in tema di tutela del contraente debole.

A risultati pratici non dissimili giunge la dottrina che aderendo alla teoria degli "obblighi di protezione del contratto", ritiene che la disciplina della responsabilità contrattuale possa applicarsi anche al caso di danni subiti da chi, pur non essendo parte contrattuale, si trova in una posizione in qualche modo incisa dall'inadempimento del contratto⁶⁵. In questa prospettiva si afferma infatti che la qualificazione professionale di un soggetto può ingenerare nei terzi con i quali si instaura un "contatto

⁶³ MENGONI, Sulla natura della responsabilità precontrattuale cit., p. 370

⁶⁴ AL. DI AMATO, *Il danno da informazione cit.*, p. 204

⁶⁵ CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto*, in *Le ragioni del diritto*, Scritti in onore di Luigi Mengoni, I, Milano, 1995, p. 147 ss. Si veda inoltre SALVI, voce "Responsabilità extracontrattuale", in *Enc. Dir.*, , p. 1191, secondo cui la struttura complessa dell'obbligazione caratterizzata da una prestazione principale e una serie di obblighi accessori fa sì che la tutela si estenda alla violazione di obblighi ulteriori rispetto alla prestazione dedotta nel rapporto e che possono quindi apparire, piuttosto, manifestazioni di un generale dovere di non ledere la sfera giuridica altrui. L'A. richiama al riguardo MENGONI, *La parte generale delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, p. 509 e CANARIS, *Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, p. 802 ss.

sociale” un affidamento che è in sé fonte di “obblighi di protezione” della stessa natura di quelli che generano obblighi di prestazione nell’ambito di un rapporto obbligatorio⁶⁶.

In direzione analoga si è mossa la giurisprudenza prevalentemente orientata a svalutare il rilievo operativo della natura della responsabilità, per garantire il risarcimento del danno attraverso la disciplina più idonea al caso concreto⁶⁷, in relazione, in particolare, ai problemi dell’onere probatorio e del termine prescrizione. Si rileva infatti che le numerose ipotesi in cui in tema di responsabilità extracontrattuale si prevedono presunzioni di imputabilità finiscono con rendere la regola in concreto assimilabile a quella che addossa al debitore l’onere di provare la causa non imputabile dell’impossibilità di adempiere⁶⁸. Nelle ipotesi di

⁶⁶ CASTRONOVO, *op. cit.*, p. 188, chiarisce che gli obblighi di protezione “nel costituire un preciso dovere di comportamento volto a tutelare una specifica sfera giuridica altrui, segnano la diversità dalla responsabilità aquiliana. Quest’ultima infatti è caratterizzata *ab origine* dall’assenza di doveri di comportamento rivolti a favore di persone determinate (...). La responsabilità da violazione di un obbligo di protezione, al contrario, presuppone, appunto, un obbligo e perciò si configura come infrazione di un rapporto che lega già i soggetti, attivo o passivo, della fattispecie di danno”. Da ciò l’A. afferma l’impraticabilità dell’idea di ridurre la responsabilità aquiliana e quella contrattuale a una sorta di responsabilità unificata all’insegna della prima.

⁶⁷ Le diversità di disciplina attengono: A) all’onere della prova, in relazione al quale si ritiene che il danneggiato che intende avvalersi della tutela extracontrattuale debba dimostrare tutte le componenti del fatto illecito e, dunque, anche la colpa dell’autore; mentre nell’ipotesi di responsabilità contrattuale è a carico del creditore solo la dimostrazione dell’obbligazione preesistente e dell’inadempimento e, a carico del debitore, la prova dell’assenza di colpa. B) all’ammontare dei danni risarcibili, che in caso di responsabilità contrattuale per colpa è limitato ai danni prevedibili al tempo in cui è sorta l’obbligazione, mentre in quella extracontrattuale non incontra limite. C) alla mora del debitore, automatica nella responsabilità da fatto illecito e per intimazione in quella derivante da inadempimento. D) al termine di prescrizione, decennale per l’inadempimento a meno che non siano previsti tempi più brevi, quinquennale per l’illecito. GIARDINA, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, cit., p. 84 ss. dimostra come tali aspetti distintivi rimangano oggi più sul piano delle affermazioni di principio che su quello delle regole operative.

⁶⁸ Osserva VISINTINI, *La colpa come criterio di imputazione*, in *Trattato breve della responsabilità civile*, Padova, 1999, p. 208 ss. che la nozione di causa non imputabile ex art. 1218 c.c., “si specifica a livello di applicazioni pratiche nel senso di evento esterno alla cerchia di attività del debitore ed inevitabile con tutte le misure economicamente e ragionevolmente possibili, non solo con quelle suggerite dal parametro della diligenza ordinaria (...). Tutto ciò avviene anche nel campo extracontrattuale tramite una concezione oggettiva del caso fortuito e l’applicazione delle numerose presunzioni di imputabilità del danno, correlate alla qualità dei soggetti o alla natura dell’attività esercitata”.

responsabilità “oggettiva” il danneggiato – come già il creditore ai sensi dell’art. 1218 c.c. – è esonerato dal provare la colpa del danneggiante e spetterà a questi dimostrare che il danno costituisce la realizzazione di un rischio atipico, estraneo alla propria sfera di controllo ed organizzazione⁶⁹. Da ciò si desume che non vi sarebbe una diversa regola probatoria nell’ambito dei due tipi di responsabilità, ma, ciò nonostante, esse non potrebbero essere accomunate per il diverso significato che assume la nozione di “colpa”. In campo extracontrattuale essa “*conserva un connotato psicologico e comporta un giudizio, in ordine alla sua ricorrenza, individualizzato, che tiene, cioè, maggiormente conto delle capacità personali del danneggiante. Nel campo contrattuale, anche laddove si accolga la nozione, più ricorrente tra i giuristi, di colpa – negligenza, essa si specifica in relazione ad un modello astratto, e quindi ad un parametro oggettivo*”⁷⁰.

Altra parte della dottrina, muovendo dalla normativa comunitaria in tema di responsabilità, che tendenzialmente prescinde dalla qualificazione della fattispecie in termini di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, ha sostenuto la configurabilità di una “responsabilità civile comunitaria” che si differenzia nel modello sia da quella contrattuale che da quella extracontrattuale, essendo caratterizzata dal punto di vista del danneggiante da “*specifici obblighi di comportamento collegati al suo status professionale*” e dal punto di vista della vittima “*da una qualificata aspettativa a non essere danneggiata*”.

⁶⁹ Si veda, per tutti, TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961, p. 31; RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1967, p. 89 ss.

⁷⁰ VISINTINI, *op. ult. cit.*, p. 208.

8. *Gli elementi costitutivi della responsabilità dell'advisor*

Elementi costitutivi di questa fattispecie sarebbero

- a) il collegamento tra informato ed informatore;
- b) l'esistenza in concreto della colpa come criterio generale di imputazione della responsabilità che deve essere provato dal danneggiato;
- c) l'esistenza di un sistema di presunzioni quanto alla prova del nesso causale e del danno, che libera l'attore dal relativo onere facendo gravare sul convenuto quello di provarne l'assenza⁷¹.

Anche questa soluzione non sembra tuttavia appagante.

Il modello proposto fissa infatti uno schema rigido in cui lo *status* professionale: costituisce da un lato fonte dell'affidamento dei terzi, dall'altro criterio per la determinazione del grado di diligenza e perizia richiesto nel caso concreto e dunque fondamento principale del giudizio di colpevolezza; confluendo così nelle soluzioni che configurano nella sostanza una "responsabilità da posizione" dell'operatore professionale che deve provvedere l'informazione

Di ciò sembra del resto consapevole anche la dottrina che più apertamente ha sostenuto la tesi in esame, la quale ha precisato che "*è comunque pacifico che la responsabilità debba essere esclusa quando manca un comportamento [dell'agente] che per i suoi contenuti sia idoneo ad ingenerare un ragionevole affidamento nei terzi*"... non si vuole "*punire qualsivoglia individuo che arrechi un danno attraverso un comportamento negligente, ma... quel soggetto qualificato l'informatore*

⁷¹ PRINCIGALLI, *La responsabilità civile cit.*, p. 501.

*professionale che sottraendosi agli obblighi su di lui gravanti pregiudica l'allestimento del circuito informativo necessario per la formazione del mercato competitivo*⁷². Alla dichiarazione di principio tuttavia non seguono adeguate conseguenze operative. Si afferma infatti *“la centralità nella ricostruzione della disciplina della responsabilità da informazione economica professionale,... delle regole astratte di diligenza poste a carico dell'operatore professionale”*.

Ciò determina in concreto alcune conseguenze sul piano applicativo.

La tensione a rendere effettiva la tutela di chi fa incolpevole affidamento sull'informazione proveniente dal professionista qualificato a fornirla secondo l'ordinamento del settore cui appartiene, induce a soluzioni attente alla soluzione del caso concreto più che al complessivo equilibrio del sistema pregiudicato da scelte attente solo ad alcuni degli interessi in gioco.

Da ciò l'utilità di un ripensamento della complessiva materia in prospettiva parzialmente diversa.

9. Prospettiva analitica dell'indagine

In questa direzione primo oggetto di revisione critica è la stessa configurabilità di una categoria unitaria individuabile con la formula *“responsabilità da informazioni inesatte”*.

Questa linea di analisi, come visto, costringendo l'interprete ad un eccessivo livello di astrazione non sembra infatti adeguata allo specifico

⁷² AL. DI AMATO, *Il danno da informazione cit.*, p. 221.

tema in esame, conducendo ad affermazioni generiche ed ad un generale appiattimento di posizioni in realtà diverse.

L'*advisor* invece, seppur ancora inteso in senso generico come soggetto professionalmente qualificato che rilascia informazioni sul mercato, è per sua natura inserito in un sistema di regole che vanno dal contenuto del contratto attraverso il quale avviene l'affidamento dell'incarico, alle specifiche discipline dell'ordinamento di settore cui egli partecipa, composte da usi, codici deontologici, circolari e regolamenti degli organi di vigilanza, fino alle disposizioni di legge.

Da ciò consegue che diversi saranno, a seconda dei casi i doveri di comportamento dell'*advisor*, la cui violazione genera l'illecito e il *grado* di diligenza richiesto; comuni le regole generali sull'imputazione e sulla quantificazione del danno.

Capitolo II

La condotta illecita

1. Gli interessi coinvolti: funzione dell'advisor e doveri di comportamento; 2. Il dovere di garantire correttezza e trasparenza dell'informazione; 3. La lesione dell'affidamento; 4. La definizione dei doveri di comportamento dell'ordinamento di settore: il caso della società di revisione; 5. segue. la società di rating

1. Gli interessi coinvolti: funzione dell'advisor e doveri di comportamento

Sin dalla sua prima prospettazione la fonte della responsabilità da informazione è stata individuata nell'affidamento legittimo.

La funzione di selezione del danno risarcibile tuttavia non si esaurisce nell'individuazione del soggetto che in relazione alle proprie caratteristiche può suscitare affidamento richiedendosi un ulteriore criterio normativo costituito dal canone della “*destinatarietà ragionevolmente prevedibile*”. A questo, come visto, è affidato l'ulteriore compito di delimitare gli interessi suscettibili di essere posti in correlazione con la posizione del soggetto che fornisce informazioni.

Questo secondo elemento è stato però progressivamente abbandonato dalla giurisprudenza il che ha finito con il modificare profondamente l'impostazione iniziale finendo per collegare l'intero giudizio di responsabilità alla qualificazione soggettiva dell'informatore.

Questa, al contrario, se è effettivamente in grado di effettuare una selezione, per così dire, a monte del giudizio di responsabilità verificando

la fonte di provenienza dell'informazione come astrattamente idonea a fondare l'affidamento, non fornisce alcuna indicazione sulla legittimità dello stesso, omettendo di confrontarla, a valle del giudizio, con la posizione del destinatario dell'informazione.

L'assenza di uno dei termini di riferimento falsa necessariamente ogni valutazione, non consentendo quella delimitazione degli interessi tutelabili che è alla base dell'affermazione di responsabilità.

Quello che si vuole sin da ora evidenziare è che, al di là del giudizio di validità dei criteri indicati, il processo logico utilizzato è carente.

Il giudizio di responsabilità richiede infatti necessariamente un confronto tra la posizione del danneggiante e del danneggiato, che si può svolgere, a seconda delle diverse concezioni della responsabilità, in sede di giudizio di colpevolezza, di qualificazione del danno come ingiusto, o in sede di accertamento del nesso causale, ma che certamente non può essere escluso.

La Suprema Corte di Cassazione nella nota sentenza n. 500 del 1999 ha anzi precisato che *“Compito del giudice, chiamato ad attuare la tutela ex art. 2043 c.c., è quindi quello di procedere ad una selezione degli interessi giuridicamente rilevanti, poiché solo la lesione di un interesse siffatto può dare luogo ad un "danno ingiusto”, ed a tanto provvederà istituendo un giudizio di comparazione degli interessi in conflitto, e cioè dell'interesse effettivo del soggetto che si afferma danneggiato, e dell'interesse che il comportamento lesivo dell'autore del fatto è volto a perseguire, al fine di accertare se il sacrificio dell'interesse del soggetto danneggiato trovi o meno giustificazione nella realizzazione del*

contrapposto interesse dell'autore della condotta, in ragione della sua prevalenza.”

2. Il dovere di garantire correttezza e trasparenza dell'informazione.

La negazione dell'esistenza a favore di terzi di un autonomo e generale diritto all'informazione, e tanto più all'informazione esatta, pone il problema della individuazione del dovere la cui violazione genera la responsabilità dell'*advisor* che fornisce l'informazione inesatta.

Anche in questo caso l'analisi va svolta in relazione alla peculiarità dei casi concreti e tenendo conto della varie relazioni che possono legare l'*advisor* ai danneggiati. E' infatti evidente che se tra i due esiste un rapporto di natura contrattuale l'inesattezza dell'informazione si risolve in inadempimento e troveranno applicazione le regole in materia di responsabilità contrattuale.

Nel caso in cui siano state volutamente diffuse informazioni inesatte al fine di provocare u danno ad altri potrà aversi a seconda dei casi una responsabilità contrattuale o precontrattuale o una responsabilità aquiliana.

Diverso è il caso in cui l'inesatta informazione sia stata diffusa al di fuori di qualsiasi legame tra i soggetti coinvolti. In tale contesto, la tematica della responsabilità da circolazione di informazioni inesatte si connette al tema della tutela della cd. libertà contrattuale, quale espressione dell'esigenza di proteggere il soggetto dal compimento di atti di terzi i quali, interferendo dall'esterno sull'attività negoziale del danneggiato, possono arrecargli un danno a seguito dell'alterazione della sua volontà.

La giurisprudenza infatti ha variamente definito la funzione pubblica attribuita alle singole figure, mostrando da un lato una certa difficoltà nell'individuare precisamente la finalità perseguita dall'altro una tendenza alla genericità.

In concreto, ad esempio, si riconosce comunemente che la società di revisione nell'esercizio della sua attività professionale svolga una funzione pubblica, che nella maggioranza dei casi non viene specificata, in alcune occasioni è stata riferita:

- all'attestazione di conformità del bilancio ai fatti amministrativi contabilmente rilevati ed alle norme che disciplinano appunto il bilancio di esercizio nell'interesse dei terzi e del mercato;
- nel concorrere alla realizzazione della funzione di vigilanza sui mercati finanziari affidata alla Consob;
- nel verificare la contabilità di impresa e la riorganizzazione aziendale, attraverso attività di controllo della contabilità, di valutazione del patrimonio sociale e di certificazione del bilancio.

Con riferimento alla banca invece, si è affermato che la sua responsabilità nei confronti dei terzi consegue alla violazione di doveri nascenti:

- dalla necessità di assicurare stabilità al sistema bancario, ed ai soggetti in esso coinvolti, attraverso il mantenimento della coincidenza della entità e durata dei risparmi con l'entità e durata degli investimenti;
 - dalla necessità di assicurare stabilità alla banca stessa ed al sistema bancario nel suo complesso;
-

- dalla funzione della banca che consiste nella raccolta del risparmio della collettività per impieghi a loro volta utili alla collettività anche se questa ormai non è più funzione esclusiva.

In dottrina, si afferma che la ragion d'essere della banca è nella sua capacità di indirizzare i flussi del risparmio verso impieghi più redditizi e quindi nella sua capacità di allocare nel modo ottimo le risorse finanziarie. In questo senso si è affermato che *“la banca può trovare una sola giustificazione per la propria esistenza: quella di selezionare le iniziative finanziarie in modo da favorire quelle più redditizie con sacrificio di quelle meno redditizie”*.

Nel prospetto che il rischio della mancata restituzione di un finanziamento, possa determinare la crisi di una banca e compromettere l'intero sistema bancario, il legislatore ha previsto che la regolamentazione di contenimento del rischio costituisca un momento essenziale delle Istruzioni di vigilanza, all'interno dei criteri di sana e prudente gestione, la cui determinazione ai sensi dell'art. 5 del T.U.B. costituisce un compito essenziale della Banca d'Italia.

Più in generale si afferma la funzione di garantire la trasparenza e la correttezza dell'informazione a tutela del mercato e degli investitori.

Quanto si è detto porta ad escludere che il criterio di selezione del danno ingiusto possa essere ricercato nella funzione pubblica in cui possa esser coinvolto l'*advisor*, in quanto, al dovere di perseguire una funzione pubblica si ricollegano: una posizione di terzietà, che l'*advisor* non riveste essendo sempre portatore di un interesse proprio; poteri di intervento ed indirizzo, o paragiurisdizionali, di cui l'*advisor* non è titolare, potendo incidere sull'attività del “controllato” solamente nei

limiti del contratto con questo stipulato, o, nei casi previsti, comunicando ad altri soggetti eventuali fatti negativi e rimettendo a questi l'intervento.

Se da un lato, concordemente con la dottrina e giurisprudenza maggioritarie, deve pertanto escludersi la natura di "incaricato di pubblico servizio" dell'*advisor*, anche quando sia una società di revisione; dall'altro deve affermarsi che l'eventuale violazione di doveri ricollegabili al coinvolgimento di attività di pubblico interesse, potrà semmai comportare una responsabilità amministrativa, ma non *ex sé* responsabilità civile verso terzi.

Tale coinvolgimento potrà infatti contribuire alla determinazione della regola di diligenza, ma non consente di delimitare l'area del danno risarcibile individuando l'interesse leso del danneggiato.

Queste considerazioni sembrano trovare conferma nella costante affermazione giurisprudenziale per cui il giudizio di responsabilità della società di revisione, si svolge nei medesimi termini sia nel caso di certificazione obbligatoria, necessaria per le operazioni che coinvolgono il pubblico risparmio, sia per la certificazione volontaria in cui l'interesse pubblico non è sempre presente.

La giurisprudenza inoltre, non verifica mai se l'atto illegittimo abbia costituito violazione dei criteri di imparzialità, correttezza e buona amministrazione che contraddistinguono l'esercizio della funzione pubblica. In questo senso, ad esempio, potrebbe legittimamente affermarsi che la banca abbia correttamente esercitato la propria funzione finanziando un progetto di grande innovazione, anche se caratterizzato da un elevato grado rischio e una massa redditività, per le prospettive economico-sociali della sua realizzazione; o ancora che, in

considerazione del numero dei lavoratori coinvolti in un'impresa, un tentativo anche "disperato" di salvataggio non costituisca violazione della funzione ad essa attribuita.

3. La lesione dell'affidamento altrui



Capitolo III

I criteri d'imputazione

1. I criteri di imputazione soggettiva: gli orientamenti della dottrina e della giurisprudenza; 2. Diligenza e perizia nella valutazione della condotta dell'advisor; 3. Valutazioni complesse e concorso di competenze professionali diverse; 4. Il rilievo della "natura dell'incarico" e le "specifiche competenze" dei componenti nell'attività svolta da gruppi di professionisti; 5. Imputazione oggettiva dell'illecito e attualità della distinzione tra "causalità materiale" e "causalità giuridica"; 6. La causalità "flessibile"; 7. I fatti interruttivi del nesso causale.

1. I criteri di imputazione soggettiva: gli orientamenti della dottrina e della giurisprudenza.

Accertata la violazioni di doveri gravanti sull'*advisor* secondo l'ordinamento di settore nel quale egli svolge le funzioni da questo assegnatogli il compito dell'interprete non è esaurito, dovendosi accertare, per affermare la sua responsabilità nei confronti dei terzi, l'esistenza in concreto degli altri elementi della fattispecie di responsabilità da fatto illecito, il primo dei quali è, secondo la nostra tradizione la colpevolezza dell'agente.

Il problema nasce, riguardo allo specifico tema, dal raccordo tra l'art. 1176 che fissa la regola generale della diligenza del debitore nell'esecuzione della prestazione dovuta e l'art. 1218 secondo cui "il

debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato dovuto ad impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile".

La difficoltà di coordinare queste due norme viene da sempre sottolineata dalla dottrina la quale, talvolta, riconduce proprio a ciò le incertezze che contraddistinguono l'intera materia della responsabilità⁷³. Si osserva al riguardo che: "la prima, imponendo al debitore di adempiere con la diligenza del buon padre di famiglia, sembrerebbe dover escludere la responsabilità quando si sarebbe potuto evitare l'inadempimento e soddisfare l'interesse creditorio solamente con uno sforzo diligente superiore a quello normale: in altri termini, sembrerebbe collegare la responsabilità alla colpa. La seconda norma, invece, sancisce che il debitore è responsabile per l'inadempimento se non prova l'impossibilità sopravvenuta. In tal modo sembrerebbe stabilito che, finché la prestazione è possibile, l'obbligato risponde dell'inadempimento qualunque sia stato il suo sforzo diligente e, quindi, indipendentemente dall'essere stato o no in colpa"⁷⁴.

⁷³ E' sufficiente a mostrare la complessità del tema quanto affermato da BIANCA, *L'autonomia dell'interprete: a proposito del problema della responsabilità contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1964, I, p. 479, il quale rileva come già BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, 2, III ed., Milano, 1948, p. 259 ss., avesse sottolineato il problema di correlazione tra gli artt. 1176 e 1218, "norme a carattere generale e, a prima vista, contrastanti". Non lascia dubbi al riguardo neppure GIORGIANNI, *L'inadempimento*, Milano, 1975, p. 192 che parla di "antinomia, almeno apparente, tra le due norme riportate, fonte di gravissime incertezze nella dottrina e nella giurisprudenza.

⁷⁴ Così BIANCA, *op. ult. cit.*, p. 479, il quale sottolinea che della questione si è occupata la migliore dottrina italiana. Tra gli altri si richiama BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953; MENGONI, *Obbligazioni di «risultato» e obbligazioni di «mezzi»*, cit., p. 185 ss.; GIORGIANNI, *L'inadempimento*, cit., p. 191 s. riassume il problema sottolineando come dalla lettera dell'art. 1218 c.c. "sembrerebbe che il debitore inadempiente, onde liberarsi dell'obbligo del risarcimento del danno, abbia a disposizione una sola prova liberatoria, e cioè la prova che la prestazione è diventata impossibile per causa a lui non imputabile. Questa norma può apparire,

Nel tentativo di ricondurre a sistema le due norme, la dottrina ha sostenuto tesi diverse, variamente articolate, che spaziano dalla “teoria della responsabilità oggettiva”, che individua nel caso fortuito e nella forza maggiore⁷⁵ il solo limite all’adempimento, a quella che identifica la “colpa con la negligenza” e ritiene che lo sforzo diligente del debitore sia sufficiente ad escludere la responsabilità.

Nel primo verso una parte della dottrina, specie in epoca meno recente, rilevando la somiglianza tra il tenore testuale dell’art. 1218 e dell’art. 1256 c.c. che regola l’impossibilità sopravvenuta della prestazione, ha sostenuto che per esonerare il debitore dall’inadempimento è necessaria la prova di un’impossibilità assoluta ed oggettiva della prestazione e cioè la mancanza di nesso causale tra l’inadempimento e il debitore. In questo modo ha riconosciuto il primato dell’art. 1218 c.c. come norma chiave della responsabilità per inadempimento, riservando all’art. 1176 c.c. uno spazio modesto, relativo alle mere modalità esecutive della prestazione, che verrebbe dunque in rilievo nelle ipotesi di adempimento inesatto⁷⁶.

E’ tuttavia apparso eccessivo, anche all’interno di questa linea di pensiero, individuare nell’impossibilità “oggettiva” e “assoluta” il criterio per la liberazione del debitore. Autorevole dottrina attenua questa

tuttavia, in contrasto con l’art. 1176 E’ comune l’osservazione che, prendendo a base l’art. 1176, il debitore dovrebbe conseguire l’esenzione da responsabilità mediante la prova di essere stato diligente; ed è ovvio che siffatta prova ha un oggetto ben diverso rispetto a quello che sembra essere previsto all’art. 1218 ..”.

⁷⁵ Sul rapporto tra “causa non imputabile”, “caso fortuito” e “forza maggiore” si veda COTTINO, voce “Caso fortuito”, in *Enc. Dir.*, vol. VI, 1960, p. 377 ss.

⁷⁶ OSTI, *Deviazioni dottrinali in tema di responsabilità per inadempimento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954, p. 593. Critica questa tesi tutta la dottrina. In particolare osserva DI MAJO, *op. cit.*, p. 466, che “*immotivatamente* essa rifiuta di riconoscere che la diligenza esercita un ruolo non indifferente anche sul terreno della responsabilità debitoria. Questo rifiuto appare immotivato anche per ragioni logiche, sembrando affatto irragionevole che, nella costruzione di un giudizio di responsabilità, non si tenga alcun conto della regola che obbliga il debitore ad una certa misura di sforzo nell’*adempimento*. Una tale posizione rappresenta l’anticamera di forme di responsabilità *oggettiva*, forme che contrastano con l’evoluzione della responsabilità contrattuale fondata sul criterio della colpa”.

tesi riconducendo l'impossibilità della prestazione di cui all'art. 1218 c.c. ad una "impossibilità relativa a quel particolare tipo di rapporto obbligatorio di cui la prestazione, della quale si discute, forma lo specifico oggetto"⁷⁷.

Operando una apparente semplificazione, una parte della dottrina ha sostenuto che è sufficiente a fondare la responsabilità del debitore la prova dell'inadempimento. Secondo tale tesi, "se l'inadempimento dell'obbligazione precostituita è condizione sufficiente della responsabilità del debitore, senza bisogno della qualificazione soggettiva della colpa" si superano le difficoltà legate alle presunzioni di colpevolezza che determinano un'inversione dell'onere probatorio. L'attenuazione del principio dell'impossibilità stabilito dall'art. 1218 è dato, secondo questa linea di pensiero, dal criterio della "buona fede" che svolge un ruolo di misura del contenuto dell'obbligazione. Oltre ai casi di "impossibilità", si avrebbero perciò ipotesi di "inesigibilità" della prestazione allorché per il soddisfacimento dell'interesse creditorio la prestazione richieda il ricorso a mezzi "anormali", valutati alla stregua del principio di buona fede⁷⁸.

La dottrina prevalente ha cercato, invece, di conciliare le due norme attraverso la riaffermazione della valenza sistematica dell'art. 1176 c.c.,

⁷⁷ In questo senso BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1953, p. 48. Si vedano inoltre le pagine 113 ss. in cui l'A. affronta approfonditamente il tema del rapporto tra 1176 e 1218 attraverso la critica alla teoria del Barassi e ripercorrendo la storia dei dogmi. Rileva GIORGIANNI, *op. cit.*, p. 212, come "per il Betti, il debitore è tenuto a mettere in essere lo sforzo necessario, secondo il tipico impegno richiesto dalla prestazione che egli deve effettuare".

⁷⁸ MENGONI, *Obbligazioni di «risultato» e obbligazioni di «mezzi»*, cit., p. 280 ss. L'inesigibilità della prestazione sarebbe dunque una sottospecie dell'impossibilità che sussisterebbe anche quando il risultato non potrebbe essere ottenuto se non con l'uso di mezzi anormali rispetto al tipo di rapporto considerato. Il limite consisterebbe nel sacrificio personale o patrimoniale la cui obbligatorietà, pur astrattamente deducibile, sarebbe esclusa da una valutazione di buona fede in relazione al rapporto obbligatorio. Si veda la sintesi operata da CASTROVINCI, *Il problema della inesigibilità della prestazione*, in *Giust. Civ.*, 1988, p. 346 ss.

tanto più che il richiamo al termine “impossibilità” si presta ad essere variamente inteso⁷⁹.

Tra le diverse tesi proposte, largo seguito ha avuto quella secondo la quale il giudizio sull'imputabilità della impossibilità al debitore deve essere formulato tenendo conto del suo comportamento e, in particolare, dello sforzo posto per evitare il verificarsi dell'impossibilità, ritenendo che l'unico metro per valutare l'adeguatezza dello sforzo del debitore è il riferimento alla diligenza⁸⁰. Nell'ambito del “comportamento” dovuto è però poi possibile distinguere situazioni diverse che, secondo la tesi in esame, danno luogo a più “gruppi” di obbligazioni⁸¹. Il criterio della responsabilità varierebbe a seconda del contenuto dell'obbligazione: l'impossibilità assoluta rileva solo nelle ipotesi in cui il debitore è tenuto ad impedire il perimento o la sottrazione del bene dovuto, mentre in tutte le altre il criterio applicabile sarebbe invece quello della colpa⁸².

⁷⁹ Si può andare dal concetto estremo di impossibilità come sforzo che supera ogni forza umana, sia accettando la nozione d'impossibilità come impedimento che non è né evitabile né superabile con la diligenza richiesta al debitore. Cfr. BIANCA, *Dell'inadempimento*, cit., p. 98.

⁸⁰ GIORGIANNI, *op. ult. cit.*, p. 221 ss.

⁸¹ GIORGIANNI, *op. ult. cit.*, p. 228 ss. Muovendo da una costruzione che affonda le radici nel diritto romano afferma che rientrerebbero in un primo gruppo tutte le obbligazioni che mirano a fare conseguire al creditore la detenzione della cosa, nelle quali non viene tanto in rilievo il comportamento diretto a fare conseguire al creditore la detenzione della cosa, quanto “l'aspettativa del creditore verso la cosa. In questo caso opererebbe l'art. 1218 c.c. facendo sì che solo l'*impossibilità* sopravvenuta oggettiva ed assoluta abbia efficacia liberatoria; in un secondo gruppo si collocherebbero, invece, le obbligazioni in cui il debitore è tenuto al trasferimento di quantità di cose generiche, in cui viene in rilievo solo il comportamento del debitore non potendosi fare ricorso all'esecuzione in forma specifica. Infine, vi sarebbero ipotesi in cui il comportamento non è più ancorato ad una “cosa”, né generica né specifica, ma ad un risultato che connota perciò l'obbligo. Nelle ultime due categorie la regola di condotta è rappresentata dalla diligenza e la responsabilità si collega, di conseguenza, all'imputabilità della prestazione alla colpa del debitore. L'utilità pratica di questa classificazione sta nel riconoscere che un “comportamento” del debitore è sempre dedotto nell'obbligazione così come è sempre necessario un “risultato” che indichi l'interesse del creditore, ma varia la proporzione dei due elementi. “Cosicché vi sono rapporti in cui il «comportamento» prevale rispetto al «risultato» o viceversa, secondo una amplissima gamma di valori”.

⁸² GIORGIANNI, *op. cit.*, p. 228 ss. Rileva BIANCA, *Dell'inadempimento*, cit., p. 94, a proposito della tesi del Giorgianni che “A favore di questa prospettiva è fatta valere una fondamentale ragione di coerenza: l'indiscriminata applicazione finirebbe infatti con il

Ritenuto che il problema non possa essere risolto con l'analisi letterale della formula legislativa, altra dottrina guarda alle soluzioni offerte dalla giurisprudenza.

Si rileva che, nell'interpretazione prevalente, la formula dell'impossibilità viene tradotta nel principio di presunzione di "colpa" vincibile con la dimostrazione che l'inadempimento è dipeso da causa non imputabile al debitore, da intendersi nel senso che "il debitore è esentato da responsabilità se ha esaurito tutte le possibilità di adempiere secondo «la normale diligenza»"⁸³. La responsabilità dunque si fonda sul principio della colpa, ma l'impedimento superiore allo sforzo "diligente" richiesto al debitore, che pure è tenuto ad adottare tutte le cautele e le misure idonee ad evitare il danno, lo libera dall'obbligazione. L'impossibilità sopravvenuta diviene, in questa prospettiva, l'impedimento non prevedibile né superabile con la dovuta diligenza⁸⁴.

Le diverse tesi richiamate mosse, come è evidente, dal comune intento di sistematizzare la materia, rischiano però di irrigidire eccessivamente la fattispecie normativa dell'art. 1218 c.c. arricchendola, di volta in volta, di elementi costitutivi diversi ma finendo così con il perdere di vista il reale problema che il coordinamento delle norme richiamate pone, che è quello

mutare profondamente il criterio di valutazione della condotta del debitore in dipendenza del verificarsi o meno di un evento che renda impossibile l'adempimento. Inoltre, nelle obbligazioni in cui è preminente l'obbligo di impedire il sopravvenire dell'impossibilità, l'inadempimento in linea di massima verrebbe giudicato secondo i principi della colpa, mentre nelle altre obbligazioni verrebbe giudicato secondo i principi propri di una responsabilità obiettiva. Ma la conferma della prospettiva è cercata soprattutto sul piano sistematico: infatti, nei rapporti contrattuali tipici in cui l'inadempimento si manifesta principalmente, anziché nell'impossibilità, in una inazione o in una inesatta attività, il codice detta espressamente il criterio di valutazione della colpa".

⁸³ BIANCA, *op. ult. cit.*, p. 98 ss.

⁸⁴ BIANCA, *La responsabilità*, cit., p. 16 ss., il quale richiama alla nota 19, COVIELLO, *Del caso fortuito in rapporto all'estinzione delle obbligazioni*, Lanciano, 1895.

di non riuscire a fornire al giudice un indirizzo sicuro sulle modalità con cui deve essere condotto il giudizio di responsabilità⁸⁵.

La prova di ciò si ha nelle decisioni della stessa giurisprudenza in cui si registra la tendenza ad utilizzare formule ambigue che finiscono per essere richiamate dai fautori delle diverse teorie che vedono in esse l'espressione, ora del fondamento oggettivo ora soggettivo, della responsabilità per inadempimento⁸⁶.

Si è perciò osservato che la *querelle* teorica sul ruolo svolto dal dovere di diligenza come regola di adempimento o come criterio di imputazione di responsabilità si ridimensiona nelle applicazioni giurisprudenziali in cui “i giudici non si pongono in astratto il problema del rispetto della regola di diligenza ma in concreto, della ricerca di profili che possono

⁸⁵ In questo senso si condivide l'affermazione di DI MAJO, *op. cit.*, p. 476 s. secondo cui: “A prescindere da disquisizioni dottrinali, più o meno rispondenti al gusto ricostruttivo degli Autori, ciò che si può dire è che è diversa la *combinazione* dei due elementi menzionati *diligenza + fatto impeditivo* all'interno del giudizio di responsabilità”.

⁸⁶ Cfr., tra le tante, Cass. 8 novembre 2002, n. 15712, in *Giur. It.*, 2003, I, 1, c. 2266, secondo cui: “Al fine di esonerarsi dalle conseguenze dell'inadempimento delle obbligazioni contrattualmente assunte, il debitore deve provare che l'inadempimento è stato determinato da causa a sé non imputabile art. 1218 c.c., la quale è costituita non già da ogni fattore a lui estraneo che lo abbia posto nell'impossibilità di adempiere in modo esatto e tempestivo, bensì solamente da quei fattori che, da un canto, non siano riconducibili a difetto della diligenza che il debitore è tenuto ad osservare per porsi nelle condizioni di poter adempiere, e, d'altro canto, siano tali che alle relative conseguenze il debitore non possa con eguale diligenza porre riparo”. Cass. 19 agosto 1996, n. 7604, in *Mass. Giur. It.*, 1996: “La disposizione di cui all'art. 1218 c.c., pone a carico del debitore l'onere della prova di non aver potuto adempiere l'obbligazione o di non aver potuto eseguire esattamente e nel tempo previsto la prestazione dovuta per cause a lui non imputabili. La prova della non imputabilità dell'inadempimento - la quale non può consistere nella semplice difficoltà o nella sopravvenuta maggiore onerosità della prestazione - deve essere piena e completa e deve comprendere anche la dimostrazione della mancanza di colpa, sotto qualsiasi profilo, del debitore, dovendosi, in mancanza, presumere nel medesimo la sussistenza di tale elemento soggettivo”. Cass. 18 novembre 1991, n. 12346, in *Mass. Giur. It.*, 1991, afferma: “In tema di inadempimento delle obbligazioni del contratto, a norma degli art. 1218 e 1256 c. c., la colpa del contraente inadempiente si presume, e, pertanto, al fine di vincere la presunzione di colpa, quest'ultimo deve fornire gli elementi di prova e di giudizio idonei a dimostrare, oltre che il dato obiettivo della sopravvenuta impossibilità della prestazione, l'assenza di colpa, ossia di avere fatto tutto il possibile per adempiere l'obbligazione; pertanto, ove ricorrano circostanze di segno positivo, idonee ad escludere, anche in relazione al comportamento delle parti nello svolgimento del rapporto, l'elemento soggettivo qualificante la condotta dell'obbligato, l'inadempimento deve essere ritenuto incolpevole”.

qualificare, quale inadempimento, imputabile o meno, il comportamento dell'obbligato"⁸⁷.

Lo sforzo della dottrina di circoscrivere la nozione di colpa rispetto a quella di "impossibilità" o di "causa non imputabile" o la scelta tra la concezione psicologica o quella oggettiva della colpa, sebbene utile, non può essere fine a se stesso ma deve essere finalizzato a identificare i criteri e i meccanismi che sono strumentali al giudizio di responsabilità⁸⁸.

Tra questi attenzione particolare deve essere rivolta al fenomeno delle "presunzioni". La formula dell'art. 1218 c.c. - secondo cui spetta al debitore dimostrare che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile⁸⁹ - non impedisce infatti alla giurisprudenza di ricorrere a ulteriori "presunzioni improprie" volte a facilitare gli oneri probatori a carico delle parti al fine di accertare nel caso concreto la responsabilità del debitore⁹⁰. Al riguardo, parte della dottrina afferma che la norma

⁸⁷ DI MAJO, *op. ult. cit.*, p. 484.

⁸⁸ FRANZONI, *Colpa presunta e responsabilità del debitore*, Padova, 1988, p. 332, osserva che: "Sulla nozione di «impossibilità della prestazione», e su quella di «causa non imputabile», i civilisti si dibattono da quasi un secolo, peraltro risulta tuttora difficile individuare una nozione che possa dirsi effettivamente dominante. Ridotto nei suoi termini essenziali il problema della responsabilità debitoria è il seguente: che cosa il debitore deve provare per esonerarsi dalla responsabilità conseguente al suo inadempimento; e fino a quale limite egli è ritenuto responsabile dell'inadempimento? Il che, tradotto in altri termini, significa: quale criterio è da adottare in questo ambito per meglio soddisfare le esigenze della ricchezza?".

⁸⁹ FRANZONI, *op. ult. cit.*, p. 329: "E' noto che una cospicua parte della dottrina ravvisa nell'art. 1218 c.c. una presunzione di colpa a carico del debitore con conseguente inversione dell'onere della prova a suo carico".

⁹⁰ FRANZONI, *op. ult. cit.*, p. 350 ss., rileva criticamente che "seguendo l'orientamento che presuppone come normale l'inadempimento colposo, la norma detta una presunzione che si legittima, in quanto è il debitore il soggetto meglio in grado di conoscere le cause dell'eventuale inadempimento. Inoltre, giacché spesso non occorre che il creditore fornisca una prova specifica della negligenza, la presunzione dà atto che la colpa si desume semplicemente dalla dimostrazione di fatti i quali di per sé costituiscano negligenza ovvero omissioni di diligenza". Tuttavia, secondo l'A., quando si passa all'esame del contenuto della prova dell'assenza di colpa si finisce con l'affermare che la prova della diligenza non basta a vincere la presunzione collegata all'inadempimento. Questo pensiero sembra trovare conferma nelle successive massime giurisprudenziali secondo cui, "poiché l'art. 1218 c.c. pone espressamente a carico del

contiene in realtà una regola sulla ripartizione dell'onere della prova e che di presunzione di colpa può parlarsi solo alla luce dell'indirizzo dottrinale e giurisprudenziale che, accentuando il ruolo della diligenza del debitore, intende comunque attribuire rilievo alla condotta colpevole⁹¹.

In tal senso la ripartizione dell'onere probatorio dipende, di volta in volta, dai caratteri della specifica prestazione inadempita, dalla natura dell'attività esercitata, dalle qualità soggettive del debitore⁹².

Ad esempio, con riguardo alla distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato⁹³, si afferma tradizionalmente lo scostamento in senso stretto dalla regola del giudizio di responsabilità solo per quelle di risultato, mentre per quanto concerne quelle di mezzi, in cui è il creditore a dover provare l'inadempimento e la colpa del debitore, l'onere della prova è

debitore la prova che l'inadempimento è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile, la generica prova della sua diligenza non può essere sufficiente a dimostrare l'assenza di colpa del debitore in relazione all'inadempimento, atteso che la prova della mancanza di colpa esige la dimostrazione o dello specifico impedimento, che ha reso impossibile la prestazione o, quanto meno, la prova che, qualunque sia stata la causa, questa non possa essere imputabile al debitore". Cass. civ., 17 maggio 2002, n.7214, in *Mass. Giur. It.*, 2002; Cass. civ., 16 febbraio 1994, n.1500, in *Giur. It.*, 1995, I, 1, c. 1110.

⁹¹ PATTI, *op. cit.*, p. 116.

⁹² Suggestisce un uso prudente del termine "presunzione", PATTI, *Delle presunzioni*, in *Commentario del codice civile Scialoja – Branca*, Bologna – Roma, 1991, p. 87 ss., se non in senso "improprio", poiché si tratta per lo più di criteri per ripartire diversamente l'onere della prova, in deroga al principio generale; tanto più che, come osserva anche FRANZONI, *op. ult. cit.*, p. 420, "se dal punto di vista processuale l'operatività di una presunzione determina l'inversione dell'onere probatorio, non è altrettanto vero che la semplice inversione dell'onere della prova sia frutto di una presunzione legale".

⁹³ La distinzione tra "obbligazioni di mezzi" ed "obbligazioni di risultato" è stata formulata dalla dottrina per differenziare le obbligazioni in ragione del diverso oggetto della prestazione. Nelle prime è richiesta al debitore un'attività utile a realizzare il risultato sperato dal creditore, *ma non dedotto in obbligazione*; nelle "obbligazioni di risultato" oggetto dell'impegno obbligatorio è proprio la realizzazione del risultato e la mancata realizzazione costituisce, di per sé, inadempimento. Questa distinzione incide, come è noto, sull'articolazione dell'onere probatorio in modo che, nell'obbligazione di mezzi, spetta al danneggiato provare l'inadempimento e, dunque, la negligente esecuzione della prestazione, mentre, nell'obbligazione di risultato incombe sul creditore l'onere di provare la mancata realizzazione dello stesso. Sulla distinzione cfr. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato»*, cit.; DI MAJO, *op. cit.*, p. 456 ss.; BRECCIA, *op. cit.*, p. 137 ss.; DE LORENZI, voce "Obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato", in *Digesto Disc. Priv.*, XII, Torino, 1995, p. 397 ss; CAFAGGI, *op. cit.*, p. 182.

distribuito secondo la regola generale di cui all'art. 2697 c.c., incombendo sul creditore l'onere di provare anche la colpa del debitore. A fronte di questo rigido schematismo la giurisprudenza "ha elaborato un orientamento che utilizza la distinzione nel senso che quando occorre valutare con maggiore rigore la colpa professionale l'obbligazione viene qualificata, anche a costo di evidenti forzature, come obbligazione di risultato, con la conseguenza che il mancato conseguimento del risultato fa presumere la colpa del debitore alleviando l'onere della prova a carico del danneggiato"⁹⁴. Si giunge così, attraverso la presunzione, alla creazione giudiziaria di regole di diritto capaci di modificare la fattispecie astratta di responsabilità⁹⁵.

Questo modo di operare non costituisce peraltro una novità nel nostro ordinamento: capita spesso, infatti, che sia la giurisprudenza a modificare gli assetti degli interessi, ammettendo presunzioni a favore di una delle due parti. Talvolta si ricorre alle presunzioni, ad esempio, per tutelare interessi generali della collettività o per realizzare un'equilibrata distribuzione del rischio o per tutelare un contraente "debole" o per contenere i costi⁹⁶.

⁹⁴ COZZI, *Tutela dei mercati finanziari e responsabilità della società di revisione*, Napoli 2001, p. 61, afferma che "si delinea così, un uso della nozione di obbligazione di mezzi e di risultato, in chiave evolutiva, come strumento per realizzare, a tutela del danneggiato, un'inversione dell'onere della prova". Con riguardo alla responsabilità professionale del sanitario si ritiene, ad esempio, che il paziente vedrà alleggerita la sua posizione ogni qual volta si tratti di intervento di *routine* da cui è cagionato un danno. Sul punto cfr. CENDON – ZIVIZ, *L'inversione dell'onere della prova nel diritto civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, p. 782. FRANZONI, *op. cit.*, p. 433, afferma che "poiché il conseguimento del risultato rappresenta la norma, la giurisprudenza ritiene, attraverso una presunzione semplice, che l'errore sia già di per sé sufficiente a fare desumere la colpa del professionista".

⁹⁵ FRANZONI, *op. ult. cit.*, p. 433.

⁹⁶ CENDON – ZIVIZ, *L'inversione dell'onere della prova nel diritto civile*, cit., p. 768 ss. PATTI, *op. cit.*, p. 91, rileva: "... la giurisprudenza attraverso la creazione della presunzione ha sistematicamente invertito l'onere della prova relativo alla colpa, determinando una ripartizione dell'onere della prova diversa da quella stabilita dall'art. 2697".

Si manifesta con ciò l'intreccio tra problemi sostanziali relativi al contenuto delle nozioni di "colpa" o "negligenza" e il problema della prova segnato in particolare dall'uso giurisprudenziale del gioco delle presunzioni su cui torneremo nel successivo capitolo.

2. *Diligenza e perizia nella valutazione della condotta dell'advisor*

Sul piano sostanziale l'indagine deve prendere le mosse dal tradizionale problema del contenuto del dovere di diligenza dell'*advisor* che qui si specifica con riferimento al valore da attribuire alle nozioni di diligenza e perizia nella definizione della colpa⁹⁷.

Il tema ha trovata specifico svolgimento con riferimento alla responsabilità contrattuale ma i risultati raggiunti in quella sede sono utilizzabili, con gli opportuni adattamenti, anche con riferimento alla materia qui in esame, specie per chi ritenga di aderire alla tesi sempre più diffusa della sostanziale omogeneità delle due figure di illecito.

In questa prospettiva l'indagine prende le mosse dal dibattito sull'interpretazione dell'art. 1176 secondo comma c.c., letto da alcuni come una specificazione del principio della diligenza contenuto nel primo comma; da altri invece come una disposizione autonoma che

⁹⁷ Osserva BRECCIA, *Le obbligazioni*, Trattato di diritto privato, a cura di Iudica e Zatti, Milano, 1991, p. 235, che "E' quasi superfluo notare che i problemi ermeneutici legati all'art. 1176 sono tali, per numero e per complessità, da rievocare alla mente l'intera teoria del rapporto obbligatorio, con specifico riguardo alla fase dell'adempimento e dell'eventuale accertamento della responsabilità contrattuale".

introduce il concetto di “perizia”⁹⁸. All’interno della prima linea di pensiero vi è poi chi reputa che l’art. 1176 secondo comma c.c. soggettivizzi la regola di condotta adeguandola alla natura professionale della prestazione; e chi, invece, afferma che il parametro rimane comunque quello “medio”, seppure definito in base alla natura della prestazione⁹⁹. Va inoltre considerata l’opinione di chi ritiene che il secondo comma ha solo valore di “esemplificazione legislativa”, in certa misura rappresentando un corollario, sostanzialmente superfluo, del primo comma, per cui la diligenza del buon padre di famiglia dovrebbe sempre essere valutata con riguardo alla natura dell’attività dedotta in obbligazione¹⁰⁰.

L’opinione oggi prevalente colloca la perizia all’interno della diligenza, ritenendo che essa costituisca un aspetto della stessa, insieme alla “cura”, alla “cautela” e alla “legalità”¹⁰¹.

La «diligenza» - si afferma - “comprende non solo lo sforzo che il debitore deve compiere, ma anche la «perizia» ovvero l’uso delle

⁹⁸ Sintetizza le diverse posizioni CAFAGGI, voce “Responsabilità del professionista”, in *Digesto delle discipline privatistiche*, Sez. civ., XVII, Torino, 1998, p. 194.

⁹⁹ Sul punto vedi DI MAJO, *Sub art. 1176*, in *Commentario Scialoja – Branca*, Bologna – Roma, 1988, p. 425 ss. BIANCA, *op. ult. cit.*, p. 96, ritiene che l’art. 1176 secondo comma impone al professionista una diligenza particolarmente qualificata dalla perizia e dall’impiego degli strumenti tecnici adeguati al tipo di attività dovuta. Sotto questo riguardo l’A. ritiene che l’impegno del professionista è superiore a quello del comune debitore. Va però tenuto presente che il criterio applicabile è pur sempre quello della normale diligenza, in quanto il professionista deve impiegare perizia e i mezzi tecnici adeguati allo standard professionale della sua categoria. Tale *standard* servirà a determinare il contenuto della prestazione dovuta e la misura della responsabilità, conformemente alla regola generale.

¹⁰⁰ NATOLI, *L’attuazione del rapporto obbligatorio*, tomo II, in *Trattato dir. civ. comm.*, di Cicu e Messineo, Milano, 1984, p. 94; FORCHIELLI, *Responsabilità civile*, Padova, 1983, p. 47 s.

¹⁰¹ BIANCA, *L’obbligazione*, cit., p. 91 ss. GIORGIANNI, *L’inadempimento*, Milano, 1975, p. 270 ss. “... non si nega che la diligenza implica anche l’uso delle capacità tecniche necessarie, ovvero della «perizia». Tuttavia, da un canto la «perizia» è pur essa una regola di condotta, dall’altro ci sembra che il concetto tradizionale di diligenza non possa ridursi a significare esclusivamente la «perizia». L’uso millenario del termine ci denuncia che esso denota soprattutto lo sforzo che il debitore è tenuto a compiere onde soddisfare l’interesse del creditore”.

norme tecniche necessarie per quella determinata prestazione. Correlativamente il concetto di «colpa» prescinde talora dal tradizionale riferimento alla assenza o insufficienza di applicazione e di sforzo, per assumere gradualmente un significato sempre meno soggettivo”. Tenendo conto di ciò si ritiene di poter spiegare mediante il concetto di «perizia» non solo il legame tra primo e secondo comma dell’art. 1176 c.c., ma anche il riferimento operato dall’art. 2236 c.c. alla «colpa grave», che si riferirebbe alla natura tecnica della prestazione e non all’intensità dello sforzo dovuto¹⁰².

La perizia presuppone, dunque, la conoscenza di regole che non sono nel patrimonio di tutti e la cui trasgressione può essere indipendente dall’impegno di volontà del debitore.

Proprio questo argomento ha però indotto la contraria opinione, oggi minoritaria, a distinguere diligenza e perizia ritenendo che la prima dipenderebbe da un atteggiamento di “cattiva” volontà del soggetto, laddove l’imperizia precluderebbe al debitore, per quanto volenteroso, la possibilità di adeguare il suo sforzo a quello impostogli dal rapporto obbligatorio¹⁰³.

¹⁰² GIORGIANNI, *op. ult. cit.*, p. 272 s. DI MAJO, *op. cit.*, p. 433, il quale osserva che “con l’assunzione di un criterio *diligenza – regola* tecnica, rapportato alla natura dell’attività esercitata, i moderni sistemi hanno introdotto un grado massimo di *oggettivizzazione* nei criteri di responsabilità”. BIANCA, *L’obbligazione*, Diritto civile, Milano, 1991, p. 95, chiarisce che quando l’adempimento implica uno “sforzo tecnico” e cioè “l’applicazione di regole tecniche caratterizzanti una determinata attività ovvero, più specificatamente, un’arte o professione”, la mancata applicazione di tali regole costituisce difetto di diligenza, proprio sotto il profilo della “perizia”.

¹⁰³ LEGA, *Le libere prestazioni intellettuali*, Milano, 1974, p. 643, afferma che diligenza e perizia “svolgono parallelamente ma separatamente il compito di realizzare l’oggetto del contratto di prestazione d’opera attraverso l’adempimento delle obbligazioni che da detto contratto scaturiscono, ma l’una - la diligenza - è strumentale all’altra”. BONELLI, *La responsabilità degli amministratori*, cit., p. 61 e nota 109. La critica che è stata avanzata a questa tesi, BRECCIA, *op. cit.*, p. 240 s., è quella di essere in primo luogo “anacronistica”, perché legata ad una tradizione del *Code Napoleon* che non trova più supporto nella disciplina vigente, e, inoltre, “infedele” al sistema perché usa un criterio di specificazione della diligenza che contrasta con i parametri scelti dal

Aderire all'una o all'altra tesi non è scelta priva di conseguenze pratiche: chi configura la perizia come un momento della diligenza ritiene, di conseguenza, che il comportamento cui è tenuto il debitore comporti l'applicazione di regole tecniche caratterizzanti una determinata attività ovvero, più specificatamente, un'arte o professione e sposta, dunque, su un livello più alto il limite di esigibilità della prestazione. Viceversa, chi rifiuta questa tesi finisce con l'irrigidire il parametro della diligenza livellandolo su un unico metro - quello del buon padre di famiglia - e identificandolo con lo sforzo di volontà conforme all'astratta misura legislativa idoneo a soddisfare l'interesse del creditore¹⁰⁴.

La soluzione che espunge la perizia dalla diligenza - che pure ha incontrato particolare favore nella dottrina che ha rifiutato la teoria dei "gradi della colpa" ritenendo che il solo criterio generale accolto dal legislatore è quello della "diligenza del buon padre di famiglia", derogabile, ma con disposizione specifica¹⁰⁵ - sembra oggi però contrastare con la tendenza a diversificare ed accentuare le responsabilità in capo a chi, indipendentemente dallo status di professionista, ha

legislatore nel momento in cui ha attribuito alla diligenza valore di "canone deontologico di comportamento". Si veda inoltre la *Relazione al codice civile* n. 599.

¹⁰⁴ Critica questa tesi BIANCA, voce "Negligenza", cit., p. 753, rilevando che: "... è da osservare che sul piano normativo la previsione del dovere di diligenza si giustifica nell'esigenza di imporre un comportamento che realizzi adeguatamente l'interesse creditorio o salvaguardi gli interessi esposti ad essere lesi nella vita di relazione. A questa esigenza non potrebbe rispondere un dovere di diligenza che si limitasse ad una mera tensione di volontà".

¹⁰⁵ La teoria dei gradi della colpa è affrontata da CHIRONI, *La colpa nel diritto civile odierno. Colpa contrattuale*, Torino, 2, 1925, p. 48 ss, secondo il quale la colpa è omissione di diligenza e può presentare gradi diversi. Afferma l'A. a p. 63, che "... in materia di colpa contrattuale l'indice misuratore è dedotto, come norma ordinaria, dalla diligenza del buon padre di famiglia, equivalente alla *culpa levis*; in un sol caso il deposito è cangiato questo criterio, e adottato quello della diligenza *quam in rebus suis* c. in concreto. In alcune eccezioni, la regola della responsabilità per colpa lieve è attenuata, fino alla colpa grave ed in altre è posta con maggiore severità". Criticano la teoria con diverse argomentazioni, tra gli altri, DI MAJO, *op. cit.*, p. 419 ss.; MAIORCA, voce "Colpa", in *Enc. Dir.*, vol. VII, Milano, 1960, p. 581, il quale afferma che la pur possibile diversa gravità della negligenza in relazione alle circostanze non incide però sul modulo di valutazione che è pur sempre quello del buon padre di famiglia.

comunque una posizione di garanzia e responsabilità rispetto ad altri, al limite anche in dipendenza dell'esistenza di una struttura organizzativa di cui si è responsabili¹⁰⁶. L'esame condotto nel corso di questa indagine sulla legislazione speciale ha evidenziato la diffusione di tali situazioni. A queste, si possono aggiungere ulteriori ipotesi come quella della responsabilità d'impresa, in cui, secondo l'opinione prevalente, l'imprenditore deve adottare la *peritia artis* che gli è richiesta o comunque gestire in modo accorto l'impresa. Allo stesso modo la giurisprudenza tende a specializzare il parametro di diligenza quando l'attività richiede particolari capacità: si pensi, all'ampia giurisprudenza sul *bonus argentarius*, sulla responsabilità del medico o su quella del progettista¹⁰⁷. In tutte queste ipotesi trova applicazione diretta il secondo comma dell'art. 1176 c.c.

Queste considerazioni inducono a ritenere che l'affermazione secondo cui la "diligenza del buon padre di famiglia" è la regola generale e la "diligenza professionale" regola speciale, abbia ormai essenzialmente valore di ossequio alla tradizione di un principio declamatorio spesso contraddetto dalle regole operative.

Si è infatti visto che:

¹⁰⁶ ALLEGRI, *op. cit.*, p. 33 ritiene applicabile l'art. 1176 secondo comma all'attività d'impresa osservando che l'obiettivo è quello di tutelare in via fiduciaria coloro che si avvalgono delle prestazioni di soggetti tecnicamente qualificati. Sul punto cfr. MAZZINI, *op. cit.*, p. 33.

¹⁰⁷ Osserva CAFAGGI, *op. cit.*, p. 142, a proposito della responsabilità del professionista che essa viene generalmente rappresentata come un fenomeno essenzialmente unitario sebbene non necessariamente uniforme, in quanto la differenziazione sarebbe affidata alle discipline speciali esterne al codice. Ritiene di dubitare di ciò l'A. il quale sottolinea la centralità che il profilo relazionale assume nel giudizio di responsabilità, evidenziando come in ciascuna professione le regole di responsabilità vanno specificandosi anche all'interno del codice civile. "Con ciò non si intende solo precisare che il contenuto e le modalità di esercizio della prestazione incidono sulla definizione della regola di responsabilità ma, piuttosto, che vanno formandosi regole specifiche, la cui origine va rinvenuta nelle diverse modalità dell'interazione tra professionista e cliente, incidendo sulla natura e, in parte, sulla misura della responsabilità".

a) sia nella legislazione ordinaria che in quella speciale, ad una tendenziale specificazione della diligenza nel senso della “perizia” l’inadempimento deve essere valutato in base al parametro della diligenza, in linea con i principi generali in materia di responsabilità del debitore;

b) ciò comporta che la diligenza va definita in relazione alla natura dell’attività esercitata. L’art. 1176 secondo comma c.c. sembra perdere il carattere di norma speciale rispetto al primo comma;

c) la regola di diligenza si adegua alla natura dell’incarico svolto e delle specifiche competenze del debitore.

3. Valutazioni complesse e concorso di competenze professionali diverse

L’indagine casistica evidenzia, come già si è accennato, come nel concreto operare degli *advisor* possano distinguersi situazioni in cui l’attività che conduce alla formazione dell’informazione e alla sua diffusione sia il risultato dell’attività di un singolo esperto, di un gruppo di esperti portatori di conoscenze tecniche diverse e tra loro integrate, di professionisti organizzati in forma societaria i quali operano nell’ambito dell’attività imprenditoriale da questa svolta.

A queste diverse ipotesi si collegano conseguenze in termini di disciplina.

In particolare, nel caso in cui l’attività sia il risultato dell’attività coordinata di un gruppo di professionisti svolta o meno in forma societaria, fermo restando quanto si è già detto sull’applicabilità anche in

questa ipotesi delle regole generali in materia di responsabilità professionale secondo i principi appena ricordati, la giurisprudenza ha individuato un ulteriore dovere degli *advisor* i quali debbono creare un'organizzazione adeguata all'incarico assunto.

Si tratta com'è evidente di un parametro variabile in relazione ad una molteplicità di fattori, tra cui particolare rilievo assume la dimensione dell'organizzazione dell'*advisor* e la natura dell'attività che costituisce oggetto dell'incarico ricevuto, nella valutazione del quale assumono rilievo le *best practices* utilizzate dagli operatori più efficienti oltre alle regole operative contenute nella legislazione speciale e nei codici di autodisciplina¹⁰⁸.

In estrema sintesi può dirsi che fa parte della diligenza ordinaria degli *advisor* in attività complesse che richiedono l'opera di gruppi organizzati di professionisti o degli amministratori della società di revisione, di *rating* o di consulenza creare un'organizzazione in grado di assicurare servizi ad alto livello attraverso la specializzazione del personale, la predisposizione di un sistema informatico adeguato e, se le dimensioni dell'attività lo richiedono, l'organizzazione di un coordinamento interno dei diversi settori¹⁰⁹

¹⁰⁸ Osserva al riguardo IRTI, *Due temi di governo societario responsabilità «amministrativa» - codici di autodisciplina* p. 698, che: "E' ben vero che il canone di diligenza si trova già in norme del codice civile, e che l'applicazione di esso al caso concreto è affidato alla discrezionalità del giudice; ma le norme del codice di autodisciplina non tanto specificano il criterio generale, quanto aggiungono altre ipotesi, o categorie di ipotesi, al criterio generale".

¹⁰⁹ Osserva CABRAS, *La forma d'impresa*, cit., p. 14 s., che l'organizzazione della gestione non può mai mancare, neppure nelle imprese minori; in quelle maggiori poi l'organizzazione dà luogo ad una grande varietà di formule, talvolta estremamente sofisticate. La definizione della struttura organizzativa emerge nel cosiddetto "organigramma aziendale" che descrive ruoli e responsabilità di tutti i soggetti investiti di funzioni decisionali, nonché i rapporti tra i medesimi soggetti nell'ambito dell'impresa.

Questi esempi non esauriscono certo le variabili che possono aversi nel caso concreto; le scelte volte ad assicurare l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, in relazione alle dimensioni e alla natura dell'attività cui si riferisce l'incarico sono in concreto necessariamente rimesse alla determinazione discrezionale di coloro che svolgono la funzione di coordinamento e direzione dell'attività professionale¹¹⁰.

Esse sono causa di responsabilità se si rivelino, in una valutazione *ex ante*, irragionevoli in relazione al risultato da raggiungere¹¹¹, essendo evidente che “quando la scelta sia stata fatta con l'omissione di cautele, verifiche, informazioni preventive, il sindacato del giudice è certamente possibile e non si risolve in una intromissione nella scelte professionali ma in un giudizio sul modo e quindi sulla diligenza, con il quale la scelta è stata assunta”¹¹².

¹¹⁰ Da ciò la giurisprudenza ha dedotto l'esistenza di limiti al sindacato giurisdizionale sulla condotta degli amministratori ritenuti sufficienti, in un primo momento, ad escludere la possibilità di svolgere un controllo della discrezionalità degli atti compiuti dagli amministratori. Cfr. Tribunale Milano 28 marzo 1985, in *Le Società*, 1985, p. 1083 ss. con nota di Rodorf; Trib. Milano, 14 settembre 1992, in *Le Società*, 1993, p. 511 ss.; e le altre citate in QUATRARO – PICONE, *op. cit.*, p. 233 ss. Assunta successivamente la consapevolezza di non potere risolvere le controversie richiamando meccanicamente la contrapposizione tra giudizio di legittimità e giudizio di merito, lo sforzo della giurisprudenza è stato quello di individuare *parametri di controllo* alla cui stregua verificare dall'esterno l'attività svolta. Sul punto cfr. Cfr. Cass. civ., 28 aprile 1997, n. 3652, in *Giur. It.*, 1998, c. 287; *Resp. Civ. e Prev.*, 1998, 424, nota di BALZARINI; in *Riv. Notar.*, 1998, 1027; in *Foro it.*, 1998, I, 324.

¹¹¹ Sul punto ADIUTORI, *op. cit.*, p. 21 ss. chiarisce: “Giova sottolineare che quando agli amministratori non siano addebitabili violazioni di specifici obblighi, ma si rinvenivano carenze sul piano della gestione dell'impresa sociale, il giudice, per stabilirne la responsabilità, deve analizzare la condotta degli amministratori stessi; sorge, quindi, un delicato problema di demarcazione tra scelte discrezionali degli amministratori, non sindacabili dal giudice *ex post* e comportamenti contrari al dovere di gestire con diligenza la società. In giurisprudenza è stato più volte affermato il principio secondo il quale l'autorità giudiziaria non può sindacare il merito degli atti di gestione Tuttavia, alcune sentenze, con un orientamento spesso criticato in dottrina, tendono a inserire un correttivo alla regola giurisprudenziale dell'inasindacabilità del sindacato sulla discrezionalità, attraverso l'utilizzo del principio di ragionevolezza e della consapevolezza”. Sul tema cfr., tra gli altri, SALVATO, *Responsabilità civile degli amministratori per violazione del dovere di diligenza*, in *Le Società*, 2001, p. 17 ss.; DACCÒ, *op. cit.*, p.

¹¹² CESARO, *La diligenza dell'attività amministrativa*, in *Diritto dell'economia*, a cura di de Tilla, Alpa e Patti, Milano, 2002, p. 263.

Si è affermato, in tal senso, che “predisporre” una organizzazione efficiente dell’attività valutativa e informativa e “vigilare” sul suo funzionamento costituiscono “obbligazioni di durata”, che integrano la diligenza richiesta nell’espletamento dell’incarico.

Il che è del resto coerente con la tendenza, sempre più manifesta nella legislazione speciale rilevante ai fini della nostra materia, alla procedimentalizzazione delle attività volte a raccogliere, valutare e diffondere conoscenze rilevanti per il mercato.

Tale procedimentalizzazione, come espressione di sintesi che racchiude le molteplici e puntuali attività che l’*advisor* è tenuto a svolgere nell’espletamento del suo incarico modifica parzialmente l’oggetto del giudizio di responsabilità che, secondo la regola generale si articola, per quanto riguarda la valutazione della colpa del danneggiante, in due fasi fondamentali: l’individuazione in astratto di un modello di condotta diligente; il confronto tra il comportamento concreto e il parametro astratto che si conclude con un giudizio di conformità o difformità¹¹³.

Come si è osservato in tema di responsabilità per inesatta informazione questo giudizio è reso complesso dalla difficoltà “di giungere a tale giudizio con sufficiente certezza, sia individuando chiaramente la sfera di osservazione, sia identificando delle regole tecniche sicure al suo interno”¹¹⁴.

Riemerge con ciò il dubbio che si è già in precedenza segnalato, se gli sforzi di concettualizzare e sistematizzare la materia abbiano finito con l’irrigidire i criteri del giudizio senza considerare che si è in presenza di

¹¹³ RODOTA’, voce “Diligenza”, in *Enc. Dir.*, XII, Milano, 1964, p. 542.

¹¹⁴ WEIGMANN, *Responsabilità e potere legittimo degli amministratori*, cit., p. 151.

una fattispecie “mobile” in cui la valutazione deve essere condotta alla luce delle peculiarità del caso concreto.

Si conferma così la necessità di un metodo d’indagine capace di assicurare:

- adeguata duttilità alla valutazione di illiceità della condotta, che va svolto in modo variabile in relazione all’insieme di regole che caratterizzano dall’interno ciascun settore tra quelli in cui assume rilievo l’attività di *advisory*;

- rigorosa definizione dei criteri d’imputazione dell’illecito, di determinazione del danno e di ripartizione dell’onere della prova, i quali, una volta definiti in relazione ai rispettivi ordinamenti di settore i doveri di comportamento degli operatori professionali allo scopo di accertare, a quella stregua, l’illiceità della condotta, ci consentiranno di stabilire se, nel caso concreto, si è in presenza di un illecito “imputabile” dal punto di vista soggettivo ed oggettivo e se questo sia stato, in concreto, causa di un danno risarcibile¹¹⁵.

Nonostante la diversa opinione di autorevole dottrina, sembra infatti da condividere, l’opinione che colloca la “diligenza” sul piano delle modalità di adempimento¹¹⁶, indicando il modo in cui la prestazione deve essere adempiuta e non il contenuto della stessa¹¹⁷.

La tesi contraria che si basa sull’esigenza di una più intensa tutela dell’interesse del creditore “fino a ricomprendere nel contenuto del

¹¹⁵ Ritiene invece CASTRONOVO, *Le due specie della responsabilità civile e il problema del concorso*, in *Europa e diritto privato*, 2004, p. 73, che “la responsabilità contrattuale non abbisogna di un criterio che abbia la funzione di fornire giustificazione alla responsabilità, un criterio di imputazione come la colpa o il dolo”, ciò in quanto l’obbligazione che nasce da contratto ha come contenuto un obbligo di prestazione che si tramuta in un’obbligazione di risarcimento del danno solo in seguito all’inadempimento.

¹¹⁶ CESARO, *op. cit.*, p. 260.

¹¹⁷ CABRAS, *op. cit.*, p. 33.

vincolo anche l'osservanza di un complesso di cautele normalmente necessarie per evitare ogni pregiudizio al pieno e integrale raggiungimento dello scopo dell'obbligazione"¹¹⁸; sembra infatti spostare la diligenza dal piano esterno della fattispecie, in cui la colloca l'art. 1176 c.c. stabilendo che "nell'adempire l'obbligazione il debitore deve usare la diligenza del buon padre di famiglia", all'interno della struttura dell'obbligazione.

Che la diligenza indichi piuttosto le modalità con cui deve essere valutato l'inadempimento che il contenuto dell'obbligazione¹¹⁹ è del resto affermazione condivisa ormai dalla prevalente dottrina e giurisprudenza, che definisce la diligenza come "l'adeguato impiego delle energie e dei mezzi utili alla realizzazione di un determinato fine"¹²⁰ o, secondo altra dottrina, come una modalità di comportamento a carico del soggetto che presuppone però già stabilita l'estensione di ciò

¹¹⁸ MENGONI, *Obbligazioni di «risultato» e obbligazioni di «mezzi»*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, p. 204. Ancor più chiaramente l'Autore, a pagina 203, afferma: "L'inclusione nel contenuto della obbligazione della *diligentia* antitetica al *casus* è una conseguenza dell'assoggettamento dei rapporti obbligatori a una valutazione di buona fede. La *bona fides*, che costituisce il vero principio di determinazione dell'oggetto dell'obbligazione, non solo esige che il debitore compia tempestivamente tutti gli atti necessari da parte sua per la realizzazione del risultato dovuto, ma anche che, prima della scadenza, si comporti da buon padre di famiglia per mantenersi in grado di adempire". CASTRONOVO

¹¹⁹ I concetti di buona fede oggettiva o correttezza e diligenza hanno acquisito nel tempo una valenza autonoma che consente all'interprete di valutare, nel complesso, l'idoneità del comportamento del debitore a realizzare gli interessi sottesi all'esecuzione del rapporto obbligatorio. Osserva BRECCIA, *Le obbligazioni*, Milano, 1991, p. 460, che il comportamento diligente si modella sul contenuto dell'obbligazione dovuta mentre quello di buona fede si lega al fine di una ricostruzione completa della sfera dei contegni che possono farsi rientrare nell'area della obbligazione. La buona fede, dunque, "amplia e al tempo stesso delimita la sfera degli interessi rilevanti e consente pertanto di contemperarli, senza ridursi alla valutazione del nesso tra i mezzi il comportamento eseguito con diligenza e perizia e il fine il conseguimento della specifica utilità attesa dal creditore. Si veda sul tema BIANCA, *op. cit.*, p. 80, secondo il quale la correttezza impone al debitore di fare salva l'utilità creditoria, ma non a costo di un rilevante sacrificio personale o patrimoniale.

¹²⁰ BIANCA, *Dell'inadempimento*, p. 25.

che il debitore è tenuto a fare, anche se questa predeterminazione è fissata in modo elastico¹²¹.

In questa chiave va dunque considerato il comportamento dell'*advisor* la cui diligenza nell'adempimento delle obbligazioni inerenti all'esercizio dell'attività professionale dovrà valutarsi alla stregua del combinato disposto degli articoli 1176 e 2236 c.c. "*con riguardo alla natura dell'attività esercitata*", che nel caso di specie è particolarmente qualificata e richiede prudenza, cure e attenzioni superiori e più specifiche della media, ma limitando la responsabilità al caso del dolo o della colpa grave quando la prestazione dovuta presenta particolare complessità tecnica¹²².

L'opzione interpretativa così operata, implica con evidenza adesione alla tesi che vede nell'art. 2236 c.c. un'applicazione del principio generale stabilito dall'art. 1176 secondo comma del codice civile, attribuendo al requisito della "colpa grave" la funzione di lasciare al giudice il compito di valutare se un errore commesso in violazione di determinate regole tecniche, rapportato al grado di preparazione che una data professione richiede, sia tale da configurare una colpa imputabile al professionista¹²³.

¹²¹ RODOTA', voce "Diligenza", in *Enc. Dir.*, XII, Milano, 1964, p. 542 ss., chiarisce: "Dopo queste ulteriori precisazioni la diligenza si profila come un criterio per valutare la conformità del comportamento del debitore a quello dovuto, come criterio alla stregua del quale apprezzare la violazione del limite individuato dalle norme sulla correttezza: e, dunque, come un tipico criterio di responsabilità".

¹²² BONELLI, *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, Milano, 1992, p. 49, "*In conclusione*, la legge con il riferimento alla diligenza del buon padre di famiglia ha voluto fissare un criterio astratto e tipico di valutazione, che prescinde dal grado di diligenza del particolare debitore; il termine di riferimento non è però la normale diligenza dell'uomo medio, ma la diligenza che avrebbe usato un amministratore normalmente diligente che si fosse trovato in quella circostanza".

¹²³ CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, cit., p. 72.

In sostanza la norma sarebbe così volta a sanzionare secondo un parametro meno rigoroso l'errore tecnico nelle ipotesi in cui l'attività richiesta dalla prestazione sia superiore al livello medio dell'attività esercitata dal debitore¹²⁴.

La particolare funzione attribuita all'*advisor* nell'ambito degli ordinamenti di settore che ne prevedono la figura e ne disciplinano l'attività pone però il problema della reale portata operativa della regola in esame.

Da un lato, infatti, la prestazione dell'*advisor* si caratterizza nell'essenza per la particolare qualificazione di questo in relazione alla speciale funzione attribuitagli dall'ordinamento di settore, alla quale si collega, come si è già detto, l'affidamento che le informazioni dallo stesso fornite sono destinate a creare per i terzi; dall'altro sta il fatto che, proprio in relazione a ciò, rientra nella diligenza dovuta dall'*advisor* organizzare la propria attività in modo da disporre di tutte le professionalità necessarie in relazione all'attività in concreto affidatagli, integrando eventuali lacune delle sue conoscenze, con l'ausilio di collaboratori o di consulenti, affinché le valutazioni che egli in definitiva dovrà operare siano formate attraverso un procedimento corretto e basate su conoscenze tecniche adeguate e aggiornate¹²⁵.

¹²⁴ MENGONI, *Obbligazioni di «risultato» e obbligazioni di «mezzi»*, cit., p. 206. Osserva DI MAJO, *op. ult. cit.*, p. 435, che mentre Mengoni fa riferimento ai due aspetti della diligenza, la *diligentia diligentis* e la *diligentia perizia*, riferendo la limitazione della colpa grave solo a quest'ultima, altra parte della dottrina dubitando di poter manipolare la norma al punto da affermare che non può farsi carico al professionista della mancanza di una perizia superiore alla perizia minima della categoria professionale, afferma che la colpa grave della disposizione non è altro che la colpa lieve valutata tenendo conto della speciale difficoltà della prestazione. Così CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, Milano, 1958, p. 178 ss.

¹²⁵ BONELLI, *op. ult. cit.*, p. 62. In senso analogo si richiama l'opinione già espressa in precedenza da MENGONI, *Recenti mutamenti nella struttura e nella gerarchia dell'impresa*, in *Riv. soc.*, 1958, p. 700, secondo il quale: "I problemi dell'azione

In questo senso sembra orientata anche l'opinione secondo la quale la diligenza dell'*advisor* non solo comprende la perizia ma, in un certo senso, ruota intorno ad essa comprendendo necessariamente il possesso della "*peritia artis*", intesa come competenza tecnica e dunque variabile, composita e finalizzata all'efficiente tutela degli interessi che l'ordinamento di settore gli affida ¹²⁶.

Il che non incide sul *grado* di diligenza richiesto nel senso di una sua accentuazione o attenuazione ma sull'individuazione di *come* la prestazione debba essere svolta quanto all'organizzazione delle competenze necessarie in relazione alla sua natura, modulando di volta in volta la perizia richiesta in relazione al contenuto dell'incarico .

4. Il rilievo della "*natura dell'incarico*" e le "*specifiche competenze*" dei componenti nell'attività svolta da gruppi di professionisti.

Il livello sempre più accentuato di tecnicismo che caratterizza l'attività di *advisory* rende sempre più frequente l'esigenza di costituire *team* di professionisti che sono individualmente portatori di competenze diverse, ciascuno dei quali dovrà adempiere al compito assegnatogli con la diligenza esigibile in relazione a tale specifica competenza, ad esempio

economica sono divenuti così complessi e tecnicamente complicati, che i membri dell'alta direzione non possono disporre direttamente di tutti i dati e di tutte le conoscenze necessarie per la soluzione. Essi devono perciò procurarsi la collaborazione di un corpo sempre più vasto di esperti e di specialisti, che occupano un grado inferiore nella gerarchia dell'impresa e hanno il compito di fornire alla direzione un complesso di dati tecnici e di valutazioni scientifiche".

¹²⁶ ALLEGRI, *op. ult. cit.*, p. 172.

come esperto legale o tributario, facendo assegnamento sulle informazioni fornitegli dagli altri componenti del *team* in relazione alle specifiche competenze di ciascuno.

In questo contesto la diligenza richiesta implica che individualmente ciascuno dei componenti del gruppo di lavoro cui è in concreto affidato l'incarico sia in possesso delle capacità tecniche necessarie ad un corretto adempimento, cui si aggiunge il dovere generale di ciascuno di "agire informato", procurandosi dagli altri componenti del *team* di lavoro le informazioni necessarie per il corretto svolgimento del proprio lavoro e valutandole in relazione alle proprie specifiche competenze anche allo scopo di segnalare errori o incompletezze rilevabili sulla base di quelle, essendo proprio il grado di professionalità del singolo e la natura dell'attività esercitata ciò che consente in concreto di stabilire se la prestazione sia stata adempiuta in modo più o meno diligente, secondo un criterio di prevedibilità e prevenibilità delle conseguenze pregiudizievoli.

5. Imputazione oggettiva dell'illecito e attualità della distinzione tra "causalità materiale" e "causalità giuridica".

Il quadro così sinteticamente tracciato mostra come l'incertezza che agita da sempre il dibattito sul nesso causale nell'ambito della responsabilità civile si manifesti anche in questa materia.

Estendendo alcune conclusioni cui è pervenuta la dottrina civilistica in tema di nesso causale, chi si è occupato specificamente della responsabilità degli operatori professionali ha osservato che non esistono criteri univocamente fissati ed accettati per selezionare le conseguenze dannose risarcibili, anzi “l’intrinseca difficoltà di codificare un concetto preciso di causalità, unita all’inevitabile elasticità dei poteri del giudice nell’accertamento del nesso, hanno portato a risolvere il problema della causalità giuridica «nei termini di un giudizio idoneo ad esprimere la carica di valori insita nell’affermazione di responsabilità»”¹²⁷.

La ricerca della regola è tuttavia fortemente avvertita e, come è noto, ha luogo attraverso alcune operazioni connesse, ma concettualmente distinte: l’accertamento del nesso causale e la selezione delle conseguenze risarcibili¹²⁸.

Le tecniche adottate dalla dottrina e dalla giurisprudenza per individuare la regola muovono da angolazioni differenti; al punto che il tema è trattato, con esiti diversi, sia in una prospettiva strettamente positivista sia in una chiave più attenta a profili di analisi economica del diritto.

Il dato normativo stabilisce che sono risarcibili i danni che sono conseguenza diretta ed immediata dell’inadempimento (art. 1223 e 2056 e su di esso si incentra il dibattito sulla “causalità giuridica”¹²⁹. Questa

¹²⁷ WEIGMANN, *op. ult. cit.*, p. 196. Continua l’A. affermando: “ da un lato, dunque, è apparso inevitabile il ripudio di formule troppo astratte e universali

¹²⁸ Afferma CORSARO, voce “Responsabilità civile”, I, in *Enc. Giur.*, Roma, 1991, vol. XXVI, p. 6, “poiché le azioni umane e gli eventi sono sempre in qualche modo collegati tra loro, il presupposto indispensabile perché l’agente non risponda di qualunque evento ingiusto che si sia realizzato è la determinazione da parte dell’ordinamento di una specifica tecnica di riferimento degli eventi che, solo a determinate condizioni, vengono imputati alla persona”.

¹²⁹ GORLA, *Sulla cosiddetta causalità giuridica: «fatto dannoso e conseguenze»*, in *Riv. dir. comm.*, 1951, p. 409; FORCHIELLI, *Il rapporto di causalità nell’illecito civile*,

formula, che dovrebbe chiarire qualcosa sul nesso causale che intercorre tra condotta ed evento, esprime in realtà più che altro un'indicazione sui riflessi economici pregiudizievoli che l'illecito provoca sul patrimonio del danneggiante¹³⁰, con la conseguenza di distogliere l'attenzione del giurista dal "rapporto di causalità" correttamente inteso per trattare, piuttosto, il tema dei limiti opportuni alle responsabilità e, dunque, della selezione delle conseguenze dannose¹³¹.

In questo senso una parte della dottrina, muovendo dalla constatazione che la causalità non esiste in rerum natura ma è una funzione del nostro intelletto, afferma, già da tempo, che il concetto della "conseguenza immediata e diretta" non corrisponde al concetto di causalità, ma è un'operazione con cui, accertata la causalità, si tende a limitarne i risultati¹³². Si ritiene cioè che mentre il rapporto tra condotta ed evento attiene alla "causalità materiale o naturale", il rapporto tra fatto illecito e conseguenze pregiudizievoli che da essa discendono atterrebbe alla "causalità giuridica" disciplinata dagli art. 1223 ss. c.c. Tuttavia, mancando "un linguaggio rigoroso e generalmente accettato" idoneo ad esprimere univocamente i principi della causalità si è finito con il tentare di elaborare il concetto "talvolta desumendolo dal senso comune, talvolta invece costruendolo adeguato alla natura della responsabilità oppure (.. alla funzione di questa"¹³³.

Padova, 1960, p. 21 ss.; REALMONTE, *Il problema del rapporto di causalità nel risarcimento del danno*, Milano, 1967; TRIMARCHI, *Causalità e danno*, Milano, 1967, p. 19 ss.; BIANCA, *Dell'inadempimento*, cit., p. 245 ss.; VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, Padova, 1999, p. 553 ss.

¹³⁰ BRECCIA, *op. ult. cit.*, p. 639.

¹³¹ TRIMARCHI, *Causalità e danno*, Milano, 1967, p. 5.

¹³² GORLA, *Sulla cosiddetta causalità giuridica: «fatto dannoso e conseguenze»*, cit., p. 407 ss.

¹³³ TRIMARCHI, *op. cit.*, p. 25.

Si è dunque di fronte ad un primo problema della causalità che merita attenzione: se, cioè, la distinzione operata dalla dottrina tra “causalità materiale” e “causalità giuridica” abbia fondamento o altro non sia che un “artificio logico”¹³⁴, utile per delimitare l’ambito degli eventi dannosi dei quali si risponde, con il rischio però di indurre l’interprete a racchiudere nella formula del nesso causale concetti di natura diversa.

Strettamente collegato a questo interrogativo vi è quello della validità della distinzione tra “danno evento” e “danno conseguenze” nel diritto civile.

Il dubbio sul primo profilo è rafforzato dal rilievo che le espressioni “causalità materiale” e “causalità giuridica” non sono sempre utilizzate dalla dottrina con il medesimo significato. Alla nozione richiamata, che individua la causalità giuridica nella selezione delle conseguenze risarcibili, se ne contrappone un’altra secondo la quale essa opera necessariamente all’interno della causalità naturale, cioè quella del mondo fenomenico, tuttavia, a differenza di questa, non è tesa a stabilire se un determinato soggetto abbia causato un certo fatto ma ad individuare criteri di rilevanza e di valutazione del fatto causale in vista degli scopi tipici del diritto. In questa prospettiva il problema causale si traduce in una scelta tra le diverse cause materiali di un evento¹³⁵. Secondo questa linea di pensiero il giurista non dovrebbe, in linea di principio, neppure tentare di rispondere al quesito se un determinato soggetto abbia causato provocato un determinato fatto: questa indagine compete infatti ad altre scienze ai cui risultati il giurista fa riferimento nel valutare se e come attribuire rilevanza giuridica a un determinato nesso causale. Poiché però

¹³⁴ Così SCOGNAMIGLIO, voce “Responsabilità civile”, p. 650.

¹³⁵ FORCHIELLI, *Il rapporto di causalità nell’illecito civile*, Padova, 1960, p. 10 ss.

il legislatore potrebbe, mosso da esigenze di politica legislativa, ritenere irrilevanti o inesistenti alcune relazioni materiali naturalisticamente indiscutibili o, viceversa, ritenere giuridicamente esistenti relazioni in realtà inesistenti, si pone anche per il giurista la necessità di accertare l'esistenza del nesso causale attraverso autonomi criteri di conoscenza che lo portino a selezionare, tra le possibili concause, quelle che gli permettono di concludere il procedimento di imputazione materiale, alla luce dei criteri prefissati dall'ordine giuridico.

Sebbene si affermi che “il nesso di causalità ha lo scopo di ordinare i fatti fisici, di collegarli tra loro secondo un principio causa – effetto che permetta di stabilire quale effetto seguirà a un determinato fatto o quale fatto sia precedente ad un dato effetto; cioè secondo un principio di necessarietà nel senso che, data una situazione A, se ne produrrà una B o che, data quella B, deve essersi precedentemente prodotta A”¹³⁶, l'idea prevalente è poi quella che il concetto di causalità è in ogni caso convenzionale, e, in quanto tale, dipende dal punto di vista da cui lo si guarda potendosi, in relazione a ciascuna valutazione, prendere in considerazione caratteristiche del fatto diverse¹³⁷.

Le due impostazioni richiamate si pongono su posizioni antitetiche dal punto di vista concettuale, dal momento che la prima ritiene che la causalità rilevante per il diritto sia diversa da quella rilevante per le scienze, trattandosi di un rapporto creato dal legislatore e non esistente in

¹³⁶ CORSARO, *op. cit.*, p. 7.

¹³⁷ CORSARO, *op. loc. ult. cit.*: “Chi vorrà considerare rilevanti non tutti i fenomeni fisici ma sono quelli chimici, costruirà una causalità dal punto di vista chimico”. L'autonomia dei criteri non implica tuttavia la loro assoluta separazione ed incomunicabilità. Cfr. STELLA, voce “Rapporto di causalità”, in *Enc. Giur.*, vol. XXV, Roma, 1991, p. 2, secondo il quale il significato del vocabolo “causa” non è univoco, ma varia col settore della scienza.

natura; la seconda riconosce invece unità ontologica alla causalità, ritenendo che la causalità materiale non presenti alcuna peculiarità dal punto di vista giuridico, ad eccezione della prospettiva da cui si osserva il fenomeno¹³⁸.

A ben vedere, tuttavia, il rigore di queste posizioni di principio sfuma nelle applicazioni giurisprudenziali, dal momento che il legislatore ha stabilito agli art. 1223 ss. del codice civile regole volte a delimitare il danno risarcibile, presupponendo però che l'accertamento sulla concatenazione necessaria tra condotta ed evento sia svolta dal giudice in relazione alle specificità del caso concreto¹³⁹. In questo senso si è affermato che il nesso di causalità si rivela talvolta schermo di operazioni di politica del diritto anche spregiudicate, in cui si rimette alla prassi giurisprudenziale una selezione degli interessi meritevoli di tutela.

Un discorso analogo può essere condotto anche con riguardo alla distinzione, non da tutti condivisa¹⁴⁰, tra “danno evento” e “danno conseguenze”, che ha indotto la giurisprudenza, anche di recente, ad affermare che il rapporto tra comportamento ed evento e tra questo e il

¹³⁸ Si rinvia all'analisi operata da CAPECCHI, *Il nesso di causalità*, Padova, 2002, p. 40 ss.

¹³⁹ Afferma ALPA, *La responsabilità civile*, cit., p. 317, che: “sul piano dei riferimenti normativi, nell'ambito delle regole dedicate alla responsabilità civile, il codice non organizza una disciplina articolata del nesso causale, ma procede mediante due tecniche, la presupposizione e il rinvio. Presuppone cioè che l'interprete conosca la nozione di causalità in tutte le disposizioni in cui usa i termini «cagiona», «cagionato», «compiuto», «commesso», «arrecato», «prodotto», «derivato», riferito al danno ... Rinvia agli artt. 1223, 1226, 1227 per il risarcimento del danno. Il rinvio però non è esaustivo, perché gli artt. 1223 ss. presuppongono già risolto il problema della individuazione del responsabile”.

¹⁴⁰ FORCHIELLI, *op. cit.*, p. 25 ss. Questa impostazione rifiuta l'estensione al diritto civile della distinzione concettuale tra “danno evento” e “danno conseguenza”, ritenendo che a seconda dello scopo pratico di ogni norma può essere preferibile comprendere nella fattispecie la sola azione, la modificazione ricollegabile alla condotta danno evento o anche le sue conseguenze. BIANCA, *op. cit.*, p. 247, ritiene utile la distinzione affermando che il danno evento è quel primo evento dannoso che segna la violazione di una posizione giuridica tutelata e, in questo senso, concorre a qualificare la illiceità del comportamento dannoso, mentre i danni conseguenza sono quelli ulteriori, tuttavia ritiene l'A. che tutto il danno risarcibile è conseguenza dell'illiceità ingerenza dell'altrui sfera giuridica.

danno muta a seconda che il danno sia un elemento della fattispecie o un suo effetto e deve conseguentemente distinguersi il nesso che deve sussistere tra comportamento ed evento affinché possa configurarsi a monte una responsabilità, e il nesso che, collegando l'evento al danno, consente l'imputazione delle singole conseguenze dannose ed ha la funzione di delimitare a valle i confini della responsabilità. Così, mentre l'accertamento della responsabilità è improntato alla ricerca del nesso di causalità, quello dell'estensione della responsabilità si fonda su un giudizio in termini ipotetici, coincidendo il danno risarcibile con la perdita e il mancato guadagno conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento, delimitati in base al giudizio ipotetico sulla differenza tra situazione dannosa e situazione quale sarebbe stata se il fatto dannoso non si fosse verificato¹⁴¹.

6. La causalità "flessibile".

Già queste prime considerazioni evidenziano che accertare la responsabilità dovrebbe essere, in linea di principio, un'operazione puramente fattuale¹⁴², in base alla quale si parte da "un risultato" e si deve risalire alle cause che lo hanno provocato secondo un criterio di determinazione necessaria tra causa ed effetto¹⁴³, ma che questa indagine non corrisponde a quella generalmente operata dalla dottrina e dalla

¹⁴¹ Cass. 15 ottobre 1999, n. 11629, in

¹⁴² MONATERI, *La responsabilità civile*, cit., p. 146, ritiene tuttavia che il problema della causalità giuridica non sia un problema "fattuale", dal momento che la possibilità di operare scelte giuridicamente opportune si risolve nel determinare a quale punto smettere di ripercorrere all'indietro lo svolgimento causale.

¹⁴³ Per una prospettiva interdisciplinare, si veda GIORELLO, RICCIARDI, *Causalità, necessità, spiegazione in Diritto penale e processo*, 1998, p. 1559 ss.

giurisprudenza civile e penale che si risolve, invece, per lo più in un giudizio di probabilità e frequenza statistica, nell'ambito del quale il caso concreto potrebbe non rientrare¹⁴⁴.

Da ciò la convinzione, propria soprattutto di alcuni studiosi del diritto penale, che il concetto di causalità giuridica non coincide con quello in uso nella scienza, e che il giudice penale, pur operando il giudizio controfattuale, non sarà mai deduttivamente certo del fatto che la condotta sia una condizione contingentemente necessaria per la produzione dell'evento, potendo tutt'al più – se l'evidenza disponibile lo consente – affermare che è probabile che essa lo sia¹⁴⁵.

Le diverse teorie elaborate da parte della dottrina civilistica con riguardo al nesso causale – che è stato definito “il profilo più tormentato di tutta la problematica della responsabilità civile”¹⁴⁶, mostrano, più in generale, una certa tendenza ad appiattirsi sui risultati cui è pervenuta la dottrina penalistica¹⁴⁷.

Si pensi, ad esempio, al successo con cui è stata accolta anche nel diritto civile la teoria della *condicio sine qua non*, secondo la quale la

¹⁴⁴ Sul giudizio deducibile da una frequenza di tipo statistico, vedi VALCAVI, *Intorno al rapporto di causalità nel torto civile*, cit., p. 484 ss.

¹⁴⁵ STELLA, *op. cit.*, p. 10 ss., ritiene che il risultato cui approderà il giudice penale sarà sempre fondato su una argomentazione di tipo probabilistico e mai certa, dal momento che vi è incompletezza delle premesse esplicative leggi e condizioni empiriche enunciate e si ricorre a leggi statistiche nella spiegazione.

¹⁴⁶ PONZANELLI, *La responsabilità civile. Profili di diritto comparato*, Bologna, 1992, p. 88.

¹⁴⁷ Critica questa tendenza ALPA, *La responsabilità civile*, affermando che: “la concezione penale della causalità ha influenzato dottrina e giurisprudenza civili, anche se, come si è rilevato, vi sono distinzioni concettuali oltre che pratiche tra l'illecito civile e l'illecito penale, essendo questo tutto incentrato sul reo, cioè su di un soggetto fisico imputabile. Di qui i problemi di adattamento di questa disciplina alle ipotesi di responsabilità civile, e l'insufficienza di queste disposizioni a dare risposta a tutte le questioni che emergono nel nostro settore. Si è precisato che la responsabilità penale considera solo azioni ed omissioni, mentre la responsabilità civile considera ipotesi di dissociazione tra il fatto compiuto da un soggetto e la responsabilità accollata ad altro soggetto”. Critica la tendenza a negare una concezione autonoma della causalità nel diritto civile, VALCAVI, *Intorno al rapporto di causalità nel torto civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, II, p. 481 ss.

responsabilità di un evento conseguente è riconducibile in capo a chi abbia posto in atto un qualunque antecedente senza cui il fatto non si sarebbe verificato¹⁴⁸ e che troverebbe nell'art. 40 e 41 del codice penale¹⁴⁹ il proprio fondamento positivo¹⁵⁰.

Il presupposto teorico da cui muove questa teoria è che causa di un evento non è mai un solo fatto, ma l'insieme delle condizioni necessarie a produrlo: quindi il numero delle cause giuridicamente rilevanti di ciascun evento è virtualmente infinito. Proprio su ciò si fonda però la critica a questa tesi che, non distinguendo tra antecedenti prossimi e lontani, sembra contrastare con la regola dettata dall'art. 1223 danni immediati e diretti¹⁵¹. Si afferma inoltre che l'individuazione di un numero di cause pressoché infinito non giovi al diritto ma, anzi, sia criticabile sotto il profilo della morale e del sentimento di giustizia, tanto più che si rischia di accollare ad un soggetto, con una valutazione ex post, tutte le infinite conseguenze che discendono da una certa condotta¹⁵². Tuttavia, queste perplessità non hanno impedito alla giurisprudenza civile di ricorrere frequentemente a questa teoria per spiegare il rapporto di causalità, specie in materia di fatti illeciti¹⁵³.

¹⁴⁸ VON BURI, *Über Kausalität und deren Verantwortung*, Lipsia, 1873.

¹⁴⁹ Il primo esclude la responsabilità penale "se l'evento, dannoso o pericoloso, da cui dipende la esistenza del reato, non è conseguenza della sua azione od omissione"; l'art. 41 c.p. prevede che "il concorso di cause preesistenti o simultanee o sopravvenute, anche se indipendenti dall'azione od omissione del colpevole, non esclude il nesso di causalità tra l'azione o l'omissione e l'evento".

¹⁵⁰ Nel diritto civile, tra gli altri, FORCHIELLI, *op. cit.*, p. 83 ss.

¹⁵¹ C.M. BIANCA, *La responsabilità*, cit., p. 129..

¹⁵² Dedicata particolare attenzione alla critica della teoria della *condicio sine qua non*, CAPECCHI, *op. cit.*, p. 59 e, soprattutto, p.157 ss

¹⁵³ Si veda, ad esempio, Cass. civ., 19 settembre 1996, n. 8348, in CD ROM UTET, voce "Nesso di causalità", che afferma: "In presenza di una pluralità di fatti imputabili a più persone, coevi o succedentisi nel tempo, a tutti deve essere riconosciuta un'efficacia causativa del danno, se abbiano determinato una situazione tale che senza l'uno o l'altro di essi l'evento non si sarebbe verificato, mentre deve attribuirsi il rango di causa efficiente esclusiva ad uno solo dei fatti imputabili o quando, inserendosi questo quale causa sopravvenuta nella serie causale, spezzi il nesso eziologico tra l'evento dannoso e

La dottrina civilistica ha elaborato numerosi altri schemi concettuali per spiegare il nesso di causalità¹⁵⁴.

Alla luce delle considerazioni sopra svolte è possibile, ad esempio, comprendere la cosiddetta teoria “dello scopo della norma”¹⁵⁵, che ravvisa il nesso di causalità tra un fatto e quelle conseguenze dannose che rientrano nello scopo protettivo della norma violata. L’ambito della responsabilità si determinerebbe cioè con il medesimo criterio in base al quale si stabilisce l’illiceità della condotta. Si è però obiettato a questa teoria che nel diritto privato chi lede un diritto è tenuto a risarcire tutto il pregiudizio che ne consegue, anche qualora l’interesse pregiudicato non rientri nel contenuto del diritto¹⁵⁶.

La giurisprudenza prevalente accoglie, invece, come è noto, il criterio della “causalità adeguata”, conosciuto anche come “regolarità causale”¹⁵⁷. Secondo questa formula, il danno è conseguenza del fatto quando ne costituisca un effetto “normale”, secondo una probabilità

gli altri fatti ovvero quando, esauendo sin dall’origine e per forza propria la serie causale, riveli l’inesistenza, negli altri fatti, del valore di concausa e li releghi al rango di occasioni estranee”. Si veda, tra le tante, anche Cass. civ., 30 agosto 1997, n. 8259, *ivi.*; Cass. 11 febbraio 1988, n. 1473, in *Mass. Giust. Civ.*, 1988, c. 353.

¹⁵⁴ COOTER, MATTEI, MONATERI, PARDOLESI, ULEN, *Il mercato delle regole*, Bologna, 1999, p. 372, evidenziano come il problema della causalità giuridica consista nel consentire al giudice di interrompere la ricerca all’indietro delle cause a un momento che egli non ritenga troppo distante dall’evento dannoso. Da ciò deducono che: a i criteri per accertare la causalità giuridica sono complicati, probabilmente più complessi di quanto derivi da un singolo modello di responsabilità; b la ricerca giuridica richiede di fermarsi nella ricerca causale laddove in altri campi la ricerca causale ha per scopo proprio di spingersi alle cause ultime.

¹⁵⁵ Si veda soprattutto TRIMARCHI, *op. cit.*, p. 45 ss.

¹⁵⁶ C.M. BIANCA, *op. ult. cit.*, p. 129.

¹⁵⁷ Cfr. Cass. 10 maggio 2000, n. 5962, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2001, p. 91, nota di FEOLA, secondo cui: “Un evento dannoso è da considerare causato da un altro se, ferme restando le altre condizioni, il primo non si sarebbe verificato in assenza del secondo c.d. teoria della “condicio sine qua non”: ma nel contempo non è sufficiente tale relazione causale per determinare una causalità giuridicamente rilevante, dovendosi, all’interno delle serie causali così determinate, dare rilievo a quelle soltanto che, nel momento in cui si produce l’evento causante non appaiono del tutto inverosimili c.d. teoria della causalità adeguata o della regolarità causale, la quale in realtà, oltre che una teoria causale, è anche una teoria dell’imputazione del danno.

accettabile che un dato evento ne produca un altro¹⁵⁸. Si è rilevato che questa teoria estende la portata dell'art. 1225 c.c., secondo cui il risarcimento del danno da inadempimento contrattuale si estende solo alle conseguenze "prevedibili" al tempo del sorgere dell'obbligazione, all'intera materia dell'illecito; con la conseguenza di limitare il risarcimento del danno extracontrattuale per il quale invece non è stato previsto il principio della prevedibilità del danno. La giurisprudenza, tuttavia, supera questa obiezione nelle sue decisioni, talvolta anche mediando tra le diverse teorie e affermando, ad esempio, che il nesso di causalità vada inteso "in modo da ricomprendere nel risarcimento anche i danni indiretti e mediati che si presentino come effetto normale secondo il principio della cd. regolarità causale, con la conseguenza che, ai fini del sorgere dell'obbligazione di risarcimento, il rapporto fra illecito ed evento può anche non essere diretto ed immediato se, ferme restando le altre condizioni, il primo non si sarebbe verificato in assenza del secondo, sempre che, nel momento in cui si produce l'evento causante, le conseguenze dannose di esso non appaiono del tutto inverosimili"¹⁵⁹.

Particolare attenzione merita poi il criterio "del rischio specifico", che si contrappone all'idea della regolarità causale, in quanto consente di

¹⁵⁸ Cass. civ., 21 dicembre 2001, n. 16163, in CD ROM UTET, voce "Nesso di causalità", secondo cui "In tema di risarcibilità del danno da fatto illecito, il nesso di causalità va inteso in modo da ricomprendere nel risarcimento anche i danni indiretti e mediati che si presentino come effetto normale secondo il principio della cosiddetta regolarità causale, con la conseguenza che, ai fini del sorgere dell'obbligazione di risarcimento, il rapporto fra illecito ed evento può anche non essere diretto ed immediato se, ferme restando le altre condizioni, il primo non si sarebbe verificato in assenza del secondo, sempre che, nel momento in cui si produce l'evento causante, le conseguenze dannose di esso non appaiano del tutto inverosimili. L'accertamento di tale nesso di causalità è riservato al giudice del merito, il cui apprezzamento è insindacabile in sede di legittimità, se sorretto da motivazione congrua ed immune da vizi." Nello stesso senso, tra le tante, Cass. 16 ottobre 1993, n. 11287, in *Mass. Giust. Civ.*, 1993, p. 1618.

¹⁵⁹ Cfr. Cass. Civ., 9 maggio 2000, n. 5913, in CD Rom UTET, voce "Nesso di causalità", che realizza una combinazione della teoria della "condicio sine qua non" con la teoria della "causalità adeguata".

individuare il nesso causale tra fatto e danno quando “il danno è la realizzazione di un rischio specifico creato da quel fatto”¹⁶⁰. Il rischio specifico è cioè l’evento che rende probabile o aggrava il pericolo del verificarsi del danno, il quale può tuttavia, nel caso concreto, anche non prodursi.

Il sintetico richiamo operato alle diverse teorie elaborate in materia di nesso causale e all’uso giurisprudenziale delle stesse evidenzia due dati certi:

- a che “la giurisprudenza comunque è ondivaga”¹⁶¹;
- b che accertare il nesso di causalità giuridica sembra costituire, essenzialmente, un problema di “politica del diritto”¹⁶².

La tendenza della giurisprudenza a cercare temperamenti delle teorie assunte si spiega infatti con la necessità di offrire soluzioni ragionevoli al problema della causalità, nella consapevolezza che soluzioni univoche e criteri generali stabiliti a priori si rivelano spesso inadeguati ad accertare se, nel caso concreto, le conseguenze dannose patite da un soggetto possano essere ricondotte alla condotta positiva o omissiva tenuta dall’autore¹⁶³.

Una recente dottrina che si è occupata specificamente dell’argomento ha osservato che, a ben vedere, tutte le norme che regolano forme di responsabilità soggettiva ed oggettiva sono da considerarsi norme elastiche con riferimento al requisito del nesso causale, cui si fa riferimento attraverso formulazioni generiche

¹⁶⁰ C.M. BIANCA, *op. ult. cit.*, p. 131 s. Afferma ad esempio l’A. che “Chi trasmette un virus causa la malattia che da quel virus *eventualmente* si sviluppi”.

¹⁶¹ ALPA, *La responsabilità*, cit., p. 321.

¹⁶² MONATERI, *op. ult. cit.*, p. 182, al termine di una approfondita disamina di tutte le teorie del nesso causale viste nella prospettiva giurisprudenziale.

¹⁶³ VIOLANTE, *Responsabilità oggettiva e causalità flessibile*, Napoli, 1999, p. 59.

suscettibili di assumere un preciso significato tecnico solo all'interno del singolo giudizio di responsabilità. Configurato il nesso causale come l'elemento "flessibile" della fattispecie di responsabilità, questa teoria giustifica gli orientamenti ondivaghi della giurisprudenza ritenendoli non solo possibili ma anche opportuni¹⁶⁴. Il giudizio di valore sulla sussistenza del nesso di causalità e della responsabilità di chi ha agito richiede però, secondo questa linea di pensiero, lo sforzo da parte dell'interprete di individuare all'interno del sistema gli standards valutativi suggeriti dal contesto sociale del momento in cui un determinato soggetto ha subito un danno, ai quali peraltro deve necessariamente guardare il giudice nel valutare la responsabilità¹⁶⁵. Questa tesi - pur presentando, al limite, il difetto di rendere il giudizio sul nesso di causalità molto simile a quello sulla diligenza, con il rischio di parziali sovrapposizioni tra il criterio di imputazione soggettiva e quella oggettiva - è particolarmente suggestiva dal momento che consente, di volta in volta, alla giurisprudenza di affermare la responsabilità senza cadere in schematismi concettuali eccessivamente rigidi che possono fare perdere di vista le esigenze di giustizia del caso concreto.

¹⁶⁴ VIOLANTE, *op. cit.*, p. 61, afferma che: "in definitiva il legislatore ha rinviato il problema della causalità all'interprete; l'aver concepito come parte elastica della norma il nesso di causalità è scelta saggia, perché in tal modo si assicura un'applicazione evolutiva della normativa sulla responsabilità civile e si realizza l'esigenza di adeguarla al momento ed al contesto storico in cui il fatto dannoso si verifica".

¹⁶⁵ In ciò sta il controllo della discrezionalità del giudice. Questo discorso è poi particolarmente complesso quando si sposta l'indagine dal piano della responsabilità soggettiva a quello della responsabilità oggettiva, in cui il criterio di imputazione dell'illecito prescinde dalla colpa. In questo caso si avverte con maggiore intensità l'esigenza di bilanciare due contrapposti interessi: da un lato quello di assicurare in ogni caso la reintegrazione alla vittima, dall'altro lato quello di evitare che ciò si traduca in forme di automatismo, posto che ciò non risponde ai principi generali in materia di responsabilità nel nostro ordinamento. Tale conflitto peraltro è avvertito non solo nelle ipotesi di responsabilità oggettiva o aggravata, ma in tutte le ipotesi in cui un evento dannoso non appaia chiaramente riconducibile ad un soggetto individuato, quanto piuttosto ad una organizzazione collettiva o ad una attività, quale, ad esempio, l'attività d'impresa.

7. I fatti interruttivi del nesso causale

La causalità giuridica presenta, alla luce di quanto si è fin qui detto, due principali profili problematici: da un lato si avverte l'inadeguatezza dei tentativi operati da dottrina e giurisprudenza di ascrivere la responsabilità al danneggiante secondo i parametri propri del giudizio di responsabilità criteri di imputazione soggettiva ed oggettiva dell'illecito; dall'altro lato si pone comunque l'esigenza di fermarsi nella ricerca dell'antecedente causale - individuando fatti interruttivi del nesso di causalità - anche per evitare soluzioni che vengano percepite come contrarie ai principi di giustizia del caso concreto.

Da ciò consegue che la giurisprudenza, anche se in modo non sempre consapevole, è spesso più preoccupata di allocare la responsabilità in modo conforme a criteri di razionalità e giustizia che di risalire all'origine dell'evento dannoso¹⁶⁶. Ciò chiarito si comprende meglio anche quanto osservato in tema di giudizio di responsabilità degli operatori professionali con riguardo alla tendenza dei giudici a "presumere" il nesso causale, a ritenerlo in re ipsa, a farlo coincidere con la valutazione della colpevolezza.

L'idea che la causalità possa essere "flessibile" rende perciò necessario, più ancora che accertare il nesso causale in positivo, stabilire quali sono i meccanismi che escludono o limitano la responsabilità; quei

¹⁶⁶Ciò spiega peraltro il successo che ha incontrato in questa materia il metodo dell'analisi economica del diritto, che configura la responsabilità civile come un mezzo per *allocare* i costi nella società, al fine della prevenzione degli incidenti. Affronta in questa prospettiva il problema dei fatti interruttivi della responsabilità, MONATERI, *op. ult. cit.*, p. 168 ss.

fatti interruttivi che determinano nel caso concreto il venir meno dell'imputabilità. Si può infatti ritenere, in linea con la dottrina richiamata, che solo qualora si provi che il soggetto non ha adottato le misure di sicurezza o le cautele comunque suggerite dagli standards valutativi del momento, non potrà dubitarsi della sussistenza del nesso causale tra l'azione e il danno¹⁶⁷.

Nell'ambito della responsabilità degli operatori professionali la ricerca sin qui condotta ha individuato nella procedimentalizzazione dell'attività e nel fenomeno delle deleghe i meccanismi idonei a garantire che vi sia adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile in relazione alla natura e dimensione dell'impresa. Questi stessi strumenti sembrano rappresentare, alla luce delle disposizioni vigenti, gli standards valutativi cui fare riferimento.

E' opinione generalmente condivisa quella per cui il giudizio di causalità deve compiersi alla luce dell'evento dannoso domandandosi se l'adozione del comportamento previsto dalla norma avrebbe evitato il danno.

Questa affermazione sembra trovare conferma nella definizione di nesso di causalità come relazione tra due eventi che identifica l'uno come conseguenza dell'altro prevedendo la risarcibilità di tutti i danni che sono conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento.

¹⁶⁷ Si richiama all'idea della causalità flessibile anche COZZI, *Tutela dei mercati finanziari e responsabilità delle società di revisione*, Napoli, 2000, p. 67 ss.¹⁶⁷ Cass. 19 novembre 2004 n. 21894 in Mass. Giur. it., 2004: "Ne consegue che il giudice, partendo dalla condotta del presunto responsabile connotata da colposa inadempienza dovrà svolgere una inferenza probabilistica che non può essere pretermessa che, senza affrettate approssimazioni e salti logici, pervenga alla conclusione positiva o negativa di sussistenza del legame causale tra la condotta e l'evento. L'accertamento del rapporto deve poi necessariamente passare attraverso l'enunciato controfattuale che pone al posto dell'omissione il comportamento alternativo dovuto onde verificare se la condotta doverosa avrebbe assicurato apprezzabili probabilità di evitare il danno lamentato".

Eliminato: ¶

In questo senso, il nesso di causalità svolge all'interno del giudizio di responsabilità duplice funzione: da un lato consente infatti di individuare il soggetto tenuto al risarcimento verificando in concreto quale condotta abbia determinato il danno; dall'altro delimita le conseguenze risarcibili selezionando tra le conseguenze pregiudizievoli solo quelle che sono conseguenza immediata e diretta della condotta dell'agente.

La stessa giurisprudenza ha poi precisato che nel primo caso, la regola operativa da applicarsi va individuata negli art. 40 e 41 c.p. pacificamente applicabili anche in materia civile; nel secondo caso, nell'art. 1223 cod. civ.¹⁶⁸.

Ciò ha consentito anche di individuare la funzione del nesso causale nella delimitazione del danno risarcibile.

In questo senso, la causalità costituisce il criterio oggettivo di risarcibilità la cui valutazione si pone necessariamente a posteriori: solamente con l'inadempimento infatti è possibile accertare quali effetti lo stesso abbia arrecato al patrimonio del creditore per selezionare quelli da reputarsi conseguenza immediata e diretta.

Si ritiene che tale accertamento deve svolgersi in concreto in base a criteri oggettivi individuati nella teoria della normalità causale o causalità adeguata, secondo cui il danno è conseguenza del fatto quando ne costituisce un effetto normale.

È evidente che tale criterio nell'ipotesi di condotta omissiva debba trovare parziale riformulazione, non potendosi rinvenire alcun effetto naturalistico dell'omissione che è assenza di comportamento; in questo senso si è affermato che la causalità omissiva è una causalità ipotetica frutto della volontà del Legislatore, che tende a risolversi nell'indagine

delle conseguenze che si sarebbero potute evitare qualora l'obbligato avesse adottato la condotta prevista; di quelle conseguenze egli è causalmente responsabile.

Sebbene queste conclusioni appaiano generalmente condivise accade che al momento dell'applicazione del criterio generale al caso pratico, il procedimento segua indirizzi diversi.

In un primo caso, infatti, in cui a seguito dell'errata valutazione delle appostazioni di bilancio, l'acquirente di una società chiedeva di essere risarcito del costo di acquisto e delle perdite complessive accertate nel bilancio successivo, il collegamento eziologico tra condotta e danno è stato escluso in quanto "la sanatoria delle perdite emerse dopo che i dati contabili e la situazione patrimoniale sono state riportate alle loro reali dimensioni non può considerarsi come effetto riconducibile direttamente al comportamento della società di revisione... non potendo addebitarsi alla società di revisione un esborso... che non era la conseguenza necessaria e per così dire obbligata dei fatti addebitati alla convenuta" alla quale potrebbe semmai addebitarsi di non aver consentito una più tempestiva rilevazione di almeno una parte della perdita, ma non di averla determinata¹⁶⁹. Secondo questa decisione infatti, la domanda avrebbe dovuto precisare "se ed in che limiti il rifiuto di certificazione del bilancio o quanto meno la segnalazione al collegio sindacale... avrebbero determinato un accertamento delle perdite tale da impedire che esse" raggiungessero la cifra finale.

In questo senso, la decisione sembra conformarsi a quanto sopra detto in tema di giudizio ipotetico, in quanto la mancata allegazione delle

conseguenze evitabili attraverso la condotta dovuta non consente di formulare il giudizio.

Questa regola, che come visto può in concreto tradursi in una limitazione se non esclusione del risarcimento, sembra invece diversamente utilizzata in altre pronunce che hanno accolto la domanda risarcitoria.

Nel caso della sollecitazione del pubblico risparmio compiuta da una società fiduciaria, ad esempio, si è ritenuto sussistere il nesso di causalità tra condotta e danno, in quanto, pur riconoscendo che indubbiamente la causa prima del danno è consistita nella violazione del dovere di comportamento degli operatori professionali, e lasciando aperta la possibilità di un profilo di concorso di colpa degli stessi danneggianti almeno nella consapevolezza che l'investimento era rischioso, si è affermato che "la funzione istituzionale della società di revisione consisteva proprio nell'informare i destinatari naturali del bilancio certificato sull'assenza di qualunque ipotesi di mala gestio. E' corretto dunque dal punto di vista logico ipotizzare che gli ignari fiducianti o gran parte di essi non avrebbero più investito e addirittura avrebbero disinvestito... se fossero stati informati... Si deve pertanto ritenere che la condotta di disinformazione addebitata alla società di revisione quale *conditio sine qua non* per gli eventi successivi è stata la causa del danno". Nel commento alla decisione, si cerca di operare una diversa costruzione del nesso sostenendo che l'illecito non consiste nell'omessa rilevazione dei dati contabili, che nel caso di specie erano stati effettivamente indicati nella relazione, ma nel rilascio stesso della certificazione in evidente contraddizione con gli accertamenti compiuti: l'illecito sarebbe

pertanto commissivo e non omissivo, consistendo le rilevate omissioni in meri presupposti.

La causa prima del danno consisterebbe quindi nella cattiva informazione rappresentata dalla certificazione mentre l'amministrazione non corretta diverrebbe causa remota¹⁷⁰.

Quest'ultima soluzione non sembra tuttavia modificare, almeno nella sostanza, il problema di fondo dato dalla necessità di individuare le conseguenze necessarie e dirette dell'errata certificazione, che rimane ancorata al giudizio ipotetico.

In questo caso, quindi, diversamente dal precedente, la mancata allegazione delle conseguenze che si sarebbero potute evitare attraverso la comunicazione dovuta viene superata attraverso una presunzione che trova la sua fonte nella "logicità" del comportamento degli investitori, con rilevanti conseguenze anche in tema di danno risarcibile.

Il problema trova ancora diversa soluzione in un'altra decisione avente ad oggetto una compravendita di società.

In questo caso, individuata la condotta illecita della società di revisione nella mancata colposa indicazione nel bilancio delle poste passive e nell'imprudente valutazione di un'attività solo eventuale ed ipotetica, con conseguente alterazione dei dati dello stato patrimoniale e preclusione della facoltà di recesso prevista nel contratto a tutela dell'acquirente, si è ritenuto sussistente il collegamento causale sulla base dei seguenti indizi: a la chiarezza della clausola contrattuale, nota anche ai revisori, che lega la facoltà di recesso dal contratto al risultato dell'attività di gestione e solo ad esso;

b alla dettagliata pattuizione della clausola in oggetto che, in via interpretativa, manifesta il concreto interesse della parte a potersi liberare dal vincolo segnando un punto di discriminazione oltre il quale l'appetibilità dell'affare era per gli acquirenti messa in discussione.

In relazione a queste circostanze, ritiene la Corte che secondo l'id quod plerumque accidit un operatore economico accorto avrebbe evitato di concludere un affare che si prospettasse rischioso quale l'acquisto di una società il cui patrimonio netto fosse risultato meno della metà di quello che i venditori avevano dichiarato: e ciò sotto il duplice profilo della consistenza economica dell'operazione e della rilevazione della inaffidabilità dei contraenti.

In questo senso, l'accertamento del nesso causale è stato fondato sull'allegazione di indizi gravi, precisi e concordanti, che hanno consentito di presumere un effettivo diverso comportamento del danneggiato quale conseguenza non ipotizzabile, ma probabile della corretta informazione.

Questa linea di tendenza sembra ricorrere anche in un'altra decisione sempre in tema di sollecitazione del pubblico risparmio, in riferimento all'attività dell'autorità di vigilanza in cui si è affermato che il corretto uso dei poteri ad essa attribuiti dalla legge l'avrebbe indotta a far pubblicare sul prospetto solo notizie veridiche ovvero nel caso di non ottemperanza alle proprie iniziative a non autorizzarne affatto la pubblicazione con effetti sulla sorte delle iniziative di sottoscrizione che il giudice di merito deve indagare facendo applicazione dei principi in tema di concorso di cause, formulando prognosi sulla sorte delle

iniziative di sottoscrizione in presenza dei possibili esiti del corretto e tempestivo esercizio della vigilanza.

In questo caso, la Corte di Cassazione ha avuto modo di affermare che l'accertamento del nesso di causalità tra omissione e danno, va condotto "secondo i criteri della causalità naturale o di fatto, in base al principio della condicio sine qua non, o della equivalenza causale, con il correttivo della causalità adeguata"¹⁷¹.

Il giudizio prognostico affidato al giudice del rinvio, è stato condotto individuando le circostanze che sarebbero emerse nel prospetto per effetto del corretto esercizio dei poteri di vigilanza e valutando il comportamento ragionevole degli investitori, tenuto anche conto delle loro caratteristiche soggettive come desumibili dal tipo di investimento in esame¹⁷². Da questa analisi è emerso che l'autorità avrebbe potuto adottare due comportamenti diversi "quanto meno la pubblicizzazione della reale situazione della società proponente o il divieto dell'operazione finanziaria", presumendo tuttavia la stessa conseguenza e cioè che nessuno avrebbe aderito.

Alla presunzione del nesso di causalità sembra invece ricorrersi nuovamente in tema di concessione abusiva del credito, in cui il danno evento viene individuato nella ritardata pronuncia di fallimento che ha consentito il protrarsi dell'attività negoziale da parte della fallenda società per il tempo che va dalla data in cui si sarebbe dovuta pronunciare la sentenza di fallimento e quella in cui questo è stato effettivamente dichiarato.

A questa presunzione sembra essersi accompagnarsi anche un'inversione dell'onere della prova ormai consolidato stante l'affermazione che: "in

campo extracontrattuale la tecnica giurisprudenziale ormai collaudata è quella sintetizzabile nel brocardo “res ipsa loquitur”: stando al quale per chi promuove l’azione di danni “è sufficiente la prova dell’inesattezza delle notizie; e il convenuto “è tenuto a pertanto al risarcimento dei danni ex art. 2043 cod. civ., sussistendo nesso di causalità e danno”.

Come rilevato questa soluzione trova fondamento in una “fondamentale sentenza” della corte di Cassazione in materia di prodotti difettosi, per cui “ben può il giudice di merito, nell’esercizio dei suoi poteri discrezionali ricollegare l’evento dannoso attraverso un procedimento logico presuntivo a una condotta colposa del convenuto lasciando a quest’ultimo l’onere di liberarsi dalla responsabilità provando la sua mancanza di colpa”¹⁷³.

La complessità del quadro ora evidenziato è conosciuta dalla dottrina la quale rileva che l’accertamento del nesso di causalità che dal punto di vista teorico non sembra presentare particolari difficoltà, da punto di vista pratico invece richiede necessariamente una valutazione caso per caso da parte del giudice con riferimento alla fattispecie concreta. Così ad esempio, si è detto, nella concessione abusiva del credito, in cui in astratto l’accertamento del nesso richiede un rapporto causa-effetto tra comportamento della banca e mantenimento in vita artificioso dell’impresa in stato di insolvenza e quindi danno per gli altri creditori, in concreto può presentarsi in forme diverse potendo il ritardo nell’apertura della procedura concorsuale ugualmente essere il risultato di una pluralità di fattori tra i quali l’intervento della banca potrebbe anche giocare un ruolo assolutamente secondario e marginale¹⁷⁴.

In questa prospettiva, all'interno del problema della causalità, costituiscono oggetto di ulteriore analisi i temi connessi ai fattori interruttivi della sequenza condotta-danno, quali il concorso di cause da sole sufficienti a determinare l'evento il cd. "fatto del terzo" o "la causa di forza maggiore" rispettivamente individuati nella condotta di altri soggetti che di fatto hanno posto in essere comportamenti causalmente efficienti ed in provvedimenti amministrativi o comunque di pubbliche autorità tali da non poter essere evitati con l'utilizzo della normale diligenza da parte degli operatori.

Il problema che ad esempio si pone in tema di revisione con riferimento alla condotta della società oggetto dell'attività, ha suggerito di cercare una soluzione nell'art. 2407 cod. civ. nel quale la responsabilità concorrente dei sindaci e degli amministratori si giustifica in quanto i primi hanno un obbligo di vigilanza sull'operato dei secondi.

Questa soluzione tuttavia è stato rilevato trova giustificazione nel dovere di controllo gravante sui sindaci allo scopo di impedire atti dannosi degli amministratori; in questo senso infatti i sindaci rispondono solo del danno che avrebbero potuto impedire svolgendo la propria attività di vigilanza, e quindi in sostanza per un proprio inadempimento.

In questa prospettiva si è giunti alla conclusione che tale regola non possa operare con riferimento alla società di revisione la quale non è tenuta ad impedire il compimento di atti degli amministratori in danno alla società revisionaria¹⁷⁵.

Questa soluzione sembrerebbe trovare inoltre conferma sul piano normativo stante il richiamo nell'art. 164 TUIF in tema di doveri della società di revisione, dell'art. 2407 cod. civ. che richiama il solo I comma

dell'art. 2407 cod. civ., escludendo la solidarietà prevista dal II comma dello stesso articolo.

Ciò si giustifica sul piano normativo con la scelta del legislatore di prevedere per amministratori e società di revisione autonome e distinte obbligazioni nei confronti della società revisionata in relazione al danno da ciascuno di essi arrecato; anche sotto questo profilo si è esclusa l'applicabilità dell'art. 1227 cod. civ., rispondendo eventualmente gli amministratori a titolo diverso per propri e distinti inadempimenti¹⁷⁶.

In realtà, la giurisprudenza, come visto, ha esonerato da responsabilità la società di revisione:

- che abbia erroneamente certificato il bilancio nel caso in cui ciò si derivato da una condotta dolosa degli amministratori della società oggetto della revisione non superabile anche con lo sforzo diligente dell'obbligata¹⁷⁷;

- dei danni prodottisi con il concorso di atti di gestione dei nuovi amministratori discrezionali e del tutto ignoti nella sede del giudizio e di circostanze contingenti ed estranee alle azienda derivanti dalla situazione di mercato imprevedibilmente venutasi a creare¹⁷⁸;

riproponendo così il problema della corrispondenza della limitazione di operatività dell'art. 1227 cod. civ., alla fattispecie in esame.

Capitolo III

La disciplina della prova

1. L'esperienza della giurisprudenza: il ricorso alle presunzioni relative; 2. Presunzioni giurisprudenziali e legali; 3. Il fondamento delle presunzioni giurisprudenziali: la tutela del destinatario dell'informazione inesatta; 4. La presunzione della colpa; 5. La presunzione del nesso di causalità; 6. La prova liberatoria; 7. La prospettiva critica: la teoria della semplificazione analitica della prova; 8. L'uso delle presunzioni semplici in funzione di semplificazione della prova: l'affidamento legittimo; 9. Il comportamento diligente del debitore e l'efficienza causale dell'informazione inesatta; 10. Conclusioni.

1. L'esperienza della giurisprudenza: il ricorso alle presunzioni relative

L'esperienza del concreto evidenzia che il procedimento operativo attraverso cui la giurisprudenza accerta la responsabilità dell'*advisor* è il seguente:

- a) la perdita patrimoniale conseguente ad una omessa informazione costituisce danno ingiusto nella misura in cui il rispetto delle regole di prudenza ed avvedutezza che caratterizzano concretamente l'attività esercitata dal danneggiante, indipendentemente da ogni doverosità, avrebbe potuto impedirla;
 - b) in forza della clausola generale di equivalenza posta dall'art. 40 c.p., il giudizio volto ad accertare se l'evento sia ricollegabile all'omissione, nel senso che non si sarebbe verificato se l'agente avesse tenuto la condotta
-

doverosa impostagli secondo le regole di avvedutezza e diligenza che devono guidare il professionista medio, deve basarsi su regole probabilistiche di logica, tali da consentire una generalizzazione sul nesso di condizionamento omissione/evento nel senso che se l'azione dovuta fosse intervenuta, l'evento si sarebbe evitato, sicché essendosi verificato esso può essere oggettivamente imputato alla condotta omissiva¹⁷⁹;

c) la violazione della regola di diligenza in concreto può essere presunta dall'esistenza di indizi oggettivi di conoscibilità senza tener conto delle manifestazioni soggettive di ignoranza o buona fede in contrasto con la ragionevole valutazione delle circostanze¹⁸⁰: il fatto noto del segno esteriore conoscibile, consente infatti di presumere la conoscenza o la violazione del dovere di conoscere¹⁸¹.

La conclusione di questo ragionamento è che essendosi verificato il danno è ragionevole presumere la violazione del dovere di prudenza e avvedutezza che caratterizza l'attività dell'*advisor* ed il nesso di causalità, con inversione dell'onere della prova a carico del convenuto, il quale deve dimostrare:

a) di non aver potuto conoscere la situazione reale, e pertanto di aver diffuso un'informazione errata;

b) la mancanza del nesso di causalità.

Prova che, in relazione alla natura professionale dell'operatore qualificato, viene giudicata "*ben possibile*" anche vertendo su una circostanze negative di cui al contrario si ammette pacificamente la

¹⁸⁰ Cass. 7 febbraio 2001, n. 1719 in Giust. Civ., 2002, I, p. 1663, con nota di MELONCELLI, *La natura "semantica" dell'insolvenza*.

¹⁸¹ Cfr. Cass. 27 aprile 1998, n. 4277 in *Fallimento*, 1999, p. 297.

difficoltà di dimostrazione, in questa fattispecie aggravata dalla dichiarazione di irrilevanza degli indizi di buona fede.

In questo sistema l'illecito, abbandona la specifica violazione di un obbligo normativo o negoziale, e, per ragioni sostanziali legate più all'idea di una redistribuzione delle perdite che all'accertamento della violazione del dovere di comportamento, sfuma verso formule di contenuto generico dilatandosi sino all'affermazione di un indeterminato dovere di protezione, efficacemente sintetizzate nella già ricordata affermazione giurisprudenziale per cui *“l'advisor a tutela del sistema cui partecipa e dei soggetti in esso inseriti deve porre in essere comportamenti in parte tipizzati, in parte enucleabili caso per caso, la cui omissione ne determina la responsabilità per i danni eventualmente patiti da terzi”*¹⁸²; la violazione finisce con essere *in re ipsa* nella prova della perdita patrimoniale.

¹⁸² Cfr. Cass. 13 gennaio 1993, n. 343, in *Banca, Borsa e tit. cred.*, 1994, II, pag. 258 in occasione dell'azione di responsabilità esperita da alcune banche contro *altri istituti di credito* che, nell'ambito di un rapporto contrattuale qualificato dalla Corte come “mandato all'incasso”, lamentavano di aver subito una ingente perdita a causa del comportamento fraudolento di alcuni funzionari infedeli i quali, per un periodo di circa nove mesi, avevano occultato l'emissione allo scoperto di assegni in sequenza e in pari data ad opera dello stesso traente, per importi cospicui e in cifre tonde, non riferibili ad operazioni commerciali di acquisizioni di beni o servizi, e non girati da terzi, consentendo con ciò la realizzazione di operazioni allo scoperto compiute emettendo assegni sul conto di una banca e incassando sul conto di una altra assegni non coperti; in senso analogo Cass. 8 gennaio 1997, n. 72, in *Banca, Borsa, tit. cred.*, 1997, II, pag. 158 in relazione a .

Lo stesso principio trova affermazione anche in Cass. 14 ottobre 1992 n. 11207 in *Gius. Civ.*, 1993, I, 1871, in riferimento al caso di un furto di moduli di assegni circolari spediti a mezzo del servizio postale, in cui si è affermato che la banca avendo avuto notizia del furto per sottrarsi a responsabilità risarcitorie verso il prestatore, non può esimersi dall'obbligo di dare al fatto adeguata pubblicità diretta alla generalità dei possibili prestatori degli assegni falsificati onde prevenire al massimo il pericolo di inganno per la pubblica fede e tutelare conseguentemente i diritti dei terzi.

Al di fuori del sistema bancario, in Cass. 27 ottobre 2003, n.16090 in *I Contratti*, IV, 2004 p. 374 con nota di CILIA in cui si afferma che nell'ambito di un contratto di viaggio turistico, avente ad oggetto una “settimana bianca” per minorenni, indipendentemente da un espressa obbligazione contrattuale in tal senso *“per la natura stessa delle cose l'affidamento di fatto dei ragazzi agli accompagnatori o al singolo accompagnatore, a lume di logica, non poteva scindersi da un inevitabile funzione di controllo e vigilanza sulle loro attività che era perciò «in re ipsa»”*.

Accanto a quest'affermazione, si diffonde l'utilizzazione del principio *res ipsa loquitur* il quale consentirebbe di risalire dalla dimostrazione del danno all'affermazione di responsabilità sussistendo il nesso di causalità e la colpa¹⁸³.

In questo senso, si pone l'affermazione giurisprudenziale per cui anche la responsabilità della banca nell'esercizio del credito sembra spostarsi nell'area dell'art. 2050 cod. civ., dominata dal concetto di "rischio di impresa" ai confini della responsabilità oggettiva¹⁸⁴.

Sembra pertanto sussistere una tendenza generale della giurisprudenza a collocare all'interno di questa forma di responsabilità le attività professionali: in questo senso, recente dottrina ha rilevato che "*gli intermediari [finanziari] nei giudizi di opposizione alle sanzioni, lamentano principalmente il fatto che le autorità di vigilanza, addebitino quasi automaticamente agli amministratori tutte le manchevolezze, vere o presunte, rilevate nell'organizzazione o nelle attività aziendali, facendo*

Il principio era peraltro già contenuto nella nota sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione n. 500 del 1999 ove si affermava che la selezione tra gli interessi risarcibili ed irrisarcibili, "non è però rimessa alla discrezionalità del giudice, ma va condotta alla stregua del diritto positivo, al fine di accertare se, e con quale consistenza ed intensità, l'ordinamento assicura tutela all'interesse del danneggiato, con disposizioni specifiche (così risolvendo in radice il conflitto, come avviene nel caso di interesse protetto nella norma del diritto soggettivo, soprattutto quando si tratta di diritti costituzionalmente garantiti o di diritti della personalità), ovvero comunque lo prenda in considerazione sotto altri profili (diversi dalla tutela risarcitoria) manifestanti un'esigenza di protezione", MORELLI, *Le fortune di un obiter*, cit., p. 2278.

¹⁸³ Cfr. Cass. 22 gennaio 1999, n. 598 in *Giur. it.*, 2000 p. 740 con nota di PIZZETTI, *La responsabilità del medico dipendente come responsabilità contrattuale da contatto sociale*, in tema cui si afferma che di responsabilità del medico se l'intervento è di facile o "routinaria" esecuzione, in virtù del principio *res ipsa loquitur*, graverà interamente sul professionista l'obbligo di dimostrare che l'insuccesso non è dipeso da un difetto di diligenza; nello stesso senso, 19 maggio 1999, n. 4852, in *Danno e Resp.*, 2000, p. 157 con nota di GRONDONA.

¹⁸⁴ Cfr. Trib. Monza, 14 febbraio 2002 *cit.*, p. 342; nello stesso senso, ma con riferimento a danni alle persone avvenuti nel corso di rapine in assenza di predisposizione di misure di sicurezza ed allarme adeguati cfr. Trib. Roma, 8 gennaio 2001, *Sirani c/ Banca di Roma*, in *Arch. Civ.*, 2001 p. 1377; Trib. Vibo Valentia, 9 luglio 2001, *Maccarone c/ Soc. CA.RI.CAL.* Cass. resp. Calabria e altri, in *Giur. it.*, 2001, p. 232. Con riferimento agli stessi fatti, la configurabilità di una responsabilità ex art. 2050 cod. civ. dell'attività bancaria era stata esclusa da Cass. 11 marzo 1991, n. 2555, in *Foro it.*, 1991, I, 2802 con nota di LENOCI.

*così sostanzialmente discendere la loro responsabilità dalla carica ricoperta*¹⁸⁵.

La responsabilità solidale degli amministratori prevista dall'art. 2392 cod. civ., viene così trattata alla stregua di una responsabilità per "fatto altrui" o "senza colpa", quasi che fosse un effetto naturale dello *status* di amministratore¹⁸⁶.

In questo senso, è stato detto, con formula che appare pienamente compatibile con la posizione dell'*advisor*, che il ragionamento dei giudici sembra ruotare intorno al problema della "responsabilità da posizione" o "da funzione"¹⁸⁷.

Si crea così nella concreta prassi giudiziaria una sorta di "corto circuito" nel sistema della responsabilità da illecito per cui provata la perdita patrimoniale si presumono, la violazione di un dovere astratto di tutela da parte dell'*advisor*, il nesso di causalità ed il danno.

A fondamento di queste soluzioni sembrano sussistere ragioni di carattere sostanziale che tendono a favorire la ripartizione delle perdite estendendo l'area della responsabilità.

Emerge così un sistema in cui l'unico dato costante sembra l'esigenza di trovare di volta in volta una soluzione sostanziale appagante, orientando in ragione di ciò la qualificazione della fattispecie a volte a costo di evidenti forzature del dato normativo.

¹⁸⁵ M. RABITTI, *Rischio organizzativo cit.*, p. 72

¹⁸⁶ M. RABITTI, *Rischio organizzativo e responsabilità degli amministratori*, Milano, 2004 p. 25.

¹⁸⁷ M. RABITTI, *Rischio organizzativo e responsabilità degli amministratori*, Milano, 2004 p. 71.

Il pericolo consiste nella incoerenza della decisioni che finiscono molto spesso per dipendere dalle modalità del fatto¹⁸⁸, non nel senso della verifica dei presupposti della fattispecie applicabile, ma nel senso della selezione della tecnica di tutela che meglio consente di realizzare l'esigenza sostanziale distribuendo in modo diverso i rispettivi carichi probatori al fine di favorire l'uno o l'altro interesse in conflitto¹⁸⁹.

Questo procedimento tuttavia sembra cedere ad una semplificazione del giudizio di accertamento della responsabilità che forse non è necessaria potendosi raggiungere il medesimo risultato attraverso una corretta utilizzazione degli strumenti operativi¹⁹⁰.

¹⁸⁸ Come rileva FRANZONI, *L'illecito cit.*, p. 361.

¹⁸⁹ Così "in caso di danni alla persona causati da una caduta da cavallo occorsa durante una lezione di equitazione, al fine di individuare il criterio di imputazione della responsabilità del gestore del maneggio, occorre operare un distinguo: se la caduta è avvenuta nel corso di una lezione per principianti, in cui i cavalli seguivano un percorso prestabilito e sotto la guida di un istruttore, deve escludersi che tale attività possa essere considerata pericolosa, con la conseguenza che il gestore del maneggio può essere chiamato a rispondere del danno solo ai sensi dell'art. 2052 c.c., ove ne ricorrano i presupposti; se, invece, la caduta da cavallo è avvenuta nel corso di una cavalcata, effettuata da un cavaliere inesperto con cavallo concessogli in uso dal maneggio, il gestore di quest'ultimo può essere chiamato a rispondere dei danni ai sensi dell'art. 2050 c.c." Cfr. Cass. 4 dicembre 1998, n. 12307 in *Resp. Civ. e Prev.*, 1999, p. 702, nota di CITARELLA pubblicata anche in *Danno e Resp.*, 1999, p. 653, nota di FILOGRANA; Così ancora, si afferma "la navigazione aerea non è considerata dal legislatore come un'attività pericolosa, nè può ritenersi che essa (per la sua natura, le caratteristiche dei mezzi adoperati o la sua spiccata potenzialità offensiva) possa definirsi oggettivamente pericolosa, tenuto conto che attiene ad un mezzo di trasporto ampiamente diffuso e considerato, rispetto agli altri, con un basso indice di rischio, in astratto ed in generale. Tuttavia, in concreto tale pericolosità sussiste tutte le volte in cui tale attività non rientri nella normalità delle condizioni previste, in osservanza dei piani di volo, di condizioni di sicurezza, di ordinarie condizioni atmosferiche, con conseguente applicabilità della disposizione dell'art. 2050 c.c. tutte le volte in cui la navigazione aerea risulti esercitata in condizioni di anormalità o di pericolo". In questo caso, La Suprema Corte ha così confermato la sentenza che aveva condannato il Ministero della difesa a risarcire il proprietario di autovettura danneggiata da un cartello segnaletico stradale, finitole contro per lo spostamento d'aria determinato da un elicottero dei Carabinieri alzatosi in volo in un'area che non era stata transennata, Cass. 19 luglio 2002, n.10551, in *Arch. Civ.*, 2003, p. 570.

¹⁹⁰ Così ad esempio, in alcuni casi, sono stati ricondotti nell'ambito dell'art. 2047 cod. civ., il convivente e l'affidatario di fatto in virtù della posizione di fatto di sorvegliante del minore.

Così ancora, in tema di tutela del minore. Le Sezioni Unite della Cassazione Cfr. Cass. SS. UU. 27 giugno 2002 n.9346 in *Diritto e Giustizia*, 2002, f.33 con nota di ROSSETTI hanno precisato che la condotta autolesiva in virtù del contatto sociale tra precettore e minore con cui il precettore assume uno specifico obbligo di protezione o vigilanza consente l'applicazione dell'art. 1218 cod. civ., con inversione dell'onere della prova

2. Presunzioni giurisprudenziali e presunzioni legali

sulla colpa; mentre in altra occasione la Corte di Cassazione ha individuato nell'“*inevitabile funzione di controllo e vigilanza*” Cfr. Cass. 16090 del 2003, in tema di contratto di viaggio turistico in cui è stata affermata la responsabilità extracontrattuale dell'accompagnatore di una settimana bianca che accompagna il minore, la responsabilità ex art. 2043 cod. civ. del soggetto cui sia stato affidato *di fatto* non potendo in ogni caso venir meno “*la tutela giuridica a favore dei minori insita nel sistema*” ribadendo tuttavia che l'esonerazione da responsabilità è ammessa solo se la condotta del minore sia stata tale da *sovrastare invincibilmente* la sua attenzione. Ragionamenti sostanzialmente corrispondenti hanno caratterizzato la più recente evoluzione giurisprudenziale in tema di responsabilità per attività pericolose.

Orientamento consolidato della giurisprudenza qualifica attività pericolose quelle che “*per loro stessa natura od anche per i mezzi impiegati rendono probabile e non semplicemente possibile il verificarsi di un evento dannoso, [escludendo quelle] normalmente innocue che possono diventare pericolose per la condotta di chi le esercita e che comportano responsabilità secondo la regola generale ex art. 2043 c.c.*”. Ex multis, cfr. Cass. 2 dicembre 1997, n.12193 in *Mass. Giur. It.*, 1997; Cass. 28 febbraio 2000, n. 2220 in *Riv. giur. Polizia*, 2001, p. 743; Cass. 23 marzo 2001, n. 4207, in *Dir. formazione*, 2001, p. 1007, con nota di COPPOLA; Cass. 26 aprile 2004, n. 7916, in *Mass. Giur. it.*, 2004;

In applicazione di questo principio tuttavia, si è affermato che rientrano nell'ambito dell'art. 2050 cod. civ. tra le altre l'attività di produzione e distribuzione di gas in bombole Cfr. Cass. 2 aprile 2001, n.4792 in *Mass. Giur. It.*, 2001, organizzazione di eventi sportivi Cfr. App. Milano, 18/05/2001, Soc. Milan A.C. c/ Berutti in *Riv. giur. Polizia*, 2002, p. 373; pubblicata anche in *Foro Padano*, 2002, I, 205, nota di CURTI., di una gara di sci Cfr. Cass. 28 febbraio 2000, n. 2220 in *Danno e Resp.*, 2000, nota di DI CIOMMO., esecuzione di lavori stradali Cfr. Cass. 24 novembre 2003, n. 17851 in *Danno e resp.*, 2004, p.1223 con nota di GIORDO; Cass. 13 maggio 2003, n. 7298 in *Giur. it.*, 2004, p. 974, con nota di GIRIMONTE, *Esiste uno standard di diligenza nell'esercizio delle attività pericolose?*, ma anche l'attività di pastificazione Cfr. Cass. 5 giugno 2002, n. 8148, in *Arch. Civ.*, 2003, p. 455., di giostra Cfr. App. Cagliari, 26 febbraio 2000, F.R. c/ M.A. e altri in *Riv. Giur. Sarda*, 2001, 1, e altri di CICERO ed in un caso l'attività bancaria Trib. Vibo Valentia, 9 luglio 2001, Maccarone c/ Soc. CA.RI.CAL. Cassa risp. Calabria e altri in *Giur. It.*, 2001, p. 2321; contra Cass. 11 marzo 1991, n. 2555 in *Foro it.*, 1991, I, 2802 con nota di LENOCI; mentre è stata esclusa per la navigazione aerea Cfr. Cass. 19 luglio 2002, n.10551, in *Arch. Civ.*, 2003, p. 570. In relazione alla gestione di piste da sci l'orientamento è particolarmente altalenante Ex multis affermata in Cass. 26 aprile 2004, n. 7916, in *Mass. Giur. it.*, 2004 e negata in cass. 23 febbraio 19998, n. 1936 in *Riv. Dir. sport.*, 1998, p.143 con nota di LAGHEZZA, *La Cassazione al passo: la responsabilità del gestore dell'impianto di sciovia.* Allo stesso modo, la norma è stata indifferentemente applicata in occasione di danni provocati dall'uso di seguenti beni: materiali infiammabili, gas in bombole, proiettili di arma da fuoco Cfr. Cass. 30 agosto 2004, n. 17369 in *Mass. Giur. it.*, 2004., il palo dell'alta tensione posto dall'Enel Cfr. Cass. 4 maggio 2004, n. 8457 in *Foro. It.*, 2004, I, p. 2378, ma anche di un minivogatore, Cfr. Cass. 30 agosto 2004, n. 17369 in *Mass. Giur. it.*, 2004.

Le oscillazioni della giurisprudenza trovano giustificazione nell'affermazione per cui la pericolosità deve essere valutata in concreto, con la conseguenza che la “*pericolosità sussiste tutte le volte in cui [un'] attività non rientri nella normalità delle condizioni previste*” Cfr. Cass. 19 luglio 2002, n.10551, in *Arch. Civ.*, 2003, p. 570, tale da rendere probabile un danno normalmente solo possibile. Il giudizio di pericolosità è pertanto per sua natura relativo determinato da fattori ambientali, particolari condizioni fisiche o climatiche, dall'oggetto o dalle circostanze in cui è esercitata.

Lo strumento tecnico attraverso cui viene perseguito tale obiettivo sostanziale consiste nella creazione di presunzioni giurisprudenziali in assenza dei presupposti di cui all'art. 2729 cod. civ., secondo il modello delle presunzioni legali.

In questo modo, attraverso una modificazione dell'onere probatorio in violazione della regola generale di cui all'art. 2697 cod. civ., in sostanziale sostituzione del potere legislativo, si tende a preferire una determinata regolazione del rapporto concreto¹⁹¹ che appare maggiormente corrispondente al senso di giustizia avvertito da giudice in relazione alla "ragionevolezza" dell'ipotesi affermata¹⁹² o alla normalità del rapporto evento-conseguenza¹⁹³.

Così ad esempio in tema di illecito del minore, la prova gravante sul genitore di non aver potuto impedire il danno è data attraverso la dimostrazione di aver impartito una buona educazione ai figli oltrechè di una sorveglianza adeguata alle circostanze; in tema di responsabilità del produttore, all'onere del danneggiato di provare danno, difetto e nesso di causalità, si è sostituita la possibilità di ricollegare il cattivo funzionamento del bene, attraverso un procedimento logico presuntivo, alla difettosa fabbricazione del prodotto stesso quale unica causa possibile.

¹⁹¹ Cfr PATTI, *op. cit.*, p. 109

¹⁹² Cfr. VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, Napoli, 1974 p. 142.

¹⁹³ Cfr. Cass. 30 luglio 2004, n. 14624 in *Mass. Giur. it.*, 2004. Così, ad esempio, con specifico riferimento al tema in esame, la giurisprudenza afferma che in relazione all'interesse della banche a ritardare il fallimento dell'impresa finanziata al fine di consolidare garanzie o sottrarsi alle revocatorie, in quanto vi sia prova di un finanziamento all'impresa nel tempo antecedente all'accertamento della decozione, si può ragionevolmente presumere l'illiceità di tale operazione con la conseguenza di dover essere la convenuta a dover provare la mancanza di tale intenzione su concessione abusiva del credito; prova "diabolica" considerando l'irrelevanza di tutte le allegazioni o prove indiziarie volte a dimostrare la buona fede della banca.

Simili presunzioni sono poi state utilizzate anche in tema di prova del nesso di causalità che, secondo alcuni, apparterebbe all'ambito della libera valutazione delle prove e del convincimento del giudice. In senso contrario, si è tuttavia opposto che, come nel caso della colpa, l'accertamento del collegamento tra evento e danno contiene sia elementi di tipo probatorio, collegati al tema dell'onere, che di valutazione¹⁹⁴, altrimenti affidandosi prevalentemente all'intuizione del giudice.

Questo modello, pur giustificato da una parte della dottrina, viene comunemente riconosciuto come violazione delle regole in materia di prova.

Come noto, infatti, il termine presunzione definisce due fenomeni che, pur presentando una stretta affinità¹⁹⁵, costituiscono in realtà strumenti sostanzialmente diversi: le presunzioni legali infatti sono regole sulla ripartizione della prova; quelle presunzioni giudiziali, rappresentano uno dei mezzi di prova a disposizione delle parti del giudizio secondo la disciplina di cui agli artt. 2727 e ss. cod. civ..

Le prime sono espressione della discrezionalità del legislatore e consentono di ritenere provato un fatto ignoto a prescindere dalla dimostrazione di un fatto noto¹⁹⁶, descrivendo il modo in cui deve essere ripartito l'onere della prova.

In questo senso, possono in concreto assumere la forma di "verità interinali", come nel caso della presunzione di buona fede di cui all'art. 1147, III comma cod. civ., in cui manca un qualsiasi fatto base, descrivendo non solo la regola di ripetizione ma anche come il giudice

¹⁹⁴ Cfr. PATTI, *op cit.*, p. 127

¹⁹⁵ PATTI, *Prove. Disposizioni generali*, in *Commentario del codice civile* (a cura di) SCIALOJA e BRANCA, p. 101

¹⁹⁶ Cass, 27 settembre 2003, n. 14403 in *Gius*, 2004, 6, p. 838

deve risolvere la controversia nel caso in cui la parte onerata non abbia raggiunto la prova, in modo analogo all'art. 2697 cod. civ., o di presunzione relativa in senso stretto.

In questo caso, la parte a favore della quale opera la presunzione deve comunque dimostrare un accadimento che però non riguarda il tema oggetto della prova, ma fatti diversi in base ai quali la legge ritiene dimostrato il primo: ad esempio, nel caso dell'art. 1237, II comma, cod. civ., in cui la dimostrazione dell'estinzione dell'obbligazione è presunta in base alla restituzione del titolo¹⁹⁷.

La *ratio* di questo tipo di presunzioni è quella di favorire attraverso - la ripartizione dell'onere - una certa regolamentazione della fattispecie considerando sussistenti in modo provvisorio elementi di fatto a cui sono collegati effetti giuridici: al fine di tutela determinati interessi, la legge privilegia una "verità" ammettendo la possibilità che gli interessati dimostrino la mancanza di coincidenza tra la verità favorita dalla legge e quella reale¹⁹⁸.

In questa prospettiva, alcune volte la legge intende facilitare l'accertamento dei fatti assegnando l'onere della prova al soggetto che si trova nella migliore posizione per farlo, ad esempio grazie ad una migliore conoscenza dei fatti, in altre ipotesi, per esigenze diverse, ad esempio attinenti alla regolamentazione sostanziale del rapporto, prevalgono rispetto all'aspirazione di un accertamento dei fatti il più possibile vicino alla verità, come nel caso delle presunzioni assolute.

¹⁹⁷ Cfr. SIRENA, *Commento all'art. 1469-bis, 3° comma*, in *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori, commentario agli artt. 1469 bis - 1469 sexies del codice civile* (a cura di ALPA e PATTI, Milano, 1997, p. 123 e ss

¹⁹⁸ Cfr. PATTI, *op cit.*, p. 104

In concreto, casi in cui la legge ha utilizzato una regola sull'onere probatorio diversa da quella dell'art. 2697 cod. civ., sono stati giustificati:

- dall'esigenza di coordinare il sistema delle prove con gli esiti della soccombenza giudiziale, tale che in caso di più pretese concorrenti su uno stesso diritto il rigetto della domanda di uno comportasse automaticamente l'attribuzione del diritto all'altro;
- da una preponderanza di probabilità che spinge a considerare esistente ciò che è usuale, mentre si fa carico a chi nega di provare il non usuale;
- dalla migliore conoscenza dei fatti di una delle parti o al migliore – o esclusivo – accesso ai mezzi di prova¹⁹⁹.

Come è evidente, le ragioni sopra indicate trovano fondamento in esigenze di ragionevolezza e di giustizia sostanziale più che nella coerenza del sistema²⁰⁰.

Le seconde, costituiscono un mezzo di prova concesso alle parti per incidere sul convincimento del giudice, in assenza di una prova diretta.

Quando non è possibile dimostrare un fatto costitutivo della fattispecie normativa, la legge consente alle parti di provare l'avvenimento di un fatto diverso attraverso il quale il giudice può logicamente derivare

¹⁹⁹ Cfr. Cass. 7 febbraio 1996, n. 973, in *Contratti*, 1996, p. 552 con nota di GIUGGIOLI, secondo cui *“il criterio di riferibilità della prova, a seconda in concreto della possibilità per l'uno o per l'altro soggetto di provare fatti e circostanze che ricadono nelle rispettive sfere di azione (criterio al quale del resto si ispira l'art. 2697 nel distinguere tra fatti costitutivi, modificativi ed estintivi), cosicché è conforme a norma che la prova dell'adempimento, fatto estintivo del diritto per cui la tutela è richiesta dal creditore, (sia che agisca in via diretta che per il risarcimento), spetti al debitore convenuto in giudizio, che dovrà dare in sostanza la prova diretta e positiva di un fatto riferibile alla sua sfera di azione”*. In dottrina vedi ROPPO, *Istituzioni di diritto privato*, Bologna, 1996, 393, secondo il quale *“dato che l'inadempimento si produce prevalentemente nella sfera del debitore, è costui, molto più che il creditore, a possedere gli elementi che decidono se l'inadempimento gli è imputabile, o no”*.

²⁰⁰ Cfr. PATTI, *op cit.*, p. 106 e ss.

l'esistenza del primo: in questa prospettiva tali fatti diversi – indizi – devono essere gravi, precisi e concordanti (art. 2727 cod. civ.).

In questo caso non si realizza un'inversione dell'onere della prova, ma semplicemente la parte può dare la prova in modo indiretto, attraverso la prova di indizi come sopra caratterizzati e l'allegazione della loro inferenza sull'oggetto della prova richiesto dalla fattispecie.

La conseguenza sul piano operativo è che in assenza del fatto noto, la prova dovrà essere ritenuta mancante.

In questo senso, si è detto, deve essere intesa l'inversione dell'onere della prova riguardo all'elemento della colpa del danneggiante.

Queste soluzioni operano ovviamente anche nella materia della responsabilità extracontrattuale in cui la somiglianza tra presunzioni e regole di ripartizione dell'onere della prova appare più netta, in relazione alla rilevanza attribuita all'elemento soggettivo dell'autore della condotta, tra le ipotesi generale basata sul rilievo della colpa e quella cd. di responsabilità oggettiva che prescindono dall'attribuire rilevanza all'elemento soggettivo dell'agente.

Nonostante ciò, si ritiene che anche in queste fattispecie, attraverso la presunzione, le norme prevedono una particolare ripartizione dell'onere della prova, non facendo gravare sul danneggiato anche la prova dell'elemento soggettivo, ed ammettendo la liberazione del responsabile in base alla prova di non aver potuto impedire il fatto o di aver adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno.

La trasformazione della prova da positiva (colpa) a negativa (mancanza di colpa) infatti non modifica il tema di prova, ma ne inverte solamente l'onere.

Questo si è detto porta ad affermare alcuni criteri operativi:

- a) il giudice non può stabilire presunzioni legali relative, e cioè invertire l'onere della prova, ritenendo un fatto provato in assenza di prove o allegazioni sulla base del proprio libero convincimento ancorché logico, limitandosi il suo potere alla possibilità di ritenere provati fatti ignoti in base alle sole circostanze gravi, precise e concordanti allegate dalle parte su cui grava l'onere probatorio;
- b) la prova di un fatto negativo, può essere data attraverso la prova positiva di fatti contrari al primo;
- c) la distribuzione dell'onere della prova che, non deve rendere eccessivamente difficile l'esercizio del diritto da parte del danneggiato né penalizzare il diritto di difesa del convenuto, può tener conto del principio di vicinanza o riferibilità della prova inteso come effettiva possibilità per l'uno o per l'altra parte di offrirla²⁰¹.

Quanto si è detto porta a ritenere che la formula richiamata per cui l'*advisor*, *“a tutela del sistema di cui è partecipe e dei soggetti in esso inseriti, deve porre in essere comportamenti in parte tipizzati, in parte enucleabili caso per caso, la cui omissione determina la sua responsabilità per i danni eventualmente patiti da terzi”* seppur ispirata da un istinto di giustizia sostanziale, è inidonea a determinare una corretta selezione degli interessi meritevoli di tutela paventando un incontrollato diffondersi delle azioni risarcitoria che finiscono per risolversi, secondo un modello ormai generalmente condiviso, in sostanziale inefficienza del sistema della responsabilità civile in pregiudizio dello stesso risultato perseguito.

²⁰¹ Ex multis Cass. SS. UU. 30 ottobre 2001, n. 13533 in *Corriere Giur.* 2001, con nota di MARICONDA.

3. Il fondamento delle presunzioni giurisprudenziali: la tutela del destinatario dell'informazione inesatta

La particolare rilevanza della tecnica di accertamento della responsabilità nel tema dell'informazione inesatta era già stata colta dai primi studi in materia.

Come detto, infatti, dall'autorevole dottrina che ha introdotto questa fattispecie nella nostra esperienza giuridica, l'accertamento della responsabilità dell'operatore professionale, attraverso la ricostruzione anche *ex post* del collegamento tra questo ed i terzi destinatari, e l'affermazione della colpa, graduata in considerazione del titolo in virtù del quale l'informazione è stata comunicata - dalla mera cortesia alla prestazione professionale - è possibile attraverso due tecniche parallele:

a) in campo contrattuale, attraverso la qualificazione della prestazione come di risultato e non di mezzi, con la conseguenza di ritenere l'informatore inadempiente per la sola inesattezza della notizia;

b) in campo extracontrattuale, attraverso l'applicazione del principio *res ipsa loquitur*, secondo cui provata l'inesattezza della notizia è possibile presumere colpa, nesso di causalità e danno - secondo lo schema della responsabilità da prodotti difettosi²⁰²,

con una preferenza per quest'ultima in ragione della maggiore coerenza del ragionamento e della natura essenzialmente extracontrattuale della responsabilità in esame.

²⁰² BUSNELLI, *op. cit.*, p. 569 richiama sul punto la nota sentenza Trib. Latina, 28 aprile 1980, in *Banca, Borsa, tit. credit.*, 1985, II, p. 113

In questa prospettiva, assume rilevanza la natura e/o graduazione dell'informazione stessa tra: consiglio amichevole, informazione come servizio ed informazione come prodotto.

La conseguenza applicativa di tale distinzione è individuata nell'esenzione dal responsabilità per il primo caso, nella sua certa affermazione nell'ultimo nelle forme della responsabilità oggettiva del produttore, circoscrivendo il vero problema operativo all'accertamento dell'ingiustizia nell'ipotesi centrale.

Il timore di un'incontrollata ed arbitraria estensione dell'area dell'illecito civile ha inoltre indotto questa dottrina ad affermare che il giudizio di non si esaurisce nella sola prova dell'inesattezza dell'informazione, che consente al giudice di procedere attraverso un "*procedimento logico presuntivo*" ad "*una presunzione semplice della colpa che ribalta* [sul soggetto in "posizione privilegiata"] *l'onere della prova*", dovendo comprendere anche dei criteri di contenimento dell'area della responsabilità individuati nell'*affidamento incolpevole* e nella *destinatarietà ragionevolmente prevedibile*.

Al primo è affidata la selezione della qualificazione dell'interesse leso che deve consistere in un affidamento oggettivamente valutabile, che vale a giustificare la fiducia nella regolarità del comportamento altrui; se l'affidamento è colpevole, non vi è ingiustizia del danno.

Il giudizio di colpevolezza, secondo questa impostazione, ha ad oggetto la valutazione della particolare qualificazione di chi pone in essere il comportamento informativo, la quale in relazione alla fiducia ragionevolmente suscitata importa un profilo di discrezionalità nel contenuto di un comportamento altrimenti libero ed insindacabile.

Tra informato ed informatore non sussisterebbe peraltro un rapporto giuridico *ex ante*, quanto un collegamento informale spesso ricostruibile solamente *ex post* quando un danno si è verificato e si tratti di valutarne l'ingiustizia.

La *destinatarietà ragionevolmente prevedibile*²⁰³ costituisce il criterio di selezione dei collegamenti giuridicamente rilevanti tra danneggiato e danneggiante, cui è affidata la selezione degli interessi meritevoli di tutela nel senso della delimitazione degli interessi suscettibili di essere posti in correlazione con la posizione del soggetto che fornisce le informazioni²⁰⁴.

In questa prospettiva, si afferma che, come già in precedenza in occasione del “primo” allargamento della responsabilità extracontrattuale ai diritti relativi, il problema di proliferazione incontrollata di azioni di danni da parte di soggetti che si affermano lesi, è affidato ad un *fronteggiamento ordinato* della dottrina e della giurisprudenza: “*la capacità di tenuta del sistema in questa seconda fase di allargamento delle maglie dell'ingiustizia del danno è essenzialmente affidata all'attitudine selettiva dei criteri normativi adottati settore per settore*” con la precisazione che in ogni caso, anche criteri sostanzialmente idonei alla selezione degli interessi meritevoli di tutela nel settore della responsabilità da informazioni inesatte, richiedono un accorto sviluppo da parte della giurisprudenza per scongiurare il pericolo di una proliferazione di azioni risarcitorie²⁰⁵.

²⁰³ Secondo una formulazione già utilizzata nella section 11 del Securities Act americano del 1933, BUSNELLI, *Itinerari Europei cit.*, p. 575,

²⁰⁴ BUSNELLI, *Itinerari cit.*, p. 573

²⁰⁵ BUSNELLI, *op. cit.*, p. 573

Le potenzialità dannose di un errato utilizzo dello strumento fornito ha spinto quella stessa dottrina ad offrire un “decalogo” descrittivo del giudizio di responsabilità proposto:

“1) nell’affrontare la decisione del singolo caso, occorre sempre tener conto delle regole della prassi, delle circostanze particolari del caso e dei rapporti reciproci tra le parti in causa;

2) muovendo da questi dati dobbiamo chiederci, per un verso, se colui al quale l’informazione è pervenuta poteva ragionevolmente considerare l’informazione stessa come affidante e, quindi riporvi fiducia;

3) per altro verso, dobbiamo chiederci se chi ha fornito l’informazione abbia agito in buona fede e abbia riservato al proprio comportamento il grado di attenzione e di diligenza che le circostanze permettevano di attendere e di esigere da lui, pur in assenza di qualsiasi obbligazione contrattuale;

4) al riguardo occorre, infine, tener conto del fatto che il soggetto agente era in grado di immaginare se l’informazione fornita fosse di natura tale da influire direttamente sulle decisioni che avrebbero potuto assumere i destinatari dell’informazione stessa”²⁰⁶.

4. La presunzione della colpa

L’utilizzazione del principio “*res ipsa loquitur*” secondo cui provato il danno è dato presumere gli altri elementi dell’illecito secondo un ragionamento logico presuntivo sul modello della responsabilità del

²⁰⁶ Busnelli, *Itinerari cit.*, p. 576

produttore, incontra un limite operativo nella diversa concezione del modello da parte della dottrina.

Come noto infatti, questa si divide sulle modalità tecniche di accertamento delle responsabilità cd. speciali²⁰⁷ in relazione alla diverse concezioni in tema di responsabilità.

Pur riconoscendosi comunemente che la ragione di fondo di tali norme consiste storicamente nella necessità di strumenti in grado di arginare la massificazione di danni causati dalle grandi imprese in favore di una più intensa tutela dei danneggiati, non vi è unanimità di posizioni sul criterio fondamentale di imputazione della responsabilità dividendosi tra colpa e causalità.

Accanto alla regola generale di cui all'art. 2043 cod. civ., che prevede l'imputazione per colpa, sussistono infatti tecniche speciali di tutela che vanno dalla responsabilità oggettiva, che prescinde dalla colpa a quella aggravata, che pone la presunzione di responsabilità vincibile con la prova del caso fortuito.

I rapporti tra norma generale e regole speciali, ed in particolare l'ambito operativo dell'imputazione oggettiva, vengono diversamente interpretati con soluzioni applicative diverse.

²⁰⁷ Cfr. ALPA, *Diritto della responsabilità civile*, Bari, 2003, p. 164 “*Le regole della responsabilità civile si possono organizzare in diversi regimi: a) il regime generale. Il fondamento di tutto il settore è composto dalle disposizioni costituzionali (artt. 2, 3, 9, 32, 41-42, 47, 97, 98 Cost.), dalla loro interpretazione offerta dalla Corte costituzionale, dalle regole di derivazione comunitaria (artt. 5, 288 Trattato UE), dai principi elaborati dalla dottrina e dalla giurisprudenza, dalle disposizioni del codice civile che costruiscono l'illecito civile (artt. 1173, 2043-2046, 2055-2059= e dalla loro applicazione giurisprudenziale; b) lo stesso codice civile identifica regole speciali di responsabilità motivate da ragioni di solidarietà o da ragioni di tutela del danneggiato in relazione al diritto di proprietà e al rischio creato; c) la legislazione speciale identifica situazioni particolari in cui le regole generali sono o derogate o modificate, sempre per risolvere in modo congruo i conflitti tra danneggiati e danneggiati.*”

Secondo un primo orientamento, infatti, la norma generale costituirebbe espressione del principio di solidarietà per cui la responsabilità si giustifica in relazione alla violazione dell'impegno dovuto secondo criteri di obiettività²⁰⁸, la cui portata influenzerebbe tutte le altre norme del sistema. In questo modo le figure speciali di responsabilità che in apparenza non prevedono la colpa della condotta del danneggiante, avrebbero ugualmente fondamento colposo data l'esistenza del principio generale.

Le norme sulla responsabilità seguirebbero pertanto il seguente schema:

- art. 2043 – norma generale e descrizione degli elementi costitutivi dell'illecito;
- artt. 2044 a 2046 – esimenti di responsabilità;
- artt. 2047 a 2054 – responsabilità speciali;
- artt. 2055 a 2059 – riparazione del danno.

In una prima formulazione, tutte le fattispecie richiedevano in ogni caso la prova della colpevolezza dell'autore del danno.

A questa si è ormai sostituita una lettura delle norme in esame che individua nella responsabilità oggettiva una presunzione di colpa della condotta del responsabile con l'effetto di invertire l'onere della prova sulla negligenza dalla vittima al responsabile: saranno pertanto l'esercente dell'attività pericolosa, il custode, il proprietario, l'utente o il conducente a dover fornire la prova liberatoria²⁰⁹.

²⁰⁸ BIANCA, *La responsabilità cit.*, p. 15

²⁰⁹ FRANZONI, *L'illecito cit.*, p. 346: "Secondo questa soluzione, la disciplina della attività pericolose, sarebbe comunque fondata sul fatto colposo ed omissivo di non aver predisposto le misure idonee ad evitare il danno; quella del custode nella negligenza per non aver controllato la cosa o l'animale; quella del proprietario dell'edificio nella negligenza nel non aver provveduto alle opere di manutenzione; quella del conducente nell'aver guidato con imperizia o negligenza."

Questa soluzione, conserverebbe: l'idea della colpa come elemento necessario dell'illecito, con la conseguenza, si è detto a titolo esemplificativo, di esonerare dall'obbligo risarcitorio il custode diligente, e cioè in grado di dimostrare il caso fortuito mediante l'assenza di colpa; la tecnica di imputazione della responsabilità secondo la dimostrazione del solo nesso causale.

All'interno di questo schema, le responsabilità speciali si caratterizzano pertanto attraverso diversi criteri di imputazione:

- a) responsabilità colposa aggravata (artt. 2047, 2048, 2050, 2051, 2052);
- b) responsabilità oggettiva (art. 2049);
- c) responsabilità oggettiva ed aggravata (artt. 2053 e 2054).

Questa soluzione pur, collocando all'interno delle fattispecie di responsabilità oggettiva sia quella da prodotti difettosi che quella da attività nucleari²¹⁰, rileva come, la regola di favore per il danneggiato si limiterebbe ad escludere la prova diretta della colpa, obbligandolo in ogni caso a dimostrare danno, difetto e nesso causale.

La rilevanza della colpa sarebbe inoltre confermata dalle norme che prevedono rispettivamente:

- a) l'esclusione del risarcimento se il danno è in tutto o in parte colpa del danneggiato o se questi ha volontariamente usato il bene pur conoscendone il difetto e il pericolo;
- b) l'obbligazione solidale nel caso di più responsabili, con la conseguenza che in relazione alla regola codicistica, il regresso opererebbe secondo la gravità delle rispettive colpe.

²¹⁰ BIANCA, *La responsabilità cit.*, p. 686

Il sistema della responsabilità del produttore sarebbe pertanto misto basato su un criterio oggettivo d'imputazione limitatamente ai difetti di fabbricazione, mentre per quelli di progettazione e d'informazione varrebbe la regola della diligenza professionale, in conformità alla libertà riconosciuta dalla Direttiva comunitaria che ha introdotto la fattispecie²¹¹ di optare per la soluzione in termini di responsabilità oggettiva o colposa. In questo senso anche nel caso dell'informazione-prodotto, il giudizio presenterebbe elementi di colpevolezza.

Recentemente è stato inoltre sostenuto che questa ipostazione rappresenti un modello monologico di colpa nel senso che porrebbe quale esclusivo termine del giudizio di colpevolezza la condotta del danneggiante escludendo quella del danneggiato, la quale rilevarebbe solo in un momento successivo coincidente con la valutazione dell'eventuale concorso. In contrario si sostiene, l'analisi giurisprudenziale evidenzerebbe un modello relazionale della colpa affermando l'inscindibilità della valutazione degli elementi costitutivi della fattispecie. In questo senso, colpa del danneggiante e del danneggiato costituirebbero termini di un'unica valutazione in cui la colpa dell'uno andrebbe messa in relazione con quella dell'altro, anche ai fini della determinazione dell'efficienza causale delle condotte²¹².

²¹¹ Direttiva n. 92/59/CEE art. 15b, la quale consentiva agli Stati membri di adottare soluzioni che escludessero dal giudizio di responsabilità i criteri di prevedibilità ed inevitabilità del danno.

²¹² Cfr. CAFAGGI, *Profili di relazionabilità della colpa*, Padova, 1996. In questo stesso senso VIOLANTE, *La responsabilità parziaria*, Napoli, 2004, p. 83: "Sul piano operativo la giurisprudenza disattende l'impostazione tradizionale che propone un modello cd. monologico di colpa. In conformità al modello monologico le condotte delle parti sono concepite come se fossero indipendenti l'una dall'altra e conseguentemente la violazione della regola in cui viene fatto consistere la colpa è valutata in modo autonomo con riferimento al danneggiante ed al danneggiato. L'applicazione giurisprudenziale della norma risulta improntata al contrario ad accogliere una prospettiva c.d. relazionale della colpa in cui il fenomeno

In senso contrario si è rilevato che questa formula, che peraltro mancherebbe di fondamento normativo, confonde il piano dell'illecito, al cui interno avviene la valutazione del conflitto di interessi, con quello della colpa quale criterio di imputazione della responsabilità, in cui il comportamento del danneggiato non viene in considerazione se non nel caso del concorso²¹³.

dell'interazione tra potenziale danneggiato e potenziale danneggiante è concepito in modo unitario. Segni inequivocabili di questa tendenza possono trarsi in particolar modo dall'indirizzo consolidato della Suprema Corte secondo cui le circostanze relative al concorso di colpa del danneggiato vanno dedotte e verificate in sede di accertamento della responsabilità restando preclusa la loro deduzione e la loro verifica nel giudizio relativo alla determinazione del quantum da risarcire. La Cassazione giustifica il principio sul rilievo che "se la condotta colposa del danneggiato viene a porsi sullo stesso piano di azione della condotta colposa dell'autore del danno, in modo da realizzare un sinergismo causale in rapporto con l'evento, deve convenire che non è possibile scindere la con testualità di accertamento del grado di colpa dei due soggetti, perché altrimenti si verrebbe a frazionare arbitrariamente un'indagine relativa ad una fattispecie di natura composita, i cui elementi costitutivi sono indissolubilmente legati tra loro" Cfr. Cass. 21 febbraio 1978 in Giust. Civ., 1978, p. 1494. la prospettiva relazionale emerge ancora nitidamente allorché i giudici di legittimità nello statuire la regola della rilevanza d'ufficio del concorso di colpa del danneggiato ne spiegano la ratio, precisando che tutte le volte in cui si esamina la colpa dell'autore del danno, si prende per ciò stesso in considerazione anche la colpa eventuale del danneggiato, in quanto le colpe dei due soggetti si fronteggiano e la gravità della colpa dell'uno va posta in correlazione con la gravità della colpa dell'altro al fine di accertare l'entità dell'efficienza causale del fatto colposo del debitore. In concreto, può dunque constatarsi che la considerazione del potenziale danneggiante con cui vi è stata interazione diviene criterio per determinare la colpa del danneggiato. In un'ottica puramente monologica, invece, il danno causato dalla violazione della norma di condotta dovrebbe essere determinato autonomamente dalla condotta colposa del danneggiante per poi stimare la rilevanza percentuale di tale danno sul totale."

²¹³ FRANZONI, *L'illecito*, Milano, 2004, p. 184: "di recente è stata avanzata l'idea che la colpa sussiste quando, da un giudizio relazionale fra la condotta dell'attore e quella della vittima, emerge che l'agente abbia violato un interesse o un affidamento legittimamente ingeneratosi nella vittima. Probabilmente l'intento di questa concezione è di superare la dicotomia tra nozione soggettiva ed oggettiva della colpa, e di offrire una prospettiva che legittimi il trasferimento finale di denaro, proprio indagando sulla natura del rapporto che ha visto nascere il fatto fonte di obbligazione come illecito civile. Senonché, com'è stato efficacemente replicato, questo procedere manca di una precisa base normativa, il sistema vigente individua nella colpa il criterio di valutazione della condotta dell'agente sulla base di presupposti che possono essere differenti: la individuale rappresentazione, previsione, evitabilità dell'evento dannoso oppure la difformità da un parametro standard. Salvo il caso del concorso di colpa della vittima (art. 1227 comma I, c.c.), la sua posizione è sempre estranea al giudizio sulla colpevolezza; mentre è molto presente quando si voglia accertare la natura dell'interesse leso, per sindacare la sua tutelabilità. Senonché quest'ulteriore profilo è estraneo al giudizio sulla colpa, poiché riguarda quello sull'ingiustizia del danno, il quale soltanto ... implica una valutazione comparativa degli interessi in conflitto".

In questo senso, questa soluzione non sembra in sé incidere sulla tecnica di accertamento della responsabilità suggerendo un diverso ambito operativo del conflitto.

5. La presunzione del nesso di causalità.

Altra parte della dottrina, individua il carattere generale dell'art. 2043 cod. civ. nella maggiore ampiezza della fattispecie e nella centralità della clausola di ingiustizia in essa contenuta, riferibile a tutte le ipotesi di danno aquiliano, che stabilisce il principio della risarcibilità e detta gli elementi costitutivi dell'illecito.

Sul piano operativo, deriverebbe una diversa distribuzione del rapporto genere a specie per cui l'interprete deve preventivamente valutare se il fatto è riconducibile ad una delle ipotesi speciali di cui agli artt. 2050-2054 cod. civ. e solo in caso negativo, procedere alla verifica dei presupposti dell'art. 2043 cod. civ., quale criterio generale e residuale.

Il criterio della responsabilità per colpa sarebbe pertanto sussidiario alla responsabilità causale.

Secondo questa soluzione, le norme sulla responsabilità civile seguirebbero pertanto il seguente schema:

- art. 2043 – norma generale e residuale, contenente la descrizione degli elementi costitutivi dell'illecito;
 - artt. 2044 a 2046 – esimenti di responsabilità;
 - artt. 2047 a 2048 – responsabilità oggettiva per fatto altrui;
 - artt. 2049 a 2054 – responsabilità oggettiva per fatto proprio;
 - artt. 2055 a 2059 – riparazione del danno.
-

In questa prospettiva, la responsabilità del produttore è una responsabilità oggettiva, in cui la colpa non svolge alcun ruolo, essendo intenzione del legislatore comunitario “*garantire che i prodotti immessi sul mercato siano sicuri*”²¹⁴. La scelta legislativa pertanto andrebbe vista quale scelta di un sistema “*snello ed elastico di imputazione della responsabilità fondato sulla insicurezza del prodotto*” quale tecnica di protezione dei danneggiati²¹⁵.

Altre soluzioni hanno cercato di mediare tra i poli opposti proponendo diverse ripartizioni delle aree operative della responsabilità colposa ed oggettiva, per cui ad esempio, si ritiene che il principio generale della responsabilità per colpa sia stato derogato solo con riferimento agli artt. 2051, 2052, 2053 e 2054, ult. comma, cod. civ., ma non nel caso dell’art 2050 cod. civ. in cui la colpa è solo presunta²¹⁶; oppure che i criteri di responsabilità per fatto altrui siano sostanzialmente colposi, mentre le norme di cui agli artt. 2050 a 2054 siano oggettivi²¹⁷.

La più recente evoluzione delle teorie basate sul nesso di causalità tendono ad affermare la presunzione della responsabilità, volendo con questa affermazione descrivere le ipotesi in cui non è presunto solo la colpa, ma anche il nesso di causalità.

Questa soluzione, come detto, tende ad affermarsi in giurisprudenza con riferimento a determinate attività anche professionali, in cui lo stato della tecnica ha raggiunto una tale livello da far ritenere come dovuto un determinato risultato.

²¹⁴ Cfr. Art. 1 d. Lgs. 17 marzo 1995 n. 115 in attuazione della Direttiva comunitaria n. 92/59/CEE

²¹⁵ FRANZONI, *L’illecito cit.*, p. 574.

²¹⁶ Cfr. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, V, p. 543 e ss

²¹⁷ Cfr. VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, Padova, 2005 p. 81

In questo senso, l'analisi delle decisioni, prevalentemente in ipotesi di attività medica, evidenzia l'utilizzazione di questa formula per chi propende per la configurabilità di un rapporto contrattuale da contatto sociale tale che l'insuccesso dell'intervento consente di presumere colpa e nesso di causalità.

Questa formulazione tende a conservare da un lato la qualificazione della prestazione medica come obbligazione di mezzi; dall'altro a consentire di affermare la responsabilità del medico in quei casi in cui l'insuccesso dell'intervento appare un evento straordinario.

La giurisprudenza anche in questo caso opta per una semplificazione del giudizio, desumendo dalla casistica il grado di normalità del fatto e gravando il responsabile del fatto anomalo di darne giustificazione.

Questa soluzione è stata criticata anche dai sostenitori del giudizio di responsabilità basato sul nesso di causalità, i quali hanno affermato da un lato che tale soluzione sarebbe priva di riferimento normativo, dall'altro, che l'affermazione di responsabilità costituisce il risultato di un giudizio di sintesi²¹⁸ che non può essere presunto. Semmai si afferma, dal fatto sarebbe lecito desumere una particolare ripartizione dell'onere della prova nel senso che il danneggiato non deve dimostrare rigorosamente la causalità tra il danno e la cosa poiché l'accertamento definitivo circa la sussistenza del nesso eziologico si ha qualora il responsabile non riesca a dimostrare il caso fortuito, come ad esempio nel caso del custode.

6. *La prova liberatoria*

²¹⁸ RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile cit.*, p. 71

Il criterio d'indagine comunemente adottato risiede nella verifica delle pronunce giurisprudenziali sulla prova liberatoria.

Così ad esempio, con riferimento all'art. 2050 cod. civ., la tesi che afferma la necessarietà della colpa, ritiene che il presunto responsabile è esente se prova di aver adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno: la norma sarebbe poi interpretata dalla giurisprudenza in conformità alla *ratio* indicata nella stessa Relazione al codice di fissare un limite alla responsabilità; limite che coincide con la diligenza professionale. La responsabilità sarebbe pertanto aggravata per colpa presunta²¹⁹ gravando sull' esercente.

La tesi che sostiene il criterio di imputazione oggettiva, rileva al contrario che la liberazione consegue all'allegazione di una circostanza positiva estranea alla sfera di controllo dell'esercente (imprevedibilità dell'evento) accompagnata dalla prova del fatto tecnico consistito nell'adozione di misure di salvaguardia. Ciò indurrebbe a ritenere che in concreto la prova richiesta coincida con l'interruzione del nesso di causalità, anch'esso per natura imprevedibile e irresistibile, idoneo a declassare l'attività pericolosa ad occasione e non a causa dell'evento²²⁰.

Entrambe queste soluzioni trovano compiuta critica nei loro rispettivi sostenitori i quali evidenziano rispettivamente i limiti dei criteri proposti a dare adeguata sistemazione a tutte le ipotesi di responsabilità extracontrattuale.

Sotto il profilo della tecnica di giudizio la differenza, come visto, si coglie sotto il profilo dell'oggetto della prova contraria: se entrambe

²¹⁹ BIANCA, *La responsabilità cit.*, p.709

²²⁰ FRANZONI, *L'illecito cit.*,p. 384

sembrano infatti concordare sull'esonero del danneggiato dall'onere della prova della diligenza, la prova liberatoria invece consiste:

a) per la tesi della responsabilità colposa nella dimostrazione di una condotta diligente secondo i canoni di professionalità;

b) per la tesi della responsabilità oggettiva, nella dimostrazione del caso fortuito con interruzione del nesso causale.

Proseguendo nell'esame delle fattispecie normative e delle relative pronunce giurisprudenziali, emerge che la tecnica legislativa della presunzione opera in relazione a determinate fattispecie in cui è maggiormente avvertita un'esigenza di protezione.

Un tentativo di organizzazione di queste norme proposto da autorevole dottrina, ha portato ad affermare che, a parte le ipotesi di responsabilità per fatto altrui, le varie figure di responsabilità speciale presentano un dato comune e cioè quello di riguardare attività o cose pericolose, ossia dotate di un'intrinseca potenzialità dannosa, che orienterebbe in modo diverso la regola di giudizio in relazione alla evitabilità o meno del danno.

A sostegno della soluzione si afferma che le ipotesi di responsabilità aggravata sarebbero infatti ipotesi in cui l'attività o la cosa creano un pericolo che può essere scongiurato adottando le cautele adeguate: se il danno si produce vuol dire che il soggetto non ha impiegato la diligenza dovuta o che è intervenuto un caso fortuito cioè un evento straordinario, non prevedibile o superabile con la diligenza normalmente appropriata a scongiurare la pericolosità dell'attività o della cosa. Si tratta quindi di un danno estraneo alla sfera di pericolosità tipica dell'attività o della cosa e

la regola normativa ammette il presunto responsabile a questa prova liberatoria.

Vi sono poi attività e cose alle quali inerisce un margine di pericolo che non può essere evitato pur adottando ogni ragionevole misura cautelare: in questi casi, la scelta dell'orientamento si orienta per la responsabilità oggettiva ponendo a carico di esercita l'attività o utilizza la cosa l'obbligo di risarcire il danno arrecato a prescindere dalla colpa²²¹.

Questa soluzione, finisce però con il qualificare il danno da cose in custodia come responsabilità aggravata laddove dottrina e giurisprudenza concordano per la soluzione dell'oggettività; dall'altro non sembra adeguatamente giustificare il maggior grado di pericolosità dei preposti rispetto ad esempio, ai minori.

Una soluzione più coerente con il dato normativo sembra potersi ottenere bilanciando il criterio della pericolosità con quello della normale controllabilità, nel senso del limite di esercizio del "dovere di controllo" imposto dal legislatore in relazione alla valutazione degli interessi in conflitto, come frequentemente richiamato dalla giurisprudenza.

In questa prospettiva anche le regole sulla responsabilità per fatto altrui sembrano coordinarsi con quelle sulle cose.

Tale dovere infatti sembra essere disciplinato dalla legge in misura direttamente proporzionale alle concrete possibilità umane ed all'oggetto su cui deve essere esercitato. In questo senso, tale gruppo di norme ne disciplina l'esercizio su persone (artt. 2043 a 2049), cose (2051 a 2054) o entrambi in attività pericolose (2050); ciascuna di esse determinandone precisamente l'ambito oggettivo e l'intensità.

²²¹ BIANCA, *La responsabilità cit.*, p. 686

Così, l'art. 2043 cod. civ. disciplina il potere/dovere di controllo su sé stessi; gli art. 2044 e 2046 cod. civ., prevedono casi specifici in cui tale potere non può essere pienamente esercitato per fatto esterni o caratteristiche soggettive del titolare; gli artt. 2047 e 2048 cod. civ. ne disciplina l'esercizio su persone incapaci, difficilmente controllabili in relazione al grado di incapacità passando dagli assolutamente incapaci ai minori capaci; l'art. 2049 cod. civ., su persone assoggettate al potere di controllo del preponente nei limiti di tale rapporto; l'art. 2050 cod. civ., su attività (persone o cose) pericolose; l'art. 2051 cod. civ., su cose inanimate; l'art. 2052 cod. civ., su animali; l'art. 2053 su opere connesse al suolo anche in via provvisoria; l'art. 2054 su opere destinate alla circolazione fisica.

In questo senso, la giurisprudenza sembra confermare che anche il criterio di individuazione del responsabile si lega, alla possibilità concreta di esercitare tale potere, legandolo ad esempio alla convivenza o all'affidamento nel caso del minore (artt. 2047 e 2048 cod. civ.) o alla disponibilità immediata per le cose (artt. 2051 a 2054 cod. civ.)²²².

²²² Cass. SS. UU.11 novembre 1991, n. 12019 in cui in relazione ai rapporti tra l'art. 2051 e 2053 con riferimento alla responsabilità da rovina di edificio si afferma che "la funzione della norma, di imputare la responsabilità a chi si trovi nelle condizioni di controllare i rischi inerenti alla cosa porterebbe ad escludere che custode sia necessariamente il proprietario in quanto tale potendo essere qualificato custode il soggetto che di fatto controlli le modalità di uso e conservazione della cosa ed abbia pertanto, come si usa dire, il "governo della cosa". Tale criterio è quindi un elemento qualificante la "custodia" elemento che si concretizza nella "disponibilità immediata sulla cosa". Indubbiamente tale disponibilità di fatto non può essere disgiunta dalla "disponibilità giuridica" delle condizioni di uso e di conservazione della cosa. Ne deriva che mentre non potrebbe essere qualificato custode responsabile il dipendente deve invece essere qualificato il conduttore, il quale è detentore qualificato e può ex art. 1168 c.c. proporre azione di reintegrazione addirittura contro il locatore". In questo la norma si distingue parzialmente dall'art. 2051 cod. civ., con il quale condivide la natura oggettiva della responsabilità, in quanto in questa l'imputazione richiede la sola relazione di fatto.

In questo senso, la regola di giudizio descrive l'ambito del dovere di controllo e la sua intensità²²³, che sono dovuti in quanto imposti dal legislatore, mentre la descrizione della prova liberatoria costituisce il limite di tale dovere secondo il legislatore.

Da qui, la tecnica di giudizio, nel senso che il dovere è normalmente dovuto salvo che intervenga la causa estintiva.

Questa interpretazione sembra coerente sia con le soluzioni proposte in tema di criteri di imputazione della responsabilità sia con le pronunce giurisprudenziali in tema di prova liberatoria.

Le prime infatti, nelle più moderne accezioni della colpa oggettiva e della causalità adeguata, altro non descrivono che non il limite di esercizio del dovere, l'una sotto il profilo soggettivo, l'altra sotto quello oggettivo.

Le secondo, non in modo incoerente come sostenuto da parte della dottrina, ma in coerenza con il dato normativo ricercano nel fatto concreto il limite di esercizio del dovere di controllo.

²²³ In questo senso vedi Corte Cost, 10 maggio 1999, n. 156, in Giust. Civ., 2000, I, p. 649 e ss con nota di VITALE, La responsabilità civile della P.A. per i danni derivanti da beni pubblici al vaglio delle Corte costituzionale: un'occasione sfumata. "Il proprietario delle cose che abbiano cagionato danno a terzi è responsabile ai sensi dell'art. 2051 cod. civ., solo in quanto ne sia custode, e dunque ove egli sia stato oggettivamente in grado di esercitare un potere di controllo e di vigilanza sulle cose stesse. Ciò basta a rendere ragione dell'approdo ermeneutico, ribadito anche di recente dalla giurisprudenza di legittimità, secondo cui alla pubblica amministrazione non è applicabile il citato articolo, allorché sul bene di sua proprietà non sia possibile - per la notevole estensione di esso e le modalità d'uso, diretto e generale, da parte dei terzi - un continuo, efficace controllo, idoneo ad impedire l'insorgenza di cause di pericolo per gli utenti. S'intende - e in alcune sentenze ciò viene sottolineato - che la "notevole estensione del bene" e "l'uso generale e diretto" da parte dei terzi costituiscono meri indici dell'impossibilità d'un concreto esercizio del potere di controllo e vigilanza sul bene medesimo; la quale dunque potrebbe essere ritenuta, non già in virtù d'un puro e semplice riferimento alla natura demaniale e all'estensione del bene, ma solo a seguito di un'indagine condotta dal giudice con riferimento al caso singolo, e secondo criteri di normalità. Con tale interpretazione si rimane indubbiamente nell'ambito del sistema codicistico della responsabilità extracontrattuale, venendosi solo a precisare - in conformità alla evidente ratio dello stesso art. 2051 - i limiti dell'operatività di uno dei particolari criteri d'imputazione previsti dal codice civile in luogo di quello generale posto dall'art. 2043.

La verifica delle allegazioni di fatto poste a fondamento delle decisioni in tema di prova liberatoria infatti, consentono di evidenziare che l'affermazione o la negazione di responsabilità si lega alle circostanze di fatto valutate in termini di permanenza / estinzione del dovere.

In questo senso, se non è richiesta la prova specifica della colpa, attraverso la prova del fatto, che continua a gravare sul danneggiato, la giurisprudenza individua quella devianza dalla normalità che costituisce oggetto del giudizio. Così, nella responsabilità per il fatto illecito del minore, nella descrizione delle condizioni di pericolosità dell'attività, o nell'utilizzo di cose mobili inanimate, spetta sempre al danneggiato provare gli elementi caratterizzanti il fatto concreto, la cui mancata allegazione determina il rigetto della domanda secondo le formule dell'assenza di una causalità adeguata o dell'imprevedibilità o inevitabilità del fatto anche con la diligenza dovuta.

In questo senso, al di là delle diverse concettualizzazioni sul criterio di imputazione, perché si possa in concreto presumere la colpa è necessario che il fatto si sia svolto secondo determinate modalità che rendono inverosimile il rispetto del dovere imposto dal legislatore, mentre in misura direttamente proporzionale coincide con la dimostrazione che l'evento si è realizzato in modo tale da rendere inverosimile la violazione del dovere di controllo su cui si fonda la norma.

Nelle ipotesi atipiche pertanto, l'assenza di una specifica descrizione normativa pone alla giurisprudenza il problema della definizioni dell'area operativa del dovere e della sua intensità.

La soluzione più semplice consiste pertanto o in una forzatura della norma che stabilisce la "presunzione utile" al giudice, o in un

ragionamento logico presuntivo, fondato sulla ragionevolezza della domanda o sulla normalità del rapporto di causalità, che consente di invertire la prova a favore del soggetto debole, gravando l'operatore professionale dell'onere di provare la propria non-colpevolezza, nella consapevolezza che in caso di errore il danno ha comune colpito il soggetto più forte.

Questo *modus operandi* tuttavia assume in concreto i caratteri del rito inquisitorio, in violazione dei principi generali che regolano il procedimento civile, quale processo delle parti.

7. La prospettiva critica: la teoria della semplificazione analitica della prova

La difficoltà della tecnica di costruzione del giudizio di responsabilità per le fattispecie atipiche da parte del giudice del caso concreto, nel rispetto delle regole sulla prova e dell'esigenza sostanziale di tutela del danneggiato, è stata oggetto di una recente pronuncia della Corte costituzionale²²⁴ la quale ha precisato che il conflitto di interessi

²²⁴ Cfr. Corte Cost, 10 maggio 1999, n. 156 *cit.*, "La giurisprudenza, sia dei giudici di merito sia della Corte di cassazione, in effetti è da tempo consolidata nel senso che colui il quale intenda far valere la responsabilità extracontrattuale della pubblica amministrazione, deve - una volta esclusa, nei limiti sopra chiariti, l'applicabilità dell'art. 2051 - dimostrare che l'evento dannoso sia eziologicamente ricollegabile ad un'insidia (o trabocchetto), cioè ad una situazione di fatto che rappresenti pericolo occulto per l'utente del bene demaniale, e segnatamente della strada aperta al pubblico. Ma il giudice a quo non ha colto le ragioni e la portata di codesto indirizzo giurisprudenziale, consolidatosi dopo una complessa e sempre più raffinata elaborazione, che ebbe inizio sin dalla entrata in vigore della legge 20 marzo 1865 all. E, abolitrice del contenzioso amministrativo, passando poi attraverso varie fasi. Ragioni e portata, che sono tali da far considerare prive di consistenza le censure mosse nell'ordinanza di rimessione, secondo quanto appreso chiarito. Anzitutto è da rammentare che l'art. 2043 cod. civ. contiene una clausola generale. Il legislatore, infatti, ha utilizzato una formula aperta, che consente al giudice l'adattamento di tale norma alle circostanze del caso attraverso la valutazione dei limiti di meritevolezza degli interessi pretesamente lesi, anche in relazione ad altri interessi antagonisti.

rientranti nell'ambito operativo dell'art. 2043 cod. civ., deve essere risolto attraverso una valutazione del particolare rapporto di fatto che danneggiato e danneggiante hanno con la cosa in relazione alla quale si produce l'evento, anche in coerenza con il principio di autoresponsabilità. In questo quadro, ha detto la Corte, è possibile creare "figure sintomatiche" di colpa, col preciso fine di meglio distribuire tra le parti l'onere probatorio, secondo un criterio di "*semplificazione analitica*"

secondo l'evolversi della coscienza sociale e del sistema giuridico generale nonché degli strumenti normalmente a disposizione dei soggetti titolari di tali interessi. Sicché, nelle fattispecie come quella in esame, è compito del giudice ordinario accertare secondo le circostanze di tempo e di luogo se la pubblica amministrazione sia in concreto responsabile per i danni, tenuto conto anche del particolare rapporto di fatto che, da una parte, il proprietario e, dall'altra, il terzo danneggiato hanno con la cosa in relazione alla quale l'evento si verifica. Occorre poi considerare che la manutenzione delle strade costituisce per l'ente pubblico un dovere istituzionale non correlato a un diritto soggettivo dei privati, i quali possono far valere soltanto un interesse legittimo al corretto esercizio del potere discrezionale dell'ente medesimo....Ma, nell'accertamento in concreto di questa, non si può ignorare il particolare rapporto che - come sopra si è già accennato - hanno con la strada pubblica, da una parte, l'ente proprietario e, dall'altra, gli utenti, i quali, in coerenza con il principio di autoresponsabilità, sono indubbiamente gravati d'un onere di particolare attenzione nell'esercizio dell'uso ordinario diretto del bene demaniale, per salvaguardare appunto la propria incolumità. Ebbene, in questo quadro, la nozione d'insidia stradale viene a configurarsi come una sorta di figura sintomatica di colpa, elaborata dall'esperienza giurisprudenziale, mediante ben sperimentate tecniche di giudizio, in base ad una valutazione di normalità, col preciso fine di meglio distribuire tra le parti l'onere probatorio, secondo un criterio di "semplificazione analitica" della fattispecie generatrice della responsabilità in esame. Se e in quanto il danneggiato provi l'insidia può e deve essere affermata la responsabilità della pubblica amministrazione, salvo che questa, a sua volta, provi di non aver potuto rimuovere - adottando le misure idonee - codesta situazione di pericolo, i cui elementi costitutivi il giudice ha comunque il compito di individuare in modo specifico (fra l'altro precisando gli *standards* di diligenza connessi alla visibilità e prevedibilità nonché all'evitabilità del pericolo stesso, in relazione all'uso della strada), onde accertare in definitiva se ricorrano, a stregua delle peculiarità del caso, le condizioni richieste dall'art. 2043 cod. civ. Che poi, una volta acclarata in tal modo la responsabilità della pubblica amministrazione, di regola risulti inapplicabile l'art. 1227, primo comma, cod. civ., dipende da evidenti ragioni di incompatibilità logica fra un possibile concorso di colpa del danneggiato e la stessa nozione d'insidia essendo questa contraddistinta appunto dai caratteri dell'imprevedibilità e dell'inevitabilità del pericolo. Per dissipare, infine, il dubbio espresso dal rimettente, secondo cui una tale interpretazione della denunciata normativa consentirebbe il permanere nell'ordinamento giuridico di antichi privilegi a favore della pubblica amministrazione, non più giustificabili in uno Stato di diritto, sembra opportuno aggiungere, conclusivamente, che l'utilizzazione giurisprudenziale della suddescritta figura sintomatica di colpa non è estranea neanche alla responsabilità extracontrattuale dei privati, convenuti per il risarcimento dei danni conseguenti a difetto di manutenzione dei loro immobili. Tale difetto, invero, al di fuori di specifici obblighi di legge o contrattuali (e salvo quanto sopra precisato con riguardo all'art. 2051 cod. civ.), rileva unicamente sotto specie di violazione del principio del *neminem laedere* allo stesso modo per la pubblica amministrazione e per i privati: eventuali diversità di giudizio dovendosi ricollegare soltanto alle peculiarità del bene, influenti sulla relativa manutenzione".

della fattispecie generatrice della responsabilità in esame, in virtù del quale se e in quanto il danneggiato provi che il danno è derivato da un fatto:

a) almeno astrattamente incompatibile con il rispetto del dovere di controllo imposto al danneggiante;

b) determinante una oggettiva situazione di pericolo che egli non ha potuto superare tenuto conto del potere di controllo che egli stesso aveva rispetto alla cosa in relazione alla quale si produce l'evento,

deve essere affermata la responsabilità del danneggiante, salvo che questo, a sua volta, non provi di non averlo potuto impedire adottando le misure idonee, i cui elementi costitutivi il giudice ha comunque il compito di individuare in modo specifico.

Questa soluzione si contrappone ad una "*semplificazione tuot court*" della fattispecie, in base alla quale provato il danno, grava sul danneggiante la prova di aver fatto tutto il possibile per evitarlo.

Secondo questo criterio infatti, se da un lato, non può ritenersi sufficiente la sola prova del danno, dall'altro l'attore non deve dare specifica dimostrazione della colpa e del nesso di causalità, potendosi limitare a provare fatti anche astrattamente incompatibili con il corretto esercizio del dovere di controllo dell'informazione imposto sull'*advisor* accompagnato dalla prova di aver correttamente esercitato il proprio.

Dalla prova di questi, il giudice può attraverso un ragionamento logico presuntivo ritenere provati colpa e nesso di causalità.

Questo criterio opera all'interno delle regole generali in tema di prova e di presunzioni senza alterazioni o finzioni di giudizio, selezionando i fatti

gravi, precisi e concordanti di cui l'attore deve dare dimostrazione e che possono fondare il convincimento del giudice.

La soluzione proposta, oltre ad essere rispettosa del dato normativo, sembra anche tener correttamente conto delle esigenze sostanziali riconosciute al danneggiato attraverso una ordinata valutazione:

- delle probabilità che spingono a considerare esistente ciò che è usuale, mentre si fa carico a chi nega di provare il non usuale;
- dalla migliore conoscenza dei fatti di una delle parti o al migliore – o esclusivo – accesso ai mezzi di prova.

La semplificazione analitica infatti fa carico al danneggiato di dimostrare il fatto oggettivo e l'esercizio del proprio potere di controllo senza gravarlo dell'onere della prova degli elementi di giudizio attinenti all'operatore professionale.

8. segue. L'uso delle presunzioni semplici in funzione di semplificazione della prova: l'affidamento legittimo

Applicando i criteri indicati dalla Corte costituzionale al tema in esame, il problema operativo sembra suggerire un approfondimento critico degli indizi da cui origina la presunzione della violazione del dovere di diligenza.

Come si è visto infatti, l'obbligo dell'*advisor* non ha ad oggetto una prestazione di risultato tale che la inesattezza dell'informazione coincide con l'illecito, ma la formazione dell'informazione nel rispetto dei canoni di professionalità, che proprio nei casi più complessi può non coincidere con la verità dell'informazione.

In questo senso, applicando la tecnica di semplificazione analitica della fattispecie, sembra potersi affermare che se ed in quanto l'informato dimostri che il danno è derivato da un fatto astrattamente incompatibile con il rispetto del dovere di diligenza dell'operatore professionale e di essersi comportato in modo diligente, il giudice può presumere la responsabilità dell'*advisor*, salvo che questo a sua volta non dimostri di non aver potuto fornire l'esatta informazione.

In questo senso, l'inesattezza dell'informazione costituisce solo la prova del fatto astrattamente incompatibile con il rispetto del dovere di diligenza.

Spetta allora al danneggiato provare che tale informazione ha determinato una situazione di pericolo non superabile con la diligenza su di lui gravante.

In questo senso, la presunzione sembra muovere correttamente dalla dimostrazione dei fatti consentendo al giudice di operare nei limiti di cui all'art. 2727 cod. civ., senza aprioristiche presupposizioni o forzature del dato normativo.

In questa prospettiva, la situazione di pericolo coincide con indicazioni a suo tempo fornite dalla dottrina in tema di affidamento legittimo e destinatarietà ragionevolmente prevedibile.

Oggetto della dimostrazione della legittimità dell'affidamento è pertanto la sussistenza di “*una situazione di affidamento oggettivamente valutabile che vale a giustificare la fiducia nella regolarità del comportamento altrui*”²²⁵.

²²⁵ Cfr. BUSNELLI, *op. cit.*, p. 573, riprendendo un'indicazione di MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. Dir. comm.*, 1956, II, p. 364

L'utilizzazione fatta dalla giurisprudenza di questo criterio porta a ritenere, per le ragioni sopra esposte, che esso non possa esaurirsi nella allegazione della qualificazione soggettiva dell'informatore e nella dimostrazione di inesattezza dell'informazione ma debba arricchirsi di elementi ulteriori.

Una prima riflessione sembra coinvolgere l'oggetto dell'affidamento e cioè le caratteristiche dell'informazione.

L'autorevole insegnamento che ci guida in questa indagine, infatti, aveva già in origine rilevato che la prospettiva di una generale ed indifferenziata responsabilità civile da informazioni inesatte si rileva una falsa prospettiva²²⁶.

In questo senso, ha attribuito al titolo per cui questa è resa la funzione di criterio di graduazione della colpa, ed alla natura della stessa la funzione di criterio di qualificazione nel senso dell'individuazione della disciplina applicabile: estraneità alla fattispecie, nel caso di consiglio amichevole, responsabilità da prodotto difettoso nel caso dell'informazione-prodotto; responsabilità ex art. 2043 cod. civ., nel caso dell'informazione-servizio.

Seguendo questa impostazione, la natura dell'informazione resa sembra poter costituire un valido indizio anche ai fini della valutazione della legittimità dell'affidamento.

In questo senso, all'interno del genere informazione professionale è dato distinguere diverse tipologie in relazione al contenuto: informazione-notizia; informazione-giudizio; informazione-consiglio; informazione-contegno.

²²⁶ Cfr. BUSNELLI, *op cit.*, p. 553

La prima verte su dati storici già accaduti ed è in quanto tale certa ed inconfutabile e perciò intrinsecamente più affidabile. Si pensi ad esempio al benefondi bancario. In questo caso, l'affidamento è pienamente legittimato e l'informazione assume i caratteri della certezza.

La seconda invece rappresenta una valutazione condotta su un qualcosa che è già accaduto, ma influenzata dai saperi del valutatore. In questo caso, il fatto si è interamente compiuto ed ha già prodotto completamente i suoi effetti. La sua affidabilità, perciò, è attenuata rispetto all'ipotesi precedente, come ad esempio nella revisione contabile o nel caso del parere dell'avvocato. Anche in questo caso l'affidamento è legittimo, ma l'informazione ha necessariamente un carattere discrezionale coincidente con l'ambito e la complessità della valutazione.

Meno affidabile è poi l'informazione-consiglio che costituisce l'effetto della valutazione di un fatto attuale e delle sue eventuali conseguenze fa la mente dell'uomo secondo il suo discernimento. La distinzione rispetto all'ipotesi precedente è da cogliersi sul piano degli effetti che in questo non si sono ancora prodotti. Questo tipo di informazione sembra caratterizzare la valutazione del rating, la *due diligence*, la diagnosi del medico, la valutazione di un piano di investimento.

L'informazione-contegnò non si traduce nella comunicazione o diffusione di informazioni, ma in un atteggiamento che lascia presumere la sussistenza di un fatto. Si pensi ad esempio al caso dell'acquisto di una grande quantità di titoli azionari da parte di un investitore professionale.

In questo caso, il livello di affidabilità è ancor più ridotto perché l'informazione non è comunicata ma desunta dallo stesso danneggiato .

Vi sono poi ipotesi ambigue, come ad esempio nella concessione abusiva del credito, nella quale da un lato, il comportamento della banca non si traduce in una comunicazione destinata ad essere conosciuta da terzi, dall'altro tuttavia essa presenta le caratteristiche dell'informazione-giudizio e finisce di fatto per essere conosciuta²²⁷.

Questa possibilità conferma che il giudice nel valutare gli indizi secondo il criterio della gravità, precisione e concordanza, non può operare secondo modelli predeterminati presumendo in base ad una regola di (presunta) esperienza la effettiva conoscenza dell'informazione ma deve accertare in concreto secondo le allegazioni offerte dal danneggiato gli elementi necessari alla corretta qualificazione giuridica della notizia.

Così nell'ipotesi in cui si agisca in giudizio per la lesione dell'affidamento derivato dalla concessione del credito si dovrà distinguere il caso in cui tale contegno sia stato comunque diffuso ad esempio dagli organi di stampa per la rilevanza dell'operazione, da quello in cui sia rimasto un fatto privato dell'ente di credito e come tale assolutamente libero ed insindacabile²²⁸.

Anche questo profilo, si conferma che la valutazione dell'affidamento appare orientata non solo dalla semplicità di elaborazione della notizia, ma anche dalla sua intelleggibilità da parte del destinatario, coincidendo

²²⁷ Sul piano dell'esperienza del concreto, l'ambiguità di questa figura sembra alla base delle pronunce giurisprudenziali che tendono a risolvere la concessione abusiva del credito più che in un'ipotesi di lesione dell'affidamento ingenerato dall'erogazione del denaro in un comportamento illecito commissivo coincidente nel ritardo della dichiarazione di fallimento al fine di ottenere indebiti vantaggi trasferendo su terzi le proprie perdite. In questo senso cfr. Cass. 13 gennaio 1993 n. 343 cit., e Trib Foggia, 7 maggio 2002, *cit.*.

²²⁸ Cfr. BUSNELLI, *op. cit.*, p. 574, il quale individua nella ragionevolezza della fiducia suscitata il limite tra il comportamento libero ed insindacabile del soggetto e quello discrezionale.

in sostanza con il potere di controllo che su di essa è in grado di esercitare l'operatore professionale.

Sotto questo profilo l'analisi dell'affidamento richiede anche un'indagine sul destinatario dell'informazione.

Il criterio della destinatarietà ragionevolmente prevedibile esprime l'idea che non tutti i destinatari dell'informazione sono uguali di fronte all'informazione diffusa dall'operatore professionale.

L'informazione economica, come rilevato, non ha infatti sempre un destinatario indifferenziato o privo delle capacità tecniche per comprendere il contenuto di un'informazione complessa, suggerendo pertanto una distinzione anche per così dire "a valle" del rapporto, tra operatori professionali e non professionali.

Dottrina e giurisprudenza tuttavia hanno sviluppato questa indicazione nella prospettiva dell'individuazione del criterio di imputazione secondo un giudizio di causalità, più che nella sua funzione di selezione.

Recuperando invece tale funzione appare utile rilevare che questo criterio non contribuisce solo a circoscrivere il collegamento con l'informatore a quei soggetti sufficientemente coinvolti nell'operazione tale da giustificare l'interesse ad una corretta informazione²²⁹, ma anche alla descrizione del modo di essere di tale collegamento.

²²⁹ Cfr. BUSNELLI, op. cit., 574, il quale attribuisce al criterio funzione di clausola generale presuntiva di causalità al fine di limitare il risarcimento a quelle ipotesi ed a quei soggetti cui era prevedibile che l'informazione arrivasse e che si sarebbero determinati in base ad essa. Questa d'altra parte è la funzione che, secondo quanto riferito dall'Autorevole dottrina in commento, il criterio svolge da tempo nell'esperienza di *Common Law* ove, nella sua accezione più ampia, determina la responsabilità solo nei confronti di quei soggetti che agli occhi dello stesso responsabile "era verosimilmente apparso così strettamente e direttamente coinvolto... da far ragionevolmente prevedere che... avrebbe potuto essere danneggiato dai suoi atti o dalle sue omissioni"

L'ampliamento della portata del criterio tenta di sviluppare al massimo le potenzialità in esso insite dando concretezza alla previsione, anche in considerazione delle indicazioni giurisprudenziali della Corte costituzionale sopra richiamata, sotto il profilo dell'autoresponsabilità, e delle Sezioni Unite della Cassazione le quali, come noto, hanno specificato che *"Compito del giudice, chiamato ad attuare la tutela ex art. 2043 c.c., è quindi quello di procedere ad una selezione degli interessi giuridicamente rilevanti, istituendo un giudizio di comparazione [tra l'] interesse effettivo del soggetto che si afferma danneggiato, e [l']interesse che il comportamento lesivo dell'autore del fatto è volto a perseguire al fine di ... stabilire se si è verificata una rottura del "giusto" equilibrio intersoggettivo, e provvedere a ristabilirlo mediante il risarcimento"*²³⁰.

²³⁰ Cass. Sez. Un 22 luglio 1999, n. 500 *ex multis* in *Contratti*, 1999, 869 con nota di MOSCARINI *"Risarcibilità degli interessi legittimi e termini di decadenza"*: *"In definitiva, ai fini della configurabilità della responsabilità aquiliana non assume rilievo determinante la qualificazione formale della posizione giuridica vantata dal soggetto, poiché la tutela risarcitoria è assicurata solo in relazione alla ingiustizia del danno, che costituisce fattispecie autonoma, contrassegnata dalla lesione di un interesse giuridicamente rilevante.*

Quali siano gli interessi meritevoli di tutela non è possibile stabilirlo a priori: caratteristica del fatto illecito delineato dall'art. 2043 c.c., inteso nei sensi suindicati come norma primaria di protezione, è infatti la sua atipicità. Compito del giudice, chiamato ad attuare la tutela ex art. 2043 c.c., è quindi quello di procedere ad una selezione degli interessi giuridicamente rilevanti, poiché solo la lesione di un interesse siffatto può dare luogo ad un "danno ingiusto", ed a tanto provvederà istituendo un giudizio di comparazione degli interessi in conflitto, e cioè dell'interesse effettivo del soggetto che si afferma danneggiato, e dell'interesse che il comportamento lesivo dell'autore del fatto è volto a perseguire, al fine di accertare se il sacrificio dell'interesse del soggetto danneggiato trovi o meno giustificazione nella realizzazione del contrapposto interesse dell'autore della condotta, in ragione della sua prevalenza.

Comparazione e valutazione che, è bene precisarlo, non sono rimesse alla discrezionalità del giudice, ma che vanno condotte alla stregua del diritto positivo, al fine di accertare se, e con quale consistenza ed intensità, l'ordinamento assicura tutela all'interesse del danneggiato, con disposizioni specifiche (così risolvendo in radice il conflitto, come avviene nel caso di interesse protetto nella forma del diritto soggettivo, soprattutto quando si tratta di diritti costituzionalmente garantiti o di diritti della personalità), ovvero comunque lo prende in considerazione sotto altri profili (diversi dalla tutela risarcitoria), manifestando così una esigenza di protezione (nel qual caso la composizione del conflitto con il contrapposto interesse è affidata alla decisione del giudice, che dovrà stabilire se si è verificata una rottura del "giusto" equilibrio intersoggettivo, e provvedere a ristabilirlo mediante il risarcimento)".

Proprio la ragionevolezza della previsione di danneggiamento sembra infatti sollecitare una graduazione nel senso della maggiore influenza su un soggetto non professionale.

In questo senso, all'interno del mercato si riconoscono comunemente diverse posizioni soggettive, tra cui le più importanti: consumatore²³¹, impresa in posizione di dipendenza economica ed impresa forte.

Tali categorie, che ovviamente non esauriscono la realtà del concreto, poste in relazione al tipo di informazione comunicata dal professionista possono forse costituire utile riferimento per un paradigma di valutazione²³² della legittimità dell'affidamento.

In questo senso, ad esempio, nel caso del consumatore caratterizzato da una genetica posizione di debolezza, le possibilità di una errata lettura dell'informazione sono massime con la conseguenza di dover adottare la massima cautela al fine di conservare il corretto e completo significato dell'informazione rimuovendo nella sostanza la posizione originale di equilibrio.

Nei confronti degli altri operatori professionali, invece non vi è alcuna genetica posizione di debolezza con la conseguenza che questa qualora sussistente dovrà essere provata.

L'ordinamento ammette la sua configurabilità ad esempio nel caso della dipendenza economica²³³ quando *“un'impresa sia in grado di*

²³¹ P. PERLINGIERI, *La tutela del consumatore*, in *Il diritto dei consumi*, I, p.18 *“il consumatore non è uno status ma una posizione da individuare ed accertare di volta in volta: “il soggetto alle volte è consumatore, altre è imprenditore o piccolo imprenditore come nel contratto di subfornitura dove pure esiste la necessità di ovviare a macroscopiche disparità di potere contrattuale tutelando la parte debole”.*

²³² Cfr. CALABRÒ, *Tutela del contraente debole e mercato: la dialettica tra norme e valori*, in *Il Diritto dei consumi*, I, Rende, 2005, p. 34.

²³³ Sulla portata generale del criterio elaborato in tema di subfornitura Cfr. tra gli altri VETTORI, *Autonomia e Contratto giusto* in *Riv. Dir. priv.*, 200, p. 30; PILIA *Circolazione giuridica e nullità*, Milano, 2002, p.319; MAUGERI, *Le recenti modifiche*

*determinare nei rapporti commerciali con altra impresa un eccessivo squilibrio di diritti ed obblighi... tenuto conto anche della possibilità... di reperire alternative soddisfacenti*²³⁴.

Riferito all'informazione, l'affidamento dovrà essere valutato con maggiore rigore nel caso in cui vi siano diverse informazioni in circolazione sul mercato diffuse da più operatori qualificati, tale che la scelta dell'affidamento appaia pieno esercizio del potere di determinazione del destinatario.

Nel caso in cui operatore professionale e destinatario dell'informazione siano in posizione di parità, e quindi abbiano pari accesso all'informazione e siano in grado di valutarla autonomamente, l'affidamento sarà giudicato con massimo rigore fino alla sua esclusione²³⁵.

9. Il comportamento diligente del debitore e l'efficienza causale dell'informazione inesatta

Accertata la legittimità dell'affidamento, grava sull'operatore professionale l'onere di dimostrare il rispetto della regola di diligenza.

della disciplina sull'abuso di dipendenza economica in una prospettiva comparatistica, in Europa dir. priv., 2002, p. 460

²³⁴ Art. 9, legge 18 giugno 1998, n. 192 come modificato dall'art. 11 legge 5 marzo 2001 n. 57 relativa alle disposizioni in materia di apertura e regolamentazione dei mercati: "E' vietato l'abuso da parte di una o più imprese dello stato di dipendenza economica nel quale si trova o nei cui o nei loro riguardi, un'impresa cliente o fornitrice. Si considera dipendenza economica la situazione in cui un'impresa sia in grado di determinare nei rapporti commerciali con un'altra impresa un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi. La dipendenza economica è valutata tenendo conto anche della reale possibilità per la parte che abbia subito l'abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti.

²³⁵ Non così però ad esempio nel caso del benefondo bancario dove non vi è parità di accesso all'informazione e questa presenta il grado di certezza dell'informazione-notizia.

Oggetto della prova è pertanto la dimostrazione dell'adempimento degli obblighi descritti in precedenza che rappresentano l'ambito, l'intensità ed i limiti del potere di controllo sull'informazione da parte dell'*advisor* come descritti dalle disposizioni normative di rango primario e secondario, comprensive quindi della regolamentazione di settore delle direttive delle autorità di vigilanza, dalle associazioni di categoria, dalla prassi e dalle comuni regole di prudenza dettate dal caso concreto tenuto anche conto delle caratteristiche soggettive del destinatario dell'informazione.

In questo senso, la prova sulla diligenza che grava sull'*advisor* è diretta e non indiziaria.

In questo senso ancora saranno irrilevanti gli elementi di prova relativi allo stato soggettivo di buona fede o ignoranza, consistendo il parametro della diligenza in una regola obiettiva e non soggettiva di comportamento.

L'*advisor* può inoltre dimostrare non essere responsabile del danno dando prova:

a) che il danno è conseguenza di un fatto sopravvenuto non prevedibile e non evitabile, interrompendo così il collegamento causale tra l'inesattezza dell'informazione ed il danno, secondo il modello del caso fortuito;

b) dell'esistenza di circostanze imprevedibili ed inevitabili che hanno reso impossibile l'esercizio del potere di controllo sull'informazione, secondo il modello dell'inesigibilità della prestazione²³⁶.

²³⁶ Sotto quest'ultimo profilo, va correttamente ad esempio ricondotto il caso in cui l'inesattezza dell'informazione sia derivata da un errore nella sua costruzione

10. Conclusioni

determinato da un comportamento del soggetto cui l'informazione si riferisce non superabile con la diligenza dovuta; cfr. Trib. Milano 18 giugno 1992 cit., p.12
