

**CENNI SULLA RESPONSABILITÀ SOLIDALE
DELL'ISTITUTO DI CREDITO E DEL PROMOTORE
FINANZIARIO CON PARTICOLARE RIFERIMENTO
AI CONTRATTI DI INTERMEDIAZIONE
FINANZIARIA. BREVI NOTE A MARGINE
DELL'ORDINANZA DELLA CORTE DI CASSAZIONE
N. 18154 DEL 31 AGOSTO 2020¹**

di MICAELA LOPINTO

SOMMARIO: *Abstract.*; 1.- L'ordinanza della Corte di cassazione n. 18154 del 31 Agosto 2020; 2.- La responsabilità in solido dell'Istituto di credito e del promotore finanziario: le motivazioni dell'ordinanza; 2.1- Segue: una analisi critica delle ragioni poste a sostegno del mancato riconoscimento della responsabilità solidale; 3.- Una possibile diversa ipotesi ricostruttiva svincolata dai filoni giurisprudenziali; 4.- La conclusione della Corte di cassazione: riflessioni riassuntive.

Abstract Ita

Il presente contributo si prefigge l'obiettivo di esaminare il rapporto tra Istituti di credito e promotori finanziari sotto il profilo dei rapporti obbligatori esterni e, precisamente, ai fini della individuazione della più corretta ricostruzione della

¹ L'ordinanza è stata pubblicata su "Foronews" - Foro Italiano, www.foroitaliano.it, consultato nel mese di Dicembre 2020. E', inoltre, accessibile a tutti, pubblica e visibile per esteso sul sito www.laleggepertutti.it, consultato in data 13/03/2020. Sul punto anche Corte di cassazione, sez. I, 31 Agosto 2020, n. 18153 del 2020, Pres. Genovese, Est. Nazzicone, in IlCaso.it, Sez. Giurisprudenza, 24134 – pubb. 08/09/2020 (Diritto dei Mercati Finanziari).

responsabilità dell'istituto di credito in caso di stipula di contratti da parte del promotore finanziario.

Abstract Eng

This paper wants to examine the (external) joint and several obligation between Banks and financial representatives. Particularly, It will be focusing on the contractual and non-contractual liability of Banks when financial representatives draw up contracts.

1.- L'ordinanza della Corte di cassazione n. 18154 del 31 Agosto 2020.

Al fine di esaminare la specifica questione della responsabilità solidale tra istituti di credito e promotori finanziari può essere utile ripercorrere i fatti che hanno dato vita alle argomentazioni dell'ordinanza, qui in commento, del 31 Agosto 2020, n. 18154. Il caso concreto sottoposto alla attenzione della Suprema Corte riguardava una domanda risarcitoria presentata da un investitore nei confronti del promotore finanziario per delle appropriazioni indebite commesse ai suoi danni e nei confronti dell'Istituto di credito (da ora in avanti denominato anche "banca"). In primo grado veniva confermata esclusivamente la responsabilità del promotore finanziario, con decisione passata in giudicato, e non accolta, per carenza di prove, la medesima domanda risarcitoria nei confronti della banca. Più precisamente, a fronte di un contratto, chiamato "richiesta di apertura PRIMACONTO", l'investitore/ricorrente aveva versato una somma di denaro in contanti. Successivamente, aveva dapprima chiesto informazioni sull'andamento dell'investimento, ricevendo un documento che, a detta del promotore, proveniva dall'istituto di credito e, nella primavera dello stesso anno, aveva chiesto di potersi riappropriare di alcune somme (da qui la prima citata doglianza inerente l'appropriazione indebita).

2.- La responsabilità in solido dell'Istituto di credito e del promotore finanziario: le motivazioni dell'ordinanza.

Soffermando l'attenzione sulla responsabilità solidale, con particolare e – visto l'intervenuto giudicato sulla responsabilità del promotore finanziario – necessariamente limitato riferimento all'esclusione della responsabilità solidale dell'istituto di credito, avvenuta in primo grado, la Corte territoriale chiarisce che la responsabilità solidale tra promotore e banca dovrebbe fondarsi sugli artt. 31, terzo comma, TUF e 2049 cc.

A parere della Corte, la responsabilità solidale della banca *ex artt. 31 TUF e 2049 cc.*² si dovrebbe basare sui seguenti presupposti: <<**1. il rapporto di preposizione tra il suo autore ed il padrone e committente; 2. il rapporto di occasionalità necessaria tra l'attività dell'autore dell'illecito ed il danno; 3. la commissione di un illecito da parte del preposto**>>. Tuttavia, la stessa Corte, con particolare riferimento al caso concreto, volendo provare ad offrire una sintesi sempre cercando di ripercorrere in modo fedele le argomentazioni, chiariva che: **1.-** dall'accertamento della responsabilità penale del preposto non poteva discendere automaticamente ed incondizionatamente la responsabilità del preponente (banca) e ciò anche sulla base dei principi civilistici che governano le obbligazioni solidali; **2.-** la responsabilità indiretta del preponente (banca) nei confronti dei terzi (investitori) per l'attività posta in essere dal promotore finanziario richiede non solo che essa sia stata agevolata o resa possibile dal suo inserimento nell'attività d'impresa, ma anche che sia stata realizzata nell'ambito ed in coerenza con le finalità in vista delle quali l'incarico era stato conferito, in maniera tale da far apparire al terzo in buona fede che l'attività posta in essere per la consumazione dell'illecito rientrasse nell'incarico affidato dalla banca mandante; **3.-** nel caso in esame, non era possibile ritenere che l'investitore potesse in buona fede pensare che l'attività posta in essere dal promotore

² Art. 31 D.L.vo 24 Febbraio 1998, n. 58 comma terzo: <<*Il soggetto abilitato che conferisce l'incarico è responsabile in solido dei danni arrecati a terzi dal consulente finanziario abilitato all'offerta fuori sede, anche se tali danni siano conseguenti a responsabilità accertata in sede penale*>>; art. 2049 cc.: <<*I padroni ed i committenti sono responsabili per i danni arrecati dal fatto illecito dei loro domestici e commessi nell'esercizio delle incombenze a cui sono adibiti*>>.

finanziario potesse dirsi rientrante nell'incarico conferito dalla banca, dal momento che lo stesso investitore/ricorrente non aveva mai ricevuto alcun estratto conto da parte dell'istituto di credito e che le stesse modalità anomale di versamento delle somme da investire <<escludevano la riconducibilità del rapporto negoziale, condotto con siffatte modalità dal promotore[...], alla sfera di operatività dell'istituto di credito>>.

2.1- Segue: una analisi critica delle ragioni poste a sostegno del mancato riconoscimento della responsabilità solidale.

Le argomentazioni fornite dalle Corti, in ordine alla insussistenza, nel caso di specie, del nesso di occasionalità necessaria su cui fondare l'addebito solidale, pur essendo, nel complesso, condivisibili, possono comunque prestarsi ad alcune considerazioni critiche che in questa sede si cercherà di esporre in pochi punti. La ricerca spasmodica del predetto nesso causale sembra, a tratti, confondere i confini tra responsabilità dei "padroni e committenti" di stampo contrattuale (art. 1228 cc.) e responsabilità dei "padroni e committenti" extracontrattuale³. Brevemente e ripercorrendo i principali elementi distintivi tra le due norme, la prima effettivamente richiede un cd. "nesso di occasionalità necessaria" ma è ancorata ad una componente soggettiva "semiogettiva" perché il "padrone" (termine arcaico quanto il codice) risponde delle condotte dell'"ausiliario" solamente qualora, effettivamente, l'ausiliario versi in dolo o colpa grave. La seconda, per contro, è pacificamente riconosciuta come forma di responsabilità oggettiva pura, basata sul nesso causale (nonché su quello che viene definito spesso in giurisprudenza, anche in ambito extracontrattuale, come di "occasionalità necessaria") ma che prescinde dalla componente soggettiva correlata alla condotta dell'ausiliario. Pertanto, come correttamente statuito, la considerazione che la condotta posta in essere dal promotore sia penalmente rilevante e dunque

³ Art. 2049 cc; sul tema, anche A. TENCATI, "Il conto corrente bancario - i contratti tra banche e clienti", Settembre, 2018, pp. 154 e ss.

dolosa non assume rilievo ai fini dell'indagine, in termini escludenti o ricostruttivi del nesso, se la responsabilità, per stessa ammissione delle Corti, in ragione degli articoli richiamati, si incardina nelle maglie della responsabilità oggettiva extracontrattuale, la quale richiede semplicemente, ai sensi dell'art. 2049 cc., che <<*i danni arrecati dal fatto illecito[...siano commessi]nell'esercizio delle incombenze cui sono adibiti [i domestici e commessi]>>. Il carattere doloso della condotta del promotore, impostando la responsabilità in termini puramente oggettivi, deve essere letto come fattore neutro. Meno condivisibili si mostrano, invece, le argomentazioni riassunte nei punti "2. e 3." dell'elenco fornito nel precedente paragrafo. Appare piuttosto difficile affermare che l'intera operazione posta in essere dal promotore non rientri nell'ambito dell'incarico conferito dalla banca. L'art. 1228 cc. effettivamente presuppone una partecipazione all'obbligazione assunta dal committente nei confronti, in questo caso, dell'investitore, da parte dell'ausiliario. La responsabilità solidale in questo caso, infatti, è espressione di una "causalità condivisa" tra committente/banca ed intermediario. L'art. 2049 cc., qui oggetto di interesse, per contro, differisce sotto il profilo dell'apporto causale in quanto non presuppone un effettivo concorso attivo o omissivo di ambo le parti (padrone e preposto) nella ricostruzione del nesso causale⁴. Sottolineare tale circostanza è utile per spiegare più facilmente per quale ragione spesso le condotte truffaldine abbiano acquisito rilievo nella prassi giurisprudenziale, in termini di mantenimento della responsabilità solidale, anche quando sono state poste in essere dai promotori addirittura in epoca anteriore all'insorgenza del rapporto di preposizione con l'istituto di credito⁵. Ed è questa la ragione per la quale si è ritenuto di dover sottolineare l'assoluta irrilevanza, in sede extracontrattuale, della componente soggettiva della condotta dell'ausiliario, nella quale, tra l'altro ed in aggiunta, ben può mancare anche il carattere collusivo doloso o consapevole dei*

⁴ Prova ne è la giurisprudenza che ha interessato l'azione di rivalsa della struttura sanitaria sul medico in ipotesi di condotta imputabile al medico in via esclusiva; sul punto: M. LOPINTO, *Regresso e rivalsa della struttura sanitaria in ipotesi di danno cagionato dal medico in via esclusiva post legge n. 24 del 2017*, in Ilcaso.it.

⁵ Cass. n. 12448 del 2012 e precisamente, Sentenza della Corte di cassazione civile, Sez. III, n. 12448 del 19 Luglio 2021, in Riv. Giustizia Civile, 2012, I, pp. 2297.

danni che con la propria condotta si arrecano alla banca/intermediario. Il carattere truffaldino e quindi fortemente doloso delle condotte penalmente rilevanti ed anteriori perfino al rapporto di preposizione non è bastato, in buona parte delle sentenze che affrontano tale tematica, al fine di evitare un addebito solidale anche a carico dell'istituto di credito. E ciò in ragione del fatto che il nesso di "occasionalità necessaria" altro non è che un nesso causale per ricostruire il quale si richiede semplicemente che la condotta del promotore sia stata anche solo "agevolata" dalle incombenze demandategli dal "padrone/banca". La sufficienza della sola "agevolazione" trova ulteriore conferma nella considerazione (pacificamente accolta in giurisprudenza) secondo la quale la responsabilità *ex art. 2049 cc.* può trovare applicazione anche nelle ipotesi di mancata individuazione dell'autore della condotta illecita, qualora risulti configurabile un rapporto di preposizione, nonché nelle ipotesi in cui l'incaricato/preposto abbia agito all'insaputa del padrone/committente. Pur tuttavia, occorre ricordare come, nonostante le argomentazioni qui esposte, aggiuntive rispetto a quelle presentate dal ricorrente, delle quali si può avere contezza attraverso l'esame dell'ordinanza, sia stato ritenuto interrotto il nesso di occasionalità necessaria dal carattere anomalo del comportamento dell'ausiliario.

3.- Una possibile diversa ipotesi ricostruttiva svincolata dai filoni giurisprudenziali.

Prendendo atto della soluzione offerta dalla Corte, che, occorre chiarirlo e sottolinearlo, è avallata anche dalla giurisprudenza più recente⁶ al fine di ricostruire ugualmente la responsabilità solidale dell'istituto di credito ed al fine di garantire un più cospicuo ristoro all'investitore – dimenticando, per forza di cose, per un momento sia i dettagli di nicchia del caso concreto sia alcuni filoni giurisprudenziali emersi sul tema – si può osservare come si sarebbe potuto provare a leggere il rapporto tra "promotore, banca ed investitore" in modo differente, andando ad individuare una doppia azione

⁶ Si legga, a titolo esemplificativo, la sentenza della Corte di cassazione, Sez. I, n. 22956 del 10 novembre 2015, in *De Jure*, data di consultazione 27/01/2021.

processuale: una necessariamente contrattuale da parte dell'investitore che fa valere il proprio rapporto con il promotore, dettato dalla stipula del contratto denominato "richiesta di apertura PRIMACONTO" ed una contrattuale da contatto sociale (volendo mantenere le stesse coordinate tenute dalla giurisprudenza prima dei mutamenti imposti dalla legge Gelli-Bianco in ambito medico) esistente tra investitore e banca, che consente all'investitore di agire ai sensi dell'art. 1228 cc. nei confronti di promotore e banca in solido, idonea a coprire anche le cd. "condotte anomale" del promotore. Un sistema simile è stato utilizzato in ambito medico⁷ quando si è reso opportuno chiarire che, in ragione del contratto di ospedalità stipulato tra paziente e struttura sanitaria, tra medico curante ed operante nella struttura e paziente si viene ad instaurare un contatto sociale, con responsabilità addebitabile in capo al medico, in solido con la struttura, ai sensi dell'art. 1228 cc. Applicando tali coordinate al rapporto trilatero "promotore-banca-investitore" si può provare ad affermare che la seconda azione prospettata prende le mosse dalla considerazione secondo la quale: **1.** sussiste un contratto tra investitore e promotore (analogo al contratto di ospedalità tra struttura sanitaria e paziente); **2.** sussiste pur sempre un contatto tra investitore e banca (analogo al contatto che esiste tra medico e paziente); **3.** sussiste pur sempre un rapporto tra banca e promotore, avvalorato dalla circostanza secondo la quale il promotore finanziario "spende" (ma il termine è generico e non è riferito allo schema del mandato) il nome della banca (non a caso, il promotore aveva presentato un documento all'investitore, asseritamente proveniente dalla banca). Ne consegue che l'investitore ben può presentare doglianza connessa alla violazione dei doveri protettivi che l'istituto di credito ha, in linea generale, nei suoi confronti, improntati ai principi di buona fede, pur non prendendo la banca materialmente parte alle operazioni poste in essere dal promotore e pur non essendo parte contrattuale, con conseguente responsabilità solidale di quest'ultima unitamente al promotore ai sensi dell'art. 1228 cc. Non si tratta, in altri

⁷ Al riguardo, si rinvia alla lettura della storica sentenza n. 589 del 1999, la quale fornisce una ottima rielaborazione sistematica dei principali orientamenti dottrinali emersi sul tema: indirizzo internet www.camera.it/temiap/2014/10/15/ODC177-550.

termini, solamente di una responsabilità oggettiva ancorata al solo nesso causale/di occasionalità necessaria, bensì della violazione di un principio generale di trasparenza e buona fede, dettato dagli obblighi di protezione che discendono dal contatto con l'istituto di credito e che legittimano una responsabilità solidale per le condotte poste in essere dal promotore anche laddove le stesse appaiano poco "ortodosse", specie nel momento in cui quest'ultimo operi facendo esplicito riferimento a comportamenti (*rectius* esibizione di documenti presentati all'investitore) che automaticamente lasciano intendere esistente un coinvolgimento dell'istituto di credito o comunque che evidenzino l'esistenza di un rapporto tra quest'ultimo e lo stesso promotore agente. Letto il caso in questi termini, con una responsabilità sorretta non solo da un nesso di occasionalità necessaria, sufficiente ai fini del 2049 cc., bensì anche da doveri discendenti da una regola generale di buona fede, è più facile ipotizzare anche una domanda presentata dall'investitore nei confronti dell'intermediario/banca ai sensi dell'art. 1228 cc., in ragione del contatto esistente tra promotore e banca e del contratto stipulato tra promotore e investitore che vede, pertanto, i due soggetti legati in solido. L'azione, conseguentemente, può legittimare la stessa banca ad agire in regresso nei confronti del promotore, qualora sia stata costretta a corrispondere all'investitore l'intera somma. A supporto della predetta ricostruzione si pone anche il carattere doloso (e, dunque, penalmente rilevante) della condotta del promotore, utile (e necessario) ai fini dell'inquadramento della responsabilità ex art. 1228 cc.⁸

4.- La conclusione della Corte di cassazione: riflessioni riassuntive.

⁸ La responsabilità da "contatto sociale", nonostante la rielaborazione offerta in questa sede, non costituisce un elemento nuovo nell'ambito dei rapporti negoziali con i promotori finanziari. Un esempio di applicazione della teoria di confini tra "contratto" e "torto" nell'ambito dei contratti di intermediazione finanziaria è offerto dalla sentenza della Corte di cassazione n.1453 del 05/11/2018, la quale, pur non proponendo una ricostruzione analoga a quella qui esposta, giustifica il rapporto esistente tra promotore, SIM ed investitore alla stregua del predetto contatto ed applica così l'art. 1228 cc.).

A conclusione della presente indagine, nonostante le critiche esposte ed il tentativo di fornire una ricostruzione puramente teorica che, per ciò solo, volutamente esula dai filoni giurisprudenziali consolidati, appare opportuno dare atto della soluzione offerta dalla Suprema Corte. La stessa ricorda l'assunto, già statuito in precedenza da altro collegio, secondo il quale l'intermediario (banca, nel nostro caso) risponde per i danni arrecati a terzi dai promotori finanziari nello svolgimento delle incombenze loro affidate purché il fatto illecito del promotore sia legato da un nesso di occasionalità necessaria con l'esercizio delle mansioni alle quali è adibito. Conseguentemente, un eventuale comportamento doloso, penalmente rilevante (come è accaduto anche nel caso concreto oggetto della ordinanza in commento) del preposto (promotore, in questo caso) non è idoneo ad interrompere il nesso di cd. occasionalità necessaria tra l'esercizio delle incombenze ed il danno, a condizione che non possano ritenersi esistenti condotte del promotore "particolari", che sfuggono alle normali logiche dell'incarico, che possono essere idonee ad escludere la responsabilità dell'istituto di credito. Chiarito tale dato, la Suprema Corte ha ricordato come le norme invocate nei precedenti gradi di giudizio (artt. 31 TUF comma terzo e 2049 cc.) siano idonee a configurare la responsabilità solidale per gli eventuali danni arrecati a terzi nello svolgimento delle incombenze affidate ai promotori finanziari, anche nell'ipotesi in cui venga accertata la responsabilità in sede penale⁹. Tale considerazione nasce dalla constatazione a mente della quale occorre assimilare le condotte poste in essere dal promotore alla stregua veri e propri "strumenti" dell'intermediario/banca dei quali questi si avvale per lo svolgimento delle proprie attività. La Corte, su tali basi e necessariamente ribadendo i limiti legali imposti alla propria funzione, constata come in primo grado si sia accertata l'assenza di un nesso di occasionalità necessaria tanto da rendere inopportuna la

⁹ Si rinvia, sul punto, alle teorie inerenti i rapporti tra rilevanza penale ed incidenza civile dei rapporti negoziali. A titolo esemplificativo e non esaustivo, si ricordino le teorie pan civilistiche ed autonomistiche emerse sul tema. Sul rapporto tra autonomia del diritto penale ed ordinamento, tra tanti, anche R. BORSARI, *Diritto penale, creatività e co-disciplinarietà - Banche di prova dell'esperienza giudiziale*, Padova, University Press, I° Ed., 2013, in particolare, pp. 62 e ss., consultabile in *full text* all'indirizzo <https://discrimen.it/>.

configurazione della responsabilità solidale. Non manca di ribadire, al riguardo, come, in relazione a casi analoghi, sia stato spesso affermato che *<<[...]in tema di contratti di intermediazione finanziaria – al fine di escludere la responsabilità solidale dell’intermediario per gli eventuali danni arrecati ai terzi nello svolgimento delle incombenze affidate ai promotori finanziari, non è sufficiente la mera consapevolezza da parte dell’investitore della violazione da parte del promotore delle regole di comportamento poste a tutela dei risparmiatori, ma occorre che i rapporti tra promotore ed investitore presentino connotati di anomalia, se non addirittura di connivenza o di collusione in funzione elusiva della disciplina legale>>*. Pur tuttavia, nessuna delle argomentazioni può reggere in assenza di prove certe e, dunque, di accertamento del predetto nesso tra la condotta posta in essere dal promotore e l’incarico conferito: ne consegue che non è possibile far discendere la responsabilità solidale del terzo intermediario/banca dalla sola responsabilità penale del promotore, ovvero dall’unico dato, conferente ai fini dell’addebito solidale all’istituto di credito, pacificamente accertato. L’assenza di nesso di occasionalità necessaria, dettato dal carattere autonomo della condotta del promotore, ha assunto carattere assorbente. Ne è conseguito il rigetto del ricorso.