

ILLECITO DEL PROMOTORE E RESPONSABILITÀ DELLA SIM: FINE DI UN PERCORSO AD OSTACOLI?

FERNANDO GRECO

La responsabilità della SIM, la quale pur sempre presuppone che il fatto illecito del promotore sia legato da un nesso di occasionalità necessaria all'esercizio delle incombenze a lui facenti capo, trova la sua ragion d'essere 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.

(Cass. Civ., 10 dicembre 2010-25 gennaio 2011 – N. 1741 – Sez. III – Pres. Amatucci – Rel. Amendola)

1. Considerazioni preliminari

La Corte di Cassazione si esprime sulla responsabilità della società di intermediazione finanziaria per fatto illecito del promotore finanziario e lo fa, ancora una volta, con una decisione nitida e chiara che conferma un orientamento oramai consolidato della giurisprudenza di legittimità. Nella vicenda in esame il promotore, monomandatario della SIM aveva sottratto rilevanti somme che il cliente aveva versato in parte tramite bonifici bancari ed in parte tramite assegni bancari consegnati direttamente al promotore e da lui incassati. Nel primo grado di giudizio il Tribunale, accoglieva la richiesta di condanna della SIM al risarcimento del danno subito dal risparmiatore per le somme sottratte dal promotore. La Corte d'Appello di Trieste, ove la SIM aveva opposto gravame, accoglieva le richieste dell'intermediario, rigettando la domanda avanzata dal risparmiatore. I giudici di legittimità, investiti della questione a seguito del ricorso del risparmiatore, affrontano il tema della responsabilità della SIM per fatto illecito del suo promotore finanziario, con particolare riguardo alla circostanza che il cliente aveva consegnato al promotore somme di denaro con modalità difformi da quelle con cui quest'ultimo sarebbe stato legittimato a riceverle.

2. La responsabilità della sim per violazione da parte del promotore di norme comportamentali.

Avendo riguardo al primo profilo giova evidenziare come nel caso indagato il promotore finanziario avesse sottratto denaro al cliente-risparmiatore, ricevendo da quest'ultimo assegni e bonifici. Ed è proprio questa modalità di pagamento, e non tramite assegni circolari intestati alla società d'intermediazione, a far escludere stando alla tesi difensiva, poi accolta in appello, qualsiasi imputazione di responsabilità in capo alla Sim.

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 l'uso di assegni intestati alla società di intermediazione mobiliare.

Nel decisum i giudici di legittimità affrontano la questione muovendo esclusivamente dalla considerazione che l'art. 5, comma 4, della legge 1/1991 (Disciplina dell'attività mobiliare e disposizioni sull'organizzazione dei mercati mobiliari) applicabile *ratione temporis* ai fatti di causa disponeva che "la società di intermediazione mobiliare è responsabile in solido degli eventuali danni arrecati a terzi nello svolgimento delle incombenze affidate ai promotori finanziari anche se tali danni siano conseguenti a responsabilità accertata in sede penale". Per completezza deve segnalare che in tal senso si è poi indirizzato l'art. 31, comma 3, del d.lgs. n. 58/1998 (Testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria)¹.

La Corte di Cassazione ritiene del tutto superfluo verificare se nella vicenda ricorra o meno una forma di responsabilità oggettiva, né quali possano essere le implicazioni sistematiche con la responsabilità contemplata in via generale dall'art. 2049 c.c. a carico dei padroni e dei committenti per i fatti illeciti imputabili ai domestici ed ai commessi².

¹ La scelta del legislatore è stata quella di far ricadere sull'intermediario le conseguenze dannose dei comportamenti illeciti del promotore finanziario, sul presupposto che l'intermediario, scegliendo di svolgere l'attività di offerta fuori sede, debba anche calcolarne e, quindi, prevenirne i rischi, e neutralizzarli nella programmazione della propria attività d'impresa, anche attraverso la stipulazione di idonee coperture assicurative.

² Va evidenziato al riguardo che la giurisprudenza, ancor prima della regolamentazione settoriale in materia, aveva riconosciuto la responsabilità della Sim ex art. 2049 c.c. concernente la responsabilità dei padroni e dei committenti. Sul punto si rinvia PARRELLA-D'AMBROSIO, *L'intermediazione finanziaria e la gestione collettiva del risparmio*, in *Manuale di diritto dei mercati finanziari*, a cura di Ambrosino e Bedogni, Milano, 2004, 146. In argomento v. anche F. GRECO, *Ancora sulla responsabilità dell'intermediario per fatto illecito del promotore finanziario*, in questa Rivista, 2006, 460 ss. La decisione commentata nel confermare la decisione dei giudici di seconda cure, poiché il rapporto era sorto nel 1990 (antecedentemente all'entrata in vigore della l. n. 1/1991) ha ritenuto sussistere la responsabilità della Sim sulla scorta dell'art. 2049 c.c. concernente la responsabilità dei padroni e dei committenti. Per la Cassazione il ricorso

I giudici di legittimità, più semplicemente, sottolineano come la responsabilità dell'intermediario, la quale pur sempre presuppone che il fatto illecito del promotore sia legato da un nesso di occasionalità necessaria all'esercizio delle incombenze a lui facenti capo³, trovi 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 applicazione, in quest'ambito, quel concetto di "necessaria occasionalità" di creazione giurisprudenziale⁴ che si presta ad essere utilizzato come strumento elastico, idoneo a recepire quelle tendenze oggettivistiche della responsabilità civile. 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 illecito⁵.

Nella decisione si sottolinea che più volte la Corte di Cassazione ha ribadito che le disposizioni regolamentari in ordine alle regole 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 risparmiatore, di talchè 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 i giudici 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

ad un'ipotesi di responsabilità oggettiva che ponga l'obbligo a carico della società di intermediazione finanziaria a prescindere da ogni rilievo in ordine alla ragionevolezza della sua condotta, trova giustificazione proprio in un'esigenza di offrire garanzie al danneggiato.

³ 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. 10 gennaio 1974, n. 99, in *Resp. civ. prev.*, 1975; Cass., sez. III, 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. 12 agosto 2000, n. 10803, in *Mass. Giur. It.*, 2000; Cass. 22 maggio 2000, n. 6617, in *Mass. Giur. It.*, 2000.

⁴ Tra le prime decisioni v. Cass., 11 luglio 1975, n. 2766, in *Giur. It.*, 1976, I, 1, 1173; Id., 10 maggio 1974, n. 1354, *ivi*, 1974, 381; Id., 24 maggio 1972, n. 1632, in *Rep. Giur. It.*, 1972, voce Responsabilità civile.

⁵ F. GRECO, *La responsabilità della SGR per fatto illecito della società mandataria incaricata del collocamento del fondo*, in *Resp. civ. prev.*, 6, 2010, 1340

delle tradizionali forme di tutela dell'investitore affidate alla mera sottoscrizione di moduli e formulari. Pertanto, ove si ammettesse per l'intermediario di scaricare in tutto o in parte sull'investitore il rischio della violazione delle regole di comportamento gravanti sui promotori, si finirebbe per vanificare lo scopo della normativa.

E' 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 investito⁶.

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.

Nella stessa ottica, del resto, si collocano anche le disposizioni regolamentari ed in particolare, avendo riguardo alla vicenda in esame l'art. 14 comma 9 del Regolamento Consob 5388 del 1991 (vigente all'epoca dei fatti di causa), che fa obbligo ai promotori finanziari di ricevere dal cliente esclusivamente: a) titoli di credito che assolvano la funzione di mezzi di pagamento, purché siano muniti di clausola di non trasferibilità e siano intestati al soggetto indicato nel prospetto informativo o nel documento contrattuale ove il prospetto non sia prescritto; b) titoli di credito nominativi intestati al cliente e girati a favore di chi presta il servizio di intermediazione mobiliare offerto tramite il promotore.

Coerentemente i giudici di legittimità addebitano in via esclusiva al promotore finanziario la responsabilità dell'evento, escludendo la possibilità di poter configurare un concorso colposo del danneggiato nella produzione dello stesso. In particolare si rileva 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 risolva in un addebito di colpa a carico del cliente danneggiato dall'altrui atto illecito. I giudici ribadiscono uno degli aspetti

⁶ Sul punto Trib. Lecce, 28 giugno 2004, in www.ilcaso.it.

più problematici⁷ della responsabilità del promotore finanziario ed avallano, 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 promotore⁸.

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 alla società di intermediazione 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 contratto⁹. 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'impresa¹⁰. 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.

E' proprio la peculiarità della relazione risparmiatore-promotore finanziario a giustificare una rigida interpretazione della normativa settoriale nella direzione più favorevole al cliente-risparmiatore. È chiaro che la leggerezza del risparmiatore, qualora sia ravvisabile, passa in secondo piano

⁷ 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.

⁸ 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 conferito 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.

⁹ F. GRECO, *op. cit.*, 464.

¹⁰ 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.

e non è in grado di compromettere il diritto al risarcimento¹¹.

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. Come ha recentemente sostenuto il Tribunale di Novara¹² 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, pertanto 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.

E' dunque logico che chi si avvale della collaborazione del promotore in utilibus, sia tenuto a risponderne in damnosis, in applicazioni del noto brocardo cuius commoda eius et incommoda, opportunamente richiamato dai giudici della Cassazione.

3. Il concorso di colpa del danneggiato

In ogni caso non può escludersi in astratto un concorso di colpa del danneggiato. Sull'argomento i giudici sono molto puntuali ritenendo possibile

¹¹ 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".

¹² 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.

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 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.¹³.

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 Sim¹⁴. Quindi, soltanto quando il

¹³ F. GRECO, *op. cit.*, 462.

¹⁴ In argomento v. FRUMENTO, *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

risparmiatore versa in dolo, insomma, può ritenersi responsabile per concorso di colpa nel danno cagionato dal promotore finanziario 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.

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 investito¹⁵.

4. Conclusioni

La decisione in commento consolida un orientamento della Cassazione sulla responsabilità dell'intermediario per fatto illecito del promotore finanziario. I giudici di legittimità, nel cassare la decisione della Corte d'Appello, sottolineano che l'approccio del giudice di merito al materiale istruttorio acquisito è stato fuorviato da un equivoco di fondo in ordine alla incidenza della allegata irregolarità di alcuni mezzi di pagamento utilizzati dall'investitore per l'acquisto di prodotti finanziari. Sarebbe auspicabile che, dopo quest'ultimo chiarimento, i giudici del merito valutino con la dovuta attenzione la ratio posta a fondamento della disciplina dell'offerta fuori sede; ciò anche al fine di evitare un'interpretazione giurisprudenziale ad ostacoli che avrebbe come immediata conseguenza quella di legittimare l'atteggiamento dilatorio delle SIM nel riparare ai danni compiuti dai propri promotori; riparazione che può venir meno solo in presenza di una collusione tra promotore e risparmiatore e che, quindi, consente di esonerare l'intermediario da responsabilità. E' solo la dimostrazione di questa condizione psicologica ad assurgere a fattore interruttivo del rapporto di

performances più interessanti e che i mezzi di pagamento irregolari costituiscono una modalità necessaria per conseguire tali risultati.

¹⁵ 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 intermediaria.

necessaria occasionalità che supporta la responsabilità della società preponente ai sensi dell'art. 31, comma 3°, TUF¹⁶.

¹⁶ In questa direzione Trib. Sassari, 16 gennaio 2006, in Banca borsa tit. cred., 2009, 108.