

RESPONSABILITÀ CIVILE E PREVIDENZA

rivista mensile di dottrina,
giurisprudenza e legislazione

diretta da
Giovanni Iudica - Ugo Carnevali

| estratto

LA RESPONSABILITÀ DEL SOGGETTO ABILITATO NELL'ILLECITO DEL PROMOTORE FINANZIARIO: IL PUNTO FERMO DELLA CORTE DI CASSAZIONE

di Fernando Greco



GIUFFRÈ EDITORE

| 2 LA RESPONSABILITÀ DEL SOGGETTO ABILITATO NELL'ILLECITO DEL PROMOTORE FINANZIARIO: IL PUNTO FERMO DELLA CORTE DI CASSAZIONE

di **Fernando Greco** – *Associato di diritto privato nell'Università del Salento*

L'articolo analizza la problematica della responsabilità solidale del soggetto abilitato per fatto illecito del promotore finanziario avendo riguardo alla peculiarità della relazione risparmiatore-promotore. L'oggettivizzazione della responsabilità si giustifica in relazione al fatto che l'impresa preponente sceglie il collaboratore, se ne avvale, lo organizza e lo controlla e infine può tradurre il rischio in costo. Ed è proprio nel contesto della teoria del rischio di impresa che si comprende la funzione del criterio della «necessaria occasionalità», che costituisce il fondamento ed il limite dell'affermazione in termini oggettivi della responsabilità dell'impresa.

This article analyses the joint and several liability of tort of the enabled financial advisor with regard to the special relationship between savers and promoters. The objectification is justified by the fact that the proposing company chooses, employs, organizes and controls its co-workers and, eventually, can translate risk into cost. And it is precisely in the context of the enterprise risk theory that we understand the role of the principle of "necessary occasionality" upon which the enterprise responsibility is objectively based.

Sommario 1. Considerazioni preliminari. — 2. La responsabilità solidale del soggetto abilitato nel percorso della giurisprudenza. — 3. «Necessaria occasionalità» e tutela del cliente. — 4. Il concorso di colpa del danneggiato.

1. CONSIDERAZIONI PRELIMINARI

La figura del promotore finanziario consente alle banche ed agli intermediari finanziari di offrire e prestare servizi di investimento al di fuori delle proprie sedi. Si tratta, indubbiamente, di un significativo vantaggio per i soggetti abilitati dato che consente di comprimere i costi procedendo — pur in assenza di reti distributive territoriali paragonabili a quelle delle banche — di utilizzare collaboratori esterni per la raccolta di ordini della clientela. L'art. 5, legge 2 gennaio 1991, n. 1, ha istituito la figura del promotore finanziario e, più in generale, nel sistema attuale l'art. 31, comma 1, d.lgs. n. 58/1998 TUF, precisa che le imprese di investimento, le SGR, le società di gestione armonizzate, le Sicav, gli intermediari finanziari iscritti nell'elenco previsto dall'art. 107 TUB e le banche, nello svolgimento delle offerte fuori sede, debbano avvalersi

della loro attività. L'art. 78 del Regolamento Intermediari puntualizza ulteriormente la portata della disposizione ⁽¹⁾.

I promotori finanziari agiscono nei limiti dell'incarico ricevuto ed osservano le disposizioni che regolamentano l'attività dei soggetti abilitati nel cui interesse operano. Dunque sono tenuti al rispetto delle disposizioni legislative e regolamentari (oltre che ai relativi codici di autodisciplina riferentesi alla categoria del soggetto abilitato nel cui interesse operano), rispettando le procedure ed i codici interni di comportamento.

Una delle disposizioni più significative — cui essi sono soggetti — impone loro di non poter ricevere dal cliente o potenziale cliente alcuna forma di compenso o finanziamento (art. 108, comma 6, Reg. Intermediari) e di ricevere — ma solo per una immediata trasmissione — esclusivamente assegni bancari o assegni circolari intestati o girati al soggetto abilitato per conto del quale operano, ovvero al soggetto i cui servizi e attività di investimento, strumenti finanziari o prodotti sono offerti, muniti di clausola di non trasferibilità; ordini di bonifico e documenti simili che abbiano quale beneficiario uno di quei soggetti; strumenti finanziari nominativi e all'ordine, intestati o girati a favore del soggetto che presta il servizio e attività di investimento oggetto dell'offerta.

È ovvio che tali limitazioni hanno come unico obiettivo quello di prevenire eventuali raggiri da parte dei promotori finanziari in danno dei clienti che — come dimostrano i casi analizzati dalla giurisprudenza — sono favoriti proprio dalla consegna di denaro contante o mezzi di pagamento differenti da quelli consentiti dalla legge. Ed è proprio questo l'ambito della nostra indagine ovvero tentare di individuare le responsabilità dei soggetti abilitati tutte le volte in cui i promotori — violando la disciplina di settore — ricevono versamenti in modo difforme rispetto alle modalità appena indicate, appropriandosi indebitamente del denaro della clientela.

2. LA RESPONSABILITÀ SOLIDALE DEL SOGGETTO ABILITATO NEL PERCORSO DELLA GIURISPRUDENZA

La Corte di cassazione ⁽²⁾ ha più volte ribadito un orientamento oramai consolidato della giurisprudenza di legittimità ⁽³⁾ sulla responsabilità della Sim per fatto illecito del promotore finanziario. I giudici, infatti, sottolineano che le disposizioni che i promotori devono osservare nel ricevere somme di denaro dai loro clienti sono «consustanzialmente» dirette a porre obblighi di comportamento in capo al promotore e traggono la propria fonte da prescrizioni di legge, espressamente volte a tutelare gli interessi del

⁽¹⁾ Art. 78, Reg. Consob 16190/2007: « 1. Nell'attività di offerta fuori sede di strumenti finanziari, di servizi e attività di investimento e di prodotti finanziari disciplinati dall'articolo 30 del Testo Unico, le imprese di investimento, le banche, gli intermediari finanziari iscritti nell'elenco previsto dall'articolo 107 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, le società di gestione del risparmio, le società di gestione armonizzate, le SICAV e la società Poste Italiane — Divisione Servizi di Banco Posta autorizzata ai sensi dell'articolo 2 del decreto del Presidente della Repubblica n. 144 del 14 marzo 2001, nel rapporto diretto con la clientela si avvalgono dei promotori fi-

nanziari al fine di adempiere alle prescrizioni di cui al Libro III. 2. Nell'attività di offerta fuori sede di quote o azioni di OICR, le società di gestione del risparmio e le SICAV si attengono ai limiti e alle previsioni di cui all'articolo 77. 3. Le disposizioni del comma 1 si applicano anche all'offerta fuori sede dei servizi accessori e dei fondi pensione aperti da parte delle imprese di investimento ».

⁽²⁾ Per tutte v. Cass. civ., 15 gennaio 2011, n. 1741, in questa *Rivista*, 2011, 1770 ss.

⁽³⁾ F. GRECO, *Illecito del promotore e responsabilità della SIM: fine di un percorso ad ostacoli?*, in questa *Rivista*, 2011, 1773 ss.

risparmiatore, di talché non è logicamente postulabile che esse si traducano in un onere di diligenza in capo a quest'ultimo, tale per cui l'eventuale violazione di detta prescrizione ad opera del promotore si risolva in un addebito di colpa (concorrente, se non addirittura esclusiva) a carico del cliente danneggiato dall'altrui atto illecito. A tal proposito precisano che l'implicito presupposto dal quale muovono tutte le disposizioni volte a conformare a regole prefissate il comportamento degli intermediari e dei promotori è proprio l'insufficienza delle tradizionali forme di tutela dell'investitore affidate alla mera sottoscrizione di moduli e formulari. Pertanto, ove si ammettesse la possibilità per l'intermediario di scaricare in tutto o in parte sull'investitore il rischio della violazione di tali regole di comportamento si finirebbe per vanificare lo scopo della normativa.

Tuttavia, i giudici di merito non sempre paiono persuasi dalle argomentazioni della Corte di cassazione. Il Tribunale di Monza ⁽⁴⁾ ad esempio, nel sottolineare che i versamenti al promotore finanziario debbano avvenire con modalità tali da rendere necessario il transito sul conto corrente del cliente, esclude la responsabilità della banca per fatto illecito del promotore (limitandosi alla condanna di quest'ultimo), quando, in forza di espressa previsione pattizia e del fatto che, se versamenti di denaro avvengono in contanti e senza transitare sul conto corrente, la banca non è posta in condizione di controllare l'operato dei propri dipendenti e collaboratori.

A tal proposito nella difesa della banca si evidenziava che le modalità di versamento da parte del cliente erano state pattiziate concordate nelle condizioni generali del contratto stipulato *inter partes*. Per il Tribunale trattasi di clausole finalizzate a consentire alla banca il controllo dell'operato del promotore finanziario ed idonee ad escludere quel rapporto di occasionalità necessaria tra l'attività del promotore e quella della banca proponente, ritenuto sufficiente dall'art. 31 TUF e dalla stessa giurisprudenza al fine di accertare la responsabilità della banca. In altri termini, per l'intermediario finanziario, il responsabile dell'accaduto (quanto meno in termini di concorrenza) è il cliente, reo di aver violato le condizioni contrattuali che imponevano particolari modalità sul conferimento del denaro.

I giudici, a tal proposito, sottolineano che dall'esame della vicenda emergeva che tra il cliente ed il promotore si era instaurato un rapporto parallelo ed opposto rispetto alle regole contrattuali. Comportamenti che, a detta del Tribunale, non potevano non apparire del tutto estranei ad un corretto spiegamento e svolgimento del rapporto con la banca, oltre che in contrasto con le norme di legge in materia di utilizzo di denaro contante e di emissione e di incasso dei clienti. Insomma, l'accettazione di una rendicontazione parallela del tutto difforme a quella ufficiale inviata dalla Banca è un chiaro indice — stando alla ricostruzione dei giudici — della consapevolezza di operare *extra ordinem* e dell'esistenza di quella effettiva acquiescenza del cliente alla violazione, da parte del promotore, delle regole di condotta su quest'ultimo gravanti, idonee ad integrare, secondo la Suprema Corte, un addebito di responsabilità a carico del cliente, a titolo di colpa concorrente ed esclusiva.

Il fatto stesso di non aver mai ricevuto copia della polizza milionaria *Unit Linked*

⁽⁴⁾ Trib. Monza, 1° luglio 2011, in questa *Rivista*, 2012, 219 ss.

(circostanza ammessa dai clienti) e di aver fatto affidamento solo su quanto rendicontato dal promotore è per il Tribunale un chiaro indice di questa responsabilità. Trattasi di una corresponsabilità idonea, stando alla decisione dei giudici, ad incidere, *ex art. 1227 c.c.*, sulla creazione dei danni.

Così come emerge dalla lettura della parte motiva della sentenza del Tribunale di Monza il comportamento dei clienti esclude qualsiasi rapporto di occasionalità necessaria tra il palesemente illecito operato dal promotore e la banca convenuta.

Le argomentazioni appena richiamate non convincono giacché appaiono in contrasto con la *ratio* posta a fondamento delle disposizioni in ordine alle regole che i promotori devono osservare nel ricevere somme di denaro dai loro clienti. Si tratta di norme dirette — espressamente — a tutelare gli interessi del risparmiatore. Sarebbe paradossale evitare la normativa di tutela con previsioni contrattuali, eventualmente inserite in moduli sottoscritti dal cliente, trasformando così regole riguardanti l'obbligo di comportamento dei promotori in regole di diligenza del risparmiatore.

Di questo ne è convinta anche la Cassazione che in una recentissima decisione ha affermato testualmente che «se (...) la *ratio legis* è quella di rafforzare la garanzia del risparmiatore, si deve ritenere (...) che il meccanismo normativo miri a responsabilizzare l'intermediario in relazioni ai comportamenti, anche illeciti, dei soggetti — quali i promotori — che egli (...) sceglie»⁽⁵⁾. Può dunque sostenersi che la responsabilità del soggetto abilitato per fatto illecito del promotore debba ritenersi oggettiva, con la conseguenza che il soggetto abilitato che risarcisce il danno ai sensi dell'art. 31, comma 3 TUF (che addossa al soggetto abilitato che conferisce l'incarico una responsabilità per i danni arrecati ai terzi dal promotore finanziario) potrà rivalersi agendo in regresso contro il promotore autore dell'illecito. Ciò, naturalmente, presuppone che l'intermediario non abbia in alcun modo concorso con una propria autonoma condotta al verificarsi del danno.

La dottrina osserva che la regola della responsabilità prevista dall'art. 31, comma 3, TUF, è tributaria del «rischio di impresa»⁽⁶⁾ che non si discosta formalmente da un orizzonte sistematico che *ex artt. 1228 e 2049*⁽⁷⁾ c.c. giustifica la responsabilità dell'impresa preponente perché sceglie il collaboratore, se ne avvale, lo organizza e lo controlla e infine può tradurre il rischio in costo. Ed è proprio nel contesto della teoria del rischio di impresa che si comprende la funzione del criterio della «necessario occasionalità», che costituisce il fondamento ed il limite dell'affermazione in termini oggettivi della responsabilità dell'impresa⁽⁸⁾.

3. «NECESSARIA OCCASIONALITÀ» E TUTELA DEL CLIENTE

Per i giudici di legittimità per i quali, la responsabilità dell'intermediario, la quale pur sempre presuppone che il fatto illecito del promotore sia legato da un nesso di occa-

⁽⁵⁾ Cass. civ., 16 novembre 2011, n. 24004.

⁽⁶⁾ In argomento TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961, 275;

⁽⁷⁾ Sul punto v. Cass. civ., 22 ottobre 2004, n. 20588, in *Mass. Foro it.*, 2004, 1531 ove si afferma che l'art. 5, comma 4, legge n. 1/1991, stabilisce una relazione di continuità con i principi generali dettati dall'art. 2049 c.c., la cui portata è estesa al fine di fornire agli

investitori un più efficace strumento di tutela dei loro interessi.

⁽⁸⁾ D'AURIA, *Ancora sul nesso di «occasionalità necessaria» negli illeciti dei promotori finanziari: profili problematici*, in *Giur. it.*, 2011, 12 ss. In senso critico TUCCI, *Responsabilità dell'intermediario per illecito del promotore finanziario e concorso di colpa dell'investitore*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2006, I, 146.

sionalità necessaria all'esercizio delle incombenze a lui facenti capo ⁽⁹⁾ trova la sua ragion d'essere per un verso nel fatto che l'agire del promotore è uno degli strumenti dei quali l'intermediario si avvale nell'organizzazione della propria impresa, traendone benefici cui è ragionevole far corrispondere i rischi. Trova infatti applicazione, in quest'ambito, quel concetto di « necessaria occasionalità » di creazione giurisprudenziale ⁽¹⁰⁾ che si presta ad essere utilizzato come strumento elastico, idoneo a recepire quelle tendenze oggettivistiche della responsabilità civile ⁽¹¹⁾.

È chiaro che l'obiettivo è da individuare nell'esigenza di offrire una più adeguata garanzia ai destinatari delle offerte fuori sede rivolte dall'intermediario per il tramite del promotore, giacché appunto per le caratteristiche di questo genere di offerte può essere più facilmente sorpresa la buona fede dei clienti. Il nesso di « necessaria occasionalità » è dunque ravvisabile tutte le volte in cui il comportamento del promotore rientri nel quadro delle attività funzionali all'esercizio delle incombenze di cui è investito ⁽¹²⁾.

Proprio con tale garanzia il legislatore ha inteso rafforzare attraverso un meccanismo normativo volto a responsabilizzare l'intermediario nei riguardi dei comportamenti di soggetti, quali sono i promotori, che l'intermediario medesimo sceglie, nel cui interesse essi operano e sui quali nessuno meglio dell'intermediario è concretamente in grado di esercitare efficaci forme di controllo. Le norme sui mezzi di pagamento sono da interpretare in chiave funzionale e, cioè, nell'ottica esegetica del loro scopo tipico di rafforzare la tutela dei clienti; esse sono precettivamente indirizzate ai promotori finanziari ⁽¹³⁾.

Escludere il nesso di occasionalità necessaria in presenza di un soggetto che spende il nome dell'intermediario, autolegittimando la propria credibilità agli occhi del cliente, stride profondamente con la *ratio* posta a fondamento della normativa di settore.

Coerentemente i giudici di legittimità addebitano in via esclusiva al promotore finanziario la responsabilità dell'evento, escludendo la possibilità di configurare un

⁽⁹⁾ Va ricordato come l'elemento della connessione del fatto illecito del promotore con l'esercizio delle incombenze rappresenti un nodo problematico: nel diritto applicato ricorrendo ad un concetto di nesso di occasionalità più ampio dell'ordinario nesso di causalità si ritiene sufficiente che l'evento dannoso sia reso possibile, o comunque agevolato dall'adempimento delle mansioni o incombenze affidate al preposto. Sul punto v. Cass. civ., 10 gennaio 1974, n. 99, in questa *Rivista*, 1975; Cass. civ., 17 maggio 2001, n. 6756, in *Arch. civ.*, 2001, 969; App. Milano, 27 luglio 2001, in *Banca borsa tit. credito*, 2002, II, 424, con nota di CHIEPPA MAGGI; Cass. civ., 12 agosto 2000, n. 10803, in *Mass. Giur. it.*, 2000; Cass. civ., 22 maggio 2000, n. 6617, in *Mass. Giur. it.*, 2000.

⁽¹⁰⁾ Trattasi di un collegamento che pur non risolvendosi in un vero e proprio nesso di causalità si giustifica in un rapporto di « occasionalità necessaria » nel senso cioè che l'incarico svolto deve aver determinato una situazione tale da rendere possibile

ed agevole il fatto illecito. Tra le prime decisioni v. Cass. civ., 11 luglio 1975, n. 2766, in *Giur. it.*, 1976, I, 1, 1173; Cass. civ., 10 maggio 1974, n. 1354, *ivi*, 1974, 381; Cass. civ., 24 maggio 1972, n. 1632, in *Rep. Giur. it.*, 1972, voce *Responsabilità civile*.

⁽¹¹⁾ F. GRECO, *La responsabilità della SGR per fatto illecito della società mandataria incaricata del collocamento del fondo*, in questa *Rivista*, 2010, 1340

⁽¹²⁾ Sul punto Trib. Lecce, 28 giugno 2004, in www.ilcaso.it.

⁽¹³⁾ Così RENZULLI, *La rilevanza della negligenza dell'investitore tra efficacia della tutela e violazione delle regole di condotta*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2011. Per un'analisi più generale della responsabilità degli intermediari v. LUCCHINI GUASTALLA, *Violazione degli obblighi di condotta e responsabilità degli intermediari finanziari*, in questa *Rivista*, 2008, 741 ss.; Id., *In tema di responsabilità degli intermediari finanziari*, in questa *Rivista*, 2011, 741.

concorso colposo del danneggiato nella produzione dello stesso. In particolare la Cassazione non ha mancato di sottolineare come la disciplina in materia sia espressamente volta alla tutela degli interessi del risparmiatore. Ciò non consente, logicamente, che essa si possa tradurre in un onere di diligenza posto a carico del risparmiatore, tale per cui l'eventuale violazione di detta prescrizione si risolve in un addebito di colpa a carico del cliente danneggiato dall'altrui atto illecito. In questa prospettiva si ribadisce uno degli aspetti più problematici ⁽¹⁴⁾ della responsabilità del promotore finanziario e si avalla, ancora una volta, l'orientamento di quella parte della dottrina che ha sempre manifestato la propria contrarietà in ordine alla possibilità di individuare un concorso colposo dell'investitore per fatto illecito del promotore ⁽¹⁵⁾.

Tale impostazione appare senz'altro condivisibile soprattutto se si tiene a mente che nella fattispecie più frequente, rappresentata dalla volontà del promotore di sottrarre dolosamente danaro al cliente-risparmiatore, non può ritenersi che al soggetto abilitato sia dato appellarsi, al fine di limitare le pretese risarcitorie, alla violazione delle regole sulla consegna dei mezzi di pagamento; tale conclusione non muta neppure quando si tratti di regole previste in apposite norme o contenute all'interno del contratto come nella vicenda in commento ⁽¹⁶⁾. Coerentemente è stato sottolineato che il fatto che il risparmiatore abbia consentito al promotore di violare norme rigorose, fissate proprio a sua tutela, non elimina la finalità della disposizione e non può, certamente, essere utilizzata per addivenire ad una sanzione impropria quale la limitazione o addirittura l'esclusione della possibilità di beneficiare della responsabilità oggettiva dell'impresa ⁽¹⁷⁾. Non può infatti dimenticarsi che il raggio perpetrato dai promotori finanziari è posto in essere proprio attraverso l'abuso del rapporto fiduciario che inevitabilmente si crea tra chi affida il proprio denaro e chi si assume il compito di investirlo.

È proprio la peculiarità della relazione risparmiatore-promotore finanziario a giustificare una rigida interpretazione della normativa settoriale nella direzione più favorevole al cliente-risparmiatore. È ovvio che la leggerezza del risparmiatore, qualora sia

⁽¹⁴⁾ Il Tribunale di Mantova (27 ottobre 2005, in www.ilcaso.it), in ordine alla deduzione secondo cui il nesso di causalità rispetto all'illecito commesso sarebbe venuto meno per effetto del comportamento del risparmiatore che avrebbe consegnato il denaro in contanti ed in violazione di una specifica clausola contrattuale e regolamentare, ha sottolineato che le modalità di pagamento afferiscono ad un elemento secondario della fattispecie (non tale da inficiare l'esistenza del rapporto) e ciò non esclude la responsabilità dell'intermediario.

⁽¹⁵⁾ Il riferimento è a TUCCI, *Illecito del promotore finanziario e responsabilità solidale della società di intermediazione mobiliare*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2002, II, 758 ss., il quale evidenzia che le norme sui mezzi di pagamento costituiscono altrettanti obblighi a carico del promotore, della cui violazione non può che rispondere il soggetto abilitato che ha con-

ferito l'incarico. La posizione è condivisa anche da FRUMENTO, *Responsabilità (art. 2049 c.c.) dell'intermediario finanziario per l'illecito del promotore-agente*, in *Danno resp.*, 2006, 141 ss., secondo il quale l'argomento del concorso colposo del risparmiatore è intrinsecamente debole. Per quest'ultimo A. il meccanismo di responsabilità solidale dell'intermediario per fatto illecito del promotore sarebbe destinato a trovare difficile applicazione se la tutela del danneggiato fosse limitata alle ipotesi di versamenti conformi alle prescrizioni normative.

⁽¹⁶⁾ F. GRECO, *op. cit.*, 464.

⁽¹⁷⁾ In questi termini ROTONDO, *La responsabilità nell'offerta fuori sede a distanza di strumenti finanziari e servizi di investimento*, in *La responsabilità nella prestazione dei servizi di investimento*, Milano, 2004, 317.

ravvisabile, passa in secondo piano e non è in grado di compromettere il diritto al risarcimento ⁽¹⁸⁾.

In questa prospettiva può essere revocata in dubbio la natura obiettivamente negligente della condotta dell'investitore che si affida al promotore finanziario anche nella scelta dei mezzi di pagamento. Se è vero che il promotore finanziario rappresenta nell'ambito della disciplina dell'intermediazione uno strumento di rafforzamento della tutela dell'investitore in un'attività che la legge considera di particolare rilevanza economica e di elevato rischio finanziario, non avrebbe alcun senso imputare responsabilità al cliente ovvero a colui che confida nella correttezza, professionalità e rispetto delle regole del «giuoco» contrattuale del suo interlocutore. La diligenza richiesta all'investitore non può valere come esimente nei confronti della banca della violazione degli obblighi da parte del promotore. Affermare il contrario equivarrebbe, a nostro avviso, a frustrare la *ratio* posta, come già detto, a fondamento della normativa diretta alla tutela degli investitori.

Come ha recentemente sostenuto il Tribunale di Novara ⁽¹⁹⁾ la responsabilità solidale risponde all'esigenza di offrire una più adeguata garanzia ai destinatari delle offerte fuori sede loro rivolte dall'intermediario per il tramite del promotore, giacché, appunto, per le caratteristiche di questo genere di offerte, la buona fede dei clienti può essere sorpresa più facilmente.

In tal modo si è inteso responsabilizzare l'intermediario che, nell'ambito del perseguimento della propria attività imprenditoriale, ha deciso di accreditare di fronte al pubblico dei possibili investitori determinati soggetti, implicitamente richiedendogli di esercitare un controllo nelle forme che ritenga più opportune ed utili al fine di prevenire o scoprire tempestivamente le eventuali condotte illecite poste in essere dal promotore stesso.

È dunque logico che chi si avvale della collaborazione del promotore *in utilibus*, sia tenuto a risponderne *in damnosis*, in applicazione del noto brocardo *cuius commoda eius et incommoda* ⁽²⁰⁾, opportunamente richiamato dai giudici della Cassazione.

Quello che è imposto al soggetto abilitato è proprio il controllo dell'operato dei propri promotori ⁽²¹⁾ attraverso appositi meccanismi. Sarebbe una contraddizione in termini ammettere che la responsabilità solidale non si estenda tutte le volte in cui il

⁽¹⁸⁾ In questa direzione già in passato si era pronunciata la giurisprudenza di merito. Per tutte Trib. Milano, 24 giugno 1996, in *Giur. comm.*, 1997, 466, per il quale «le esigenze di tutela del privato di fronte a comportamenti truffaldini o comunque pregiudizievoli occasionati dall'attività di promozione di servizi finanziari, prevalgono secondo la scelta attuata dal legislatore, rispetto a quella di tutelare la società che colloca il servizio, nel cui interesse è svolta l'attività apportatrice del rischio, la quale società è sicuramente in grado di meglio valutare, rispetto al privato, quanto sia affidabile l'agente prescelto».

⁽¹⁹⁾ Trib. Novara, 27 giugno 2011, in *Rassegna di massime del Tribunale di Novara in materia di diritto bancario e di intermediazione finanziaria*, in

www.ilcaso.it, Sez. Opinioni, a cura di BOMBELLI e IATO.

⁽²⁰⁾ Sul punto v. SANTOSUOSSO, *La buona fede del consumatore e dell'intermediario nel sistema della responsabilità oggettiva (a proposito della responsabilità della Sim per fatto illecito del promotore)*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1999, I, 32; BOCHICCHIO, *Gestione impropria da parte dei promotori finanziari: la regolamentazione delle attività di investimento tra valutazioni di merito e lo statuto degli operatori economici professionali*, in *Giur. comm.*, 1999, I, 136.

⁽²¹⁾ MAGGIOLO, *Servizi ed attività di investimento*, Milano, 2012, 329. In questa direzione anche ANNUNZIATA, *La disciplina del mercato mobiliare*, Torino, 2008, 243.

promotore abbia esorbitato dalle incombenze affidategli dall'intermediario ⁽²²⁾. Una simile eventualità equivarrebbe a trasferire l'attività del controllo in capo al cliente, contraddicendo completamente lo spirito della disciplina.

In questa prospettiva può senz'altro trovare una soluzione anche l'ipotesi relativa alla responsabilità del soggetto abilitato per i danni procurati dal promotore finanziario (che abbia sottratto fraudolentemente denaro al cliente) allorquando abbia reciso ogni rapporto contrattuale con l'intermediario, quando di tale circostanza il cliente non sia stato reso edotto dall'intermediario.

Orbene, la giurisprudenza di legittimità ⁽²³⁾ ha coerentemente evidenziato che in base ai principi dell'apparenza del diritto, l'intermediario può essere chiamato a rispondere di un illecito compiuto a danno di terzi da chi appaia essere suo promotore, ed in base a tale veste abbia commesso l'illecito, ogni qual volta l'affidamento del terzo risulti incolpevole e alla falsa rappresentazione della realtà abbia invece concorso un comportamento colpevole (ancorché solo omissivo) dell'intermediario medesimo. Nell'esaminare il caso portato alla sua attenzione (riguardante un promotore che aveva cessato il rapporto di collaborazione con la Sim) la Corte ⁽²⁴⁾ ha ritenuto che — pur non potendosi pretendere che l'intermediario informi della cessazione del rapporto di preposizione tutti coloro che in passato siano entrati in qualche modo in rapporto con il promotore cessato — non può essere esclusa la responsabilità del soggetto abilitato nei confronti di coloro i quali essendosi sempre e ripetutamente avvalsi del promotore poi dimissionario, hanno intrattenuto rapporti con la società d'intermediazione in un arco temporale che ragionevolmente può far supporre la loro attitudine ad effettuare ulteriori investimenti per il tramite di quel medesimo promotore.

È del tutto evidente che il principio dell'apparenza del diritto, riconducibile più in generale alla tutela dell'affidamento incolpevole, debba avere una sua specificità e peculiarità e non può essere suscettibile di impieghi incauti, soprattutto in relazione a quelle fattispecie che trovano già una compiuta disciplina, venendo in considerazione solo in presenza dell'esigenza di tutelare il terzo in buona fede in ordine alla corrispondenza tra la situazione apparente e quella reale ⁽²⁵⁾.

4. IL CONCORSO DI COLPA DEL DANNEGGIATO

Giova tuttavia evidenziare che, in ogni caso, non può escludersi in astratto un concorso di colpa del danneggiato. La più recente giurisprudenza di legittimità è molto puntuale nel ritenere possibile l'applicazione dell'art. 1227 c.c. (comma 1 o 2, a seconda dei casi) tutte le volte in cui l'intermediario provi che vi sia stata se non addirittura collusione quanto meno una consapevole e fattiva acquiescenza del cliente alla violazione, da parte del promotore, di regole di condotta su quest'ultimo gravanti. Quindi, se è vero che nel settore dell'intermediazione finanziaria la regolamentazione (soprattutto la più recente) appare fortemente orientata verso la protezione dell'investitore, non può

⁽²²⁾ PARRELLA, *Offerta fuori sede e a distanza*, in AMOROSINO-RABITTI BEDOGNI (a cura di), *Manuale di diritto dei mercati finanziari*, Milano, 2004, 133.

⁽²³⁾ Cass. civ., 7 aprile 2006, n. 8229, in *Contratti*, 2007, 333.

⁽²⁴⁾ Cass. civ., 7 aprile 2006, n. 8229, *cit.*

⁽²⁵⁾ Così Sez. Un. civ., 8 aprile 2002, n. 5035.

escludersi una responsabilità di quest'ultimo tutte le volte che, pur in presenza di violazione di obblighi comportamentali da parte del promotore, sia del tutto mancata la diligenza contemplata all'art. 1227 c.c. ⁽²⁶⁾.

Ben si comprende, dunque, come non possa bastare al fine di un concorso colposo del danneggiato la sola difformità rispetto alla previsione normativa di consegna da parte del cliente di somme di denaro al promotore. Come opportunamente precisano i giudici di legittimità, deve escludersi che la mera allegazione del fatto che il cliente abbia consegnato al promotore finanziario somme di denaro con modalità difformi da quelle con cui quest'ultimo sarebbe stato legittimato a riceverle valga, in caso d'indebita appropriazione di dette somme da parte del promotore, ad interrompere il nesso di causalità esistente tra lo svolgimento dell'attività del promotore finanziario medesimo e la consumazione dell'illecito, precludendo la possibilità di invocare la responsabilità solidale dell'intermediario proponente.

Ciò vale prevalentemente in tutte quelle ipotesi in cui l'attività del promotore sia connotata dal dolo, in ragione del fatto che appare assolutamente privo di fondamento individuare una colpa del danneggiato nelle ipotesi in cui ci sia stata una precisa volontà del danneggiante di procurargli un danno. In particolare se il cliente è stato vittima di un reato di truffa, perché tratto in inganno dagli artifizii e raggiri posti in essere dal promotore finanziario, è chiaro che tra la mancanza di prudenza e attenzione della persona offesa ed il delitto doloso non sussiste alcun nesso di causalità.

Completamente differente è invece l'ipotesi in cui ci sia la consapevolezza del cliente circa l'estraneità della condotta del promotore alla sfera di attività del soggetto per conto del quale egli avrebbe dovuto operare. È ovvio che tale consapevolezza giustifica e legittima il concorso colposo del danneggiato ed è in grado di eliminare o limitare nei casi più gravi il diritto al risarcimento del danno nei confronti della Sim ⁽²⁷⁾. Quindi, il risparmiatore può ritenersi responsabile per concorso di colpa nel danno cagionato dal promotore finanziario soltanto quando versa in dolo ovvero laddove sia ravvisabile una sua grave negligenza a fronte di una contemporanea abile ed imprevedibile condotta del promotore volta ad eludere un'efficace rete di controlli predisposta e perseguita diligentemente dall'istituto.

Deve ritenersi, così come ribadito recentemente dalla Corte d'Appello di Lecce ⁽²⁸⁾, che fatta eccezione per il caso di collusione o, quanto meno, di consapevole acquiescenza del cliente alla violazione, questa non preclude la possibilità di invocare la responsabilità solidale dell'intermediario proponente, né costituisce motivo di limitazione di responsabilità. Oltretutto la prova di un'eventuale connivenza o collusione del cliente con il promotore deve essere fornita dal soggetto abilitato, non essendo idonea la mera allegazione come fonte di causa concorrente il mero fatto del pagamento in modo difforme da quanto previsto dalla normativa di riferimento ⁽²⁹⁾.

⁽²⁶⁾ F. GRECO, *op. cit.*, 462.

⁽²⁷⁾ In argomento v. FRUMENTO, *op. cit.*, 141 ss., il quale prospetta la possibilità di un concorso colposo dell'investitore allorché il cliente sia pienamente consapevole, magari per averlo appreso successivamente rispetto al primo conferimento, che il promotore sia in grado di procurare investimenti al di fuori

di quanto offerto dalla propria mandante, magari ottenendo *performance* più interessanti e che i mezzi di pagamento irregolari costituiscono una modalità necessaria per conseguire tali risultati.

⁽²⁸⁾ App. Lecce, 6 novembre 2012, n. 743, ined.

⁽²⁹⁾ Così App. Lecce, 6 novembre 2012, n. 743, *cit.*

In conclusione, una volta appurata la violazione da parte del promotore appare fuor di dubbio la responsabilità solidale della Sim in virtù del nesso di necessaria occasionalità tra fatto illecito del promotore ed esercizio della sue incombenze. In altri termini la società di intermediazione mobiliare è responsabile in solido per i danni arrecati a terzi dal promotore finanziario, in tutte le ipotesi in cui il comportamento del promotore rientri nel quadro delle attività funzionali all'esercizio delle incombenze di cui è investito ⁽³⁰⁾.

Poter immaginare di eliminare la responsabilità solidale della banca per «fattiva acquiescenza» del cliente alle attività irregolari del promotore suscita non poche perplessità. Se infatti «acquiescente» (vocabolario alla mano) vuol dire non opporsi, accettare la volontà altrui e «fattivo» significa attivo, laborioso, affermare che la violazione del promotore finanziario delle regole poste a tutela del cliente possa comportare «fattiva acquiescenza» non convince affatto. Dire che il cliente è stato attivo e laborioso nel subire una truffa (affiancata per di più da false rendicontazioni) pare proprio una contraddizione in termini. Probabilmente attiva e deve essere l'attività della Sim nel prevedere i necessari controlli idonei ad evitare che un proprio promotore potesse agire in violazione delle normativa di settore e delle regole negoziali. Se dunque il promotore ha posto in essere una condotta idonea ad eludere il controllo del soggetto abilitato vuol dire che lo stesso non aveva un'efficace rete di controlli; è quindi difficile comprendere come le omissioni nel controllo possano essere trasferite al cliente sulla scorta di una controversa «fattiva acquiescenza». Per concludere, il fatto che l'investitore abbia consentito al promotore di violare norme rigorose stabilite proprio a sua tutela non può certo essere utilizzato come argomento per limitare la colpa allorquando la condotta posta in essere dal promotore sia (anche astrattamente) riconducibile alla fattispecie della truffa ovvero, alternativamente, a quella dell'appropriazione indebita ⁽³¹⁾.

⁽³⁰⁾ Sul punto v., tra le altre, Trib. Lecce, 28 giugno 2004, in *www.ilcaso.it*; Trib. Mantova, 27 ottobre 2005, in *www.ilcaso.it*; Cass. civ., 19 luglio 2002, n. 10580; Cass. civ., 17 maggio 1999, n. 4790. In senso contrario v. in dottrina BOCHICCHIO, *Illeciti dei promotori finanziari nei confronti dei risparmiatori e responsabilità oggettiva dell'intermediario: articolazione del principio di responsabilità nell'ambito delle dinamiche di impresa*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1997, II, 475, per il quale la responsabilità dell'intermediario non potrebbe essere utilizzata in un'ottica

assistenziale per manlevare gli utenti dai rischi che dipendono da proprie scelte e da propri comportamenti in contrasto con il ruolo dell'impresa intermediaia.

⁽³¹⁾ Trib. Prato, 23 febbraio 2011, n. 211, in *Guida dir.*, 2011, 24, 56 ss., con nota di MAZZINI, *La banca intermediaria ritenuta responsabile per il fatto illecito del promotore finanziario. Solo se l'attività è estranea alla mansioni cade la presunzione di colpa dell'Istituto.*

