



DIRITTO E PROFESSIONE

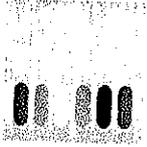
RANIERI **RAZZANTE** (a cura di)

# IL CONTENZIOSO FINANZIARIO NELL'ERA MiFID

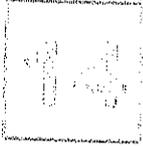
*Prefazione di*  
Giovanni Sabatini



**G. GIAPPICHELLI** EDITORE



# DIRITTO PROFESSIONE



Area Diritto Civile



RANIERI **RAZZANTE** (a cura di)

---

# **IL CONTENZIOSO FINANZIARIO NELL'ERA MiFID**

*Prefazione di*  
Giovanni Sabatini



**G. GIAPPICHELLI** EDITORE

---

 **Indice**

	<i>pag.</i>
<i>Gli Autori</i>	XI
<i>Prefazione di Giovanni Sabatini</i>	XIII

1

Tratti essenziali del quadro normativo di riferimento  
di *Ranieri Razzante*

1. Il percorso <i>pre-MiFID</i>	1
2. Il <i>Financial Services Action Plan</i>	3
3. ISD 93 – <i>Investment Services Directive</i>	3
4. Il rapporto <i>Lamfalussy</i>	7
5. Il recepimento della direttiva MiFID in Italia	10
6. I principi di fondo delle direttive e del regolamento MiFID	13

2

Le nuove regole di funzionamento dei mercati  
di *Domenico de Palma*

1. L'evoluzione del concetto di <i>best execution</i>	23
-------------------------------------------------------	----

	<i>pag.</i>	
2. La <i>best execution</i> nella MiFID e nel Regolamento Consob n. 16190/2007 Consob	26	
3. <i>Segue</i> : ambito di applicazione	26	
4. La strategia di esecuzione	28	
5. <i>Disclosure</i> e variazioni della <i>best execution</i>	29	1.
6. La MiFID e i mercati: dal tradizionale obbligo di concentrazione delle negoziazioni ...	29	2.
7. ... alla liberalizzazione dei mercati nell'era MiFID	31	3.
8. <i>Segue</i> : i sistemi multilaterali di negoziazione	32	
9. <i>Segue</i> : gli internalizzatori sistematici	34	4.
10. Gli obblighi di trasparenza	37	5.
		6.
		7.

## 3

## La relazione intermediario-cliente

di Fabio Civale

1. Il rapporto intermediario-cliente quale "relazione di servizio"	41	
2. I servizi di investimento ed i tre livelli di tutela: la nuova declinazione della " <i>know your customer rule</i> "	43	
3. Classificazione della clientela	45	1.
4. Valutazione di adeguatezza	50	2.
4.1. Acquisizione delle informazioni dal cliente e conoscenza degli strumenti finanziari	50	3.
4.2. Rifiuto del cliente o mancato ottenimento delle informazioni	54	4.
4.3. I criteri da utilizzare ai fini della valutazione di adeguatezza	57	5.
4.4. Consulenza in materia di investimenti e valutazione di adeguatezza	59	6.
4.5. Gestione di portafogli e valutazione di adeguatezza	64	7.
4.6. Clienti professionali e valutazione di adeguatezza	65	8.
5. Valutazione di appropriatezza ed <i>execution'only</i>	66	9.
5.1. Valutazione di appropriatezza	66	
5.2. La modalità <i>execution only</i>	68	
6. Il passaggio dall'informazione dalla " <i>specifica operazione</i> " all'informazione riferita alla " <i>tipologia di strumenti finanziari trattati</i> "	69	

## 4

Dalla cronaca finanziaria alle aule di Tribunale  
di *Fabrizio Vedana*

pag.

1. Introduzione 73
2. La posizione dell'investitore nell'ordinamento giuridico e nel sistema economico 74
3. Inquadramento giuridico dei dissesti degli emittenti di strumenti finanziari 76
4. Indagine delle conseguenze sulle posizioni di investimento: natura del danno 79
5. I *default* e la crisi del sistema come problema sociale 81
6. Strategia processuale dell'investitore 83
7. Contenzioso finanziario in presenza di cliente, società fiduciaria e *trust* 85

## 5

Il servizio di consulenza in materia di investimenti  
di *Elisa Dellarosa*

1. La matrice comunitaria 89
2. Corsi e ricorsi storici 93
3. La consulenza introdotta dalla MiFID 96
4. La consulenza vista da Consob 103
5. Modularità del sistema di offerta dell'intermediario 110
6. Natura e portata del servizio fra regole di condotta, competitività degli intermediari e *Linee Guida* della Vigilanza 117
7. Note sulla (difficile) contrattualizzazione del servizio 133
8. Sintetiche riflessioni sulla responsabilità dell'intermediario fra giurisprudenza e cigni neri 146
9. Conclusioni 155

## 6

Requisiti dei contratti e regole di validità  
di *Ranieri Razzante*

1. Il contratto per la prestazione dei servizi di investimento. Premessa 159

	<i>pag.</i>
2. Il requisito della forma secondo quanto disposto dall'art. 23 T.U.F.	162
3. Caratteristiche di forma del <i>Master Agreement</i> secondo quanto disposto dal nuovo Regolamento Intermediari	165
4. La natura del contratto quadro	168
5. Obblighi di informativa precontrattuale introdotti dalla MiFID	170
6. Regole di comportamento e regole di validità	175
7. Conclusioni	177

## 7

Regole di condotta e riflessi nel contenzioso  
intermediari-clienti alla luce della disciplina MiFID

di *Fabio Civale*

1. Regole di comportamento fra diritto comune e disciplina di settore	181
2. La fase <i>pre</i> -contrattuale e la fase contrattuale: il momento dell'inadempimento	184
3. Classificazione della clientela	185
3.1. Orientamenti giurisprudenziali elaborati sulla base della pre- vigente normativa di riferimento	185
3.2. Classificazione della clientela secondo i canoni MiFID: pro- fili critici e riflessi sul contenzioso intermediario-cliente	190
4. Valutazione di adeguatezza	192
4.1. Orientamenti giurisprudenziali riferiti al regime <i>pre</i> MiFID	192
4.2. Valutazione di adeguatezza ai sensi della disciplina MiFID: profili critici connessi all'acquisizione delle informazioni dal cliente	195
4.3. Valutazione di adeguatezza: rapporti cointestati e deleghe	196
4.4. Violazione degli obblighi di astensione relativi alla valutazio- ne di adeguatezza e responsabilità dell'intermediario	199
5. Valutazione di appropriatezza: profili comparati rispetto alla pre- vigente normativa	202

## 8

pag.

Natura della responsabilità dell'intermediario e  
rimedi esperibilidi *Ranieri Razzante e Domenico de Palma*

1. Responsabilità da prospetto	205
2. Responsabilità extracontrattuale	210
3. Responsabilità contrattuale	212
4. Rimedi restitutori	214
5. Azioni di nullità	217
6. Azione di annullamento per vizi del consenso	220
7. Azione di risoluzione per inadempimento	223
8. Azioni risarcitorie	229
9. Criteri di determinazione del danno	232

## 9

Ripartizione dell'onere probatorio nel giudizio di  
risarcimento del dannodi *Ranieri Razzante*

1. Obblighi dell'intermediario: peculiarità delle attività di gestione di portafogli e consulenza	237
2. La natura dell'obbligazione dell'intermediario e i suoi riflessi sulla responsabilità	240
3. L'onere probatorio nel T.U.F. e la tutela del risparmiatore	245
4. Il nesso eziologico tra condotta dell'intermediario e pregiudizio del risparmiatore: la quantificazione del danno	246
5. Responsabilità solidale tra intermediario e promotore finanziario	248
6. Il concorso di colpa dell'investitore	254

## 10

Aspetti processuali nei giudizi di responsabilità contro gli  
intermediari finanziaridi *Adriana Neri*

1. Brevi considerazioni sul processo applicabile: gli effetti dell'abrogazione del rito societario	257
----------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

---

	<i>pag.</i>
2. L'aggravio probatorio a carico dell'intermediario sancito dall'art. 23, comma 6, T.U.F.	262
3. <i>Segue</i> : valenza derogatoria della norma rispetto alle regole civilistiche in tema di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale	266
4. La testimonianza del dipendente o funzionario dell'intermediario: profili problematici e prassi applicativa	271
 <i>Bibliografia</i>	 277
<i>Indice della Giurisprudenza</i>	285
<i>Indice analitico</i>	289



## Aspetti processuali nei giudizi di responsabilità contro gli intermediari finanziari

di *Adriana Neri*

SOMMARIO

1 Brevi considerazioni sul processo applicabile: gli effetti dell'abrogazione del rito societario. – 2. L'aggravio probatorio a carico dell'intermediario sancito dall'art. 23, comma 6, T.U.F. – 3. *Segue*: valenza derogatoria della norma rispetto alle regole civilistiche in tema di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale. – 4. La testimonianza del dipendente o funzionario dell'intermediario: profili problematici e prassi applicativa.

### 1. *Brevi considerazioni sul processo applicabile: gli effetti dell'abrogazione del rito societario*

L'ennesima e recentissima riforma del codice civile attuata dal legislatore con la legge 18 giugno 2009, n. 69<sup>1</sup> ha previsto, all'art. 54, comma 5, che «*gli artt. da 1 a 33, 41 comma 1, e 42, del decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, sono abrogati*», specificando tuttavia, al successivo comma 6, che i suddetti articoli «*continuano ad applicarsi alle controversie pendenti alla data di entrata in vigore della presente legge*».

<sup>1</sup> Trattasi della legge recante «*Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile*», in G.U. 19 giugno 2009, n. 140, s.o. n. 95, entrata in vigore il 4 luglio 2009.

Ne deriva che le controversie di cui all'art. 1, comma 1, d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 – e dunque, per quel che qui interessa, anche quelle di cui alla lett. *d*) di tale articolo, concernente i rapporti in materia di intermediazione finanziaria<sup>2</sup> – che vengano instaurate successivamente alla data del 4 luglio 2009 restano assoggettate alle regole processuali ordinarie, così come innovate dalla predetta legge.

Di tutta l'impalcatura normativa del processo societario sopravvivono solo quattro articoli relativi all'arbitrato e alla conciliazione, mentre l'"ultrattività" delle norme abrogate resta subordinata alla pendenza della controversia alla data di entrata in vigore della nuova legge.

La sopravvenuta sfiducia del legislatore nei confronti del rito societario<sup>3</sup> sfociata, in ultimo, nella sua abrogazione ha riguardato dunque l'intero processo contenzioso, compreso il c.d. rito sommario di cui all'art. 19 di tale legge, il quale ha rappresentato il modello processuale più utilizzato per l'instaurazione delle controversie c.d. finanziarie e bancarie.

Invero, la giurisprudenza maggioritaria, valorizzando l'esegesi letterale dell'articolo in questione, là dove, nel delineare l'ambito applicativo della norma, fa riferimento alle controversie che abbiano ad oggetto il pagamento di una somma di danaro, anche se non liquida, o la consegna di una somma determinata, ha ritenuto ammissibile il ricorso a tale rito anche nelle ipotesi in cui sia richiesta la condanna dell'intermediario al pagamento di una somma a titolo risarcitorio o restitutorio, escludendo la

<sup>2</sup> L'art. 1, comma 1, del citato d.lgs. n. 5/2003, contempla, alla lett. *d*), applicazione del rito societario «ai rapporti di intermediazione mobiliare da chiunque gestita, ai servizi e contratti di investimento, ivi compresi i servizi accessori, i fondi di investimento, la gestione collettiva del risparmio e la gestione accentrata di strumenti finanziari, la vendita di prodotti finanziari, ivi compresa la cartolarizzazione dei crediti, le offerte pubbliche di acquisto e di scambio, i contratti di borsa». È evidente che l'ampia formula utilizzata, pur non facendo riferimento espresso al Testo unico in materia di intermediazione finanziaria di cui al d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 e successive modificazioni – cui invece faceva rinvio l'art. 12 della legge delega – sia sicuramente idoneo a ricomprendere tutto il contenzioso avente ad oggetto la materia ivi disciplinata, quale che siano i soggetti coinvolti. In tal senso, G. COSTANTINO, *Ambito di applicazione*, in *Commentario romano al nuovo diritto delle società*, diretto da F. D'ALESSANDRO, Padova, 2009, p. 21.

<sup>3</sup> Non si dimentichi, infatti, che nelle intenzioni del legislatore la riforma del processo societario rispondeva non solo all'esigenza di assicurare una più rapida ed efficace definizione di procedimenti, ma di sperimentare una futura ed eventuale riforma del processo civile. Sebbene, infatti, tale ultimo intento non fosse espressamente dichiarato nella legge delega, emergeva in modo inequivocabile nella fase dei lavori che ha preceduto l'emanazione del d.lgs. n. 3/2005 (v. comunicato del Consiglio dei Ministri 10 gennaio 2003, n. 88).

possibilità di farvi ricorso solo nel caso in cui la determinazione del suo esatto ammontare imponesse al Giudice una cognizione più approfondita, non rispondente alle esigenze di celerità e semplicità del rito sommario ovvero quando l'accertamento della nullità del contratto o dell'inadempimento dell'intermediario siano prospettate dall'investitore come domanda autonoma e non come mero presupposto della pronuncia di condanna<sup>4</sup>.

L'abrogazione del rito societario ad opera della citata legge n. 69/2009 comporterà, dunque, che anche le cause risarcitorie promosse contro gli intermediari finanziari saranno soggette, al pari di tutte quelle rientranti nell'art. 1, comma 1, d.lgs. n. 5/2003, alla disciplina comune, ossia al rito ordinario a cognizione piena ed esauriente o, in alternativa, al rito sommario di cognizione di cui agli artt. 702-ter e ss., recentemente introdotto dall'art. 51 della citata legge n. 69/2009.

Quanto a quest'ultimo rito, vi è da rilevare come esso concorra con quello ordinario a cognizione piena per la tutela di qualsiasi situazione soggettiva sostanziale e in riferimento a qualsiasi domanda: contrariamente al citato art. 19, d.lgs. n. 3/2005 non è prevista, infatti, una limitazione *quoad obiectum*, né sono previsti presupposti per la proposizione della domanda, essendo rimesso all'esclusivo giudizio del Giudice la eventuale necessità di un'istruzione non sommaria<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> Si vedano, *ex multis*, Trib. Ferrara 4 giugno 2007; Trib. Milano 25 marzo 2005; Trib. Santa Maria Capua a Vetere 1° marzo 2005. In questa prospettiva, la giurisprudenza è giunta a ritenere ammissibile il procedimento sommario in questione anche nel caso in cui il provvedimento di condanna richiedesse il previo accertamento della nullità del contratto, ovvero una dichiarazione di risoluzione o di inadempimento dello stesso (Trib. Milano 25 marzo 2006).

È evidente peraltro che tale interpretazione "estensiva" della giurisprudenza implica che la formula generica contenuta nel comma 1 di detto articolo secondo la quale l'applicazione del rito sommario non trova applicazione con riferimento alle azioni di responsabilità da chiunque promosse, vada interpretata restrittivamente, ossia come riguardante esclusivamente le azioni di responsabilità in senso stretto inerenti il diritto societario, ossia quelle contro gli amministratori, i sindaci, i liquidatori ecc., alla stregua di quanto previsto dall'art. 1, comma 1, lett. a), del citato d.lgs. n. 3/2005. In tal senso, in dottrina, E. DALMOTTO, *Il procedimento sommario non cautelare (art. 19 d.lgs. n. 5/2003)*, in G. COTTINO-G. BONFANTE-O. CAGNASSO-P. MONTALENTI, *Il nuovo diritto societario*, Bologna, 2004, p. 2888, il quale propende per l'ammissibilità di tale rito anche alle ipotesi di risarcimento danni, sempre che la quantificazione non appaia troppo complessa. Sulla facile liquidabilità della somma vedi anche, B. SASSANI-R. TISCINI, *Il nuovo processo societario. Prima lettura del d.lgs. n. 5 del 2003*, in *Giust. civ.*, 2003, II, p. 60 s.

<sup>5</sup> Sulla struttura e sulla funzione dell'istituto, v. per tutti, S. MENCHINI, *L'ultima idea del*

L'unica limitazione di ordine meramente procedurale concerne l'organo giudicante chiamato a risolvere la controversia, dovendosi necessariamente trattare di cause riservate alla competenza del Tribunale che giudica in composizione monocratica e, inoltre, di cause non assoggettate a riti diverso da quello ordinario<sup>6</sup>.

Ne deriva dunque che – fermo restando il limite della istruzione non sommaria della causa – gran parte delle controversie di cui all'art. 1, comma 1, d.lgs. n. 3/2005 – tra le quali certamente quelle promosse contro gli intermediari finanziari – potranno essere trattate con questo rito, atteso che con l'abrogazione del processo societario contenzioso la riserva di collegialità concernente le cause indicate nell'art. 1, comma 1, lett. a), b), c) e d), d.lgs. n. 3/2005, dopo l'entrata in vigore della legge, interesserà soltanto le cause elencate nell'art. 50-bis, tra le quali non figurano quelle relative al c.d. contenzioso finanziario di cui alla citata lett. d).

Con riferimento al tipo di tutela apprestata dal rito di nuovo conio, il legislatore ha espressamente sancito all'art. 702-*quater* che l'ordinanza pronunciata all'esito del giudizio sommario produce gli effetti di cui all'art. 2909 c.c., ossia è idonea a conseguire l'autorità di cosa giudicata. Quest'ultimo inciso si rivela particolarmente importante in quanto esclude, in radice, ogni minima possibilità di assimilare il procedimento in questione a quello disegnato dall'ormai abrogato art. 19, nel quale, all'opposto, veniva proclamata l'inidoneità dell'ordinanza non impugnata a conseguire gli effetti di cui all'art. 2909 c.c.<sup>7</sup>.

Si può pertanto affermare che il legislatore con i due procedimenti in oggetto ha inteso perseguire il medesimo risultato, nella direzione di una velocizzazione e semplificazione del processo, con effetti tuttavia opposti.

È evidente che, prescindendo in questa sede dall'analisi dei profili

*legislatore per accelerare i tempi della tutela dichiarativa dei diritti: il processo sommario di cognizione, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it).*

<sup>6</sup> Tale ultimo rilievo sembra imposto dal comma 3 dell'art. 703-*ter*, laddove si prevede che il Giudice fissa l'udienza di cui all'art. 183 c.p.c., allorché ritenga che le difese svolte dalle parti richiedono un'istruzione non sommaria. In tal senso, S. MENCHINI, *L'ultima idea del legislatore*, cit.

<sup>7</sup> Al riguardo parte autorevole della dottrina attribuisce all'ordinanza in questione efficacia di titolo esecutivo di formazione giudiziale. (S. MENCHINI, *Il giudizio sommario per le controversie societarie, finanziarie e bancarie*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it). Per una panoramica completa delle varie posizioni dottrinali sul punto si rinvia a T. DI CIOMMO, *Aspetti problematici del processo sommario societario*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it).

proble  
nonché  
dizi, il  
glio i c  
sostanz

In t  
neralizz  
sono sc  
reale po  
a causa  
larsi, in  
riament  
ad aggr

Qua  
nuova l  
speciale  
posito c  
della pr  
rito soci  
il Giudic  
colo – il  
o se, al c

A rig  
bra lasci  
gola ivi  
trata in  
le ipotes  
1 comm  
erronear  
dente al

Si è t  
secondo  
va discip  
nell'esige

<sup>8</sup> S. MEN

<sup>9</sup> G. CO  
*dir. proc.*, 21

problematici attinenti alla struttura dei due procedimenti in questione, nonché del rimedio impugnatorio previsto parallelamente per i due giudizi, il modello sommario di cui all'art. 702-bis si presta a tutelare meglio i diritti delle parti, garantendo un risultato (l'idoneità al giudicato sostanziale) definitivo e incontrovertibile.

In tal senso, dunque, tale rito potrà costituire una forma di tutela generalizzata per tutte le azioni intentate dai consumatori, anche se non possono sottacersi le perplessità già manifestate in dottrina in ordine alla reale portata deflattiva del procedimento in questione, il quale, proprio a causa dell'assenza di limiti e condizioni di ammissibilità, potrebbe rivelarsi, in fin dei conti, un "boomerang", ossia uno strumento che, contrariamente alle intenzioni del legislatore, potrà contribuire ulteriormente ad aggravare la situazione di endemica lentezza del processo<sup>8</sup>.

Quanto poi ai processi pendenti alla data di entrata in vigore della nuova legge, rimane ferma – come già osservato – l'assoggettabilità al rito speciale delle controversie di cui all'art. 1, d.lgs. n. 3/2005. A tale proposito ci si è chiesti se, nell'ipotesi in cui, prima dell'entrata in vigore della predetta legge, sia stata introdotta una controversia assoggettata al rito societario con forme, tuttavia, diverse da quelle per esso prescritte, il Giudice debba comunque disporre – ai sensi del comma 5 di tale articolo – il mutamento del rito a favore di quello *medio tempore* abrogato o se, al contrario, il processo possa proseguire nelle forme ordinarie<sup>9</sup>.

A rigor di logica, il tenore letterale dell'art. 54, comma 6, non sembra lasciare alcun margine di dubbio interpretativo, nel senso che la regola ivi sancita che vuole tutte le controversie pendenti alla data di entrata in vigore della legge assoggettate al vecchio rito, imporrebbe in tale ipotesi al Giudice il mutamento del rito, ai sensi del "perdurante" art. 1 comma 5, sulla scorta della semplice constatazione che anche la causa erroneamente introdotta con rito diverso dovrebbe considerarsi pendente al momento di entrata in vigore della legge.

Si è tuttavia affermato in dottrina, – in base al fondamentale rilievo secondo il quale la *ratio* della norma che limita l'applicazione della nuova disciplina ai processi instaurati dopo la sua entrata in vigore risiede nell'esigenza di evitare intralci e rallentamenti ai processi già pendenti –

<sup>8</sup> S. MENCHINI, *L'ultima idea del legislatore*, cit.

<sup>9</sup> G. COSTANTINO, *La disciplina transitoria e la abolizione di riti nella l. n. 69/09*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 1252 s.

che imporre in tali casi il mutamento a favore di un rito ormai abrogato sarebbe contrario ai principi di economia processuale e di durata ragionevole del processo. Sicché, non soltanto deve ragionevolmente concludersi che le controversie instaurate prima del 4 luglio 2009, in forme diverse da quelle prescritte per il rito commerciale possano proseguire nelle forme ordinarie, ma che per tali controversie non sia possibile usufruire dell'opzione di cui all'art. 70-*bis*, qualora il mutamento del rito ad essa conseguente debba essere disposto a seguito della entrata in vigore della nuova legge<sup>10</sup>.

2. *L'aggravio probatorio a carico dell'intermediario sancito dall'art. 23, comma 6, T.U.F.*

L'art. 23, comma 6, T.U.F.<sup>11</sup> prevede che «nei giudizi di risarcimento dei danni cagionati al cliente nello svolgimento di servizi di investimento e di quelli accessori, spetta ai soggetti abilitati l'onere della prova di aver agito con la specifica diligenza richiesta»<sup>12</sup>. †

La norma, sul versante processuale, si traduce chiaramente in un'agevolazione probatoria a favore dell'investitore-attore nei giudizi di responsabilità per danni promossi contro l'intermediario, in deroga alla regola di giudizio sancita nell'art. 2697 c.c. in base alla quale chi agisce in giudizio deve provare i fatti posti a fondamento della sua pretesa<sup>13</sup>. In senso più tecnico, la norma incide sulla ripartizione dell'*onus probandi* tra intermediario e investitore, limitando il carico probatorio gravante su quest'ultimo alla prova del danno subito e alla generica riconducibilità dello stesso al comportamento dell'intermediario e "spostando" su que-

<sup>10</sup> G. COSTANTINO, *La disciplina transitoria e la abolizione di riti*, cit., p. 1254.

<sup>11</sup> Trattasi del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, e successive modificazioni, intitolato «Testo unico in materia di intermediazione finanziaria, ai sensi degli articoli 8 e 21 della legge 6 febbraio 1996, n. 52».

<sup>12</sup> Sull'evoluzione storica della disposizione in oggetto, vedi M. TOPINI, *L'onere della prova nei giudizi di responsabilità per danni cagionati nello svolgimento dei servizi di investimento*, in *Giur. comm.*, 1999, I, p. 697 s.

<sup>13</sup> In generale sull'argomento vedi, soprattutto, L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, Torino, 1998, pp. 84-166; G. MICHELI, *L'onere della prova*, rist. (1942), Padova, 1966; M. TARUFFO, voce *Onere della prova*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, vol. XXXVII, Torino, 1995, pp. 65-78; F. DE STEFANO, *L'istruzione della causa nel nuovo processo civile*, Padova, 1999, pp. 51-68.

sti l'onere di provare di aver agito con la diligenza richiesta nel caso concreto.

Fondamento di tale previsione, omologa a molte altre presenti in diversi settori del nostro ordinamento<sup>14</sup>, è indubbiamente quello di favorire il soggetto che usufruisce dei servizi finanziari mediante il ricorso ad un criterio di tipo presuntivo: il legislatore, cioè, presume che, nello svolgimento dei servizi finanziari, l'intermediario non si sia attenuto alle regole di diligenza previste in relazione alla specifica prestazione richiesta.

La circostanza che la norma in questione appresti tale forma di agevolazione processuale all'investitore *tout court* – senza cioè distinguere tra le varie tipologie enucleate all'interno di tale categoria<sup>15</sup> – induce ragionevolmente a ritenere che la *ratio* sottesa a tale disposizione risieda nella maggiore facilità per l'intermediario, rispetto all'investitore, di fornire la prova della diligenza richiesta. In tal senso, dunque, il fondamento della deroga alla regola generale sulla ripartizione dell'onere della prova introdotta dalla norma in questione andrebbe rintracciato nella parti-

<sup>14</sup> Con riferimento specifico alla materia consumeristica, per una disamina delle diverse ipotesi nelle quali il legislatore ha introdotto una deroga alla regola generale di cui all'art. 2697 c.c., vedi E. DALMOTTO, *L'onere della prova e la protezione del consumatore*, in S. CHIARLONI-P. FIORIO (a cura di), *Consumatori e processo. La tutela degli interessi collettivi dei consumatori*, Torino, 2005, pp. 85-108, ove anche riferimenti all'art. 23 T.U.F.

<sup>15</sup> È noto infatti come la direttiva 2004/39/CE, c.d. direttiva MiFID (acronimo di *Market in financial Instrument Directive*) abbia introdotto una tripartizione della clientela, successivamente recepita nel nuovo Regolamento Intermediari adottato dalla Consob con delibera 29 ottobre 2007, n. 16190, (artt. 26, lett. e), art. 58 e all. 2) in virtù della quale gli investitori possono sostanzialmente distinguersi in tre grandi categorie: clienti al dettaglio (c.d. clienti *retail*) clienti professionali, controparti qualificate. Orbene, mentre con la prima categoria si individua, in via residuale, una tipologia di clientela ritenuta priva di strumenti tecnici adeguati alla conoscenza del rischio connesso all'investimento, la seconda e soprattutto la terza fanno riferimento ad una tipologia di clienti che, data la loro esperienza in campo finanziario, beneficiano di una tutela inferiore rispetto ai clienti ricompresi nella prima categoria. Ciò vuol dire che, ferma restando la possibilità per ciascun cliente di richiedere una diversa qualificazione (vedi art. 35, nuovo Regolamento Intermediari), è evidente che la classificazione sopra descritta comporta una duttilità della normativa in materia di regole di condotta, finalizzata ad una personalizzazione del servizio di investimento.

Peraltro, occorre rilevare come la disciplina previgente già operasse una distinzione tra le varie tipologie di clienti, consentendo di escludere consistenti blocchi di clientela dalla disciplina delle regole di condotta degli intermediari (cfr. art. 30, comma 2, T.U.F. e art. 31, vecchio Regolamento Intermediari 1° luglio 1998, n. 11522).

Sull'argomento vedi, di recente, F. DURANTE, *Con il nuovo regolamento intermediari, regole di condotta «flessibili» per la prestazione dei servizi di investimento*, in *Giur. merito*, 2008, p. 628 ss.

colare natura della prestazione fornita dall'intermediario. Sicché, sul piano concreto, sarebbe da ascriversi piuttosto all'applicazione del criterio oggettivo della c.d. vicinanza della prova, che non all'intento del legislatore di riequilibrare, sul piano processuale, posizioni sostanziali asimmetriche. Ragionando diversamente, nel senso cioè di riconoscere alla norma la funzione di porre rimedio ad una situazione di squilibrio tra le parti sul piano sostanziale, si giungerebbe al paradosso di garantire tale forma di tutela anche nei confronti di coloro che, per particolari caratteristiche soggettive, siano da considerare sicuramente parti non deboli del rapporto<sup>16</sup>. In tali casi la norma risulterebbe piuttosto il frutto di un eccesso di tutela del legislatore di talché il *favor* per l'investitore troverebbe una giustificazione in un'ottica meramente paternalistica, se non addirittura sanzionatoria nei confronti dell'intermediario<sup>17</sup>.

Se dunque nessun dubbio solleva la norma in questione per ciò che concerne il meccanismo processuale attraverso il quale opera la presunzione che essa introduce, problematiche di non poco momento sono state sollevate in dottrina per ciò che concerne la sua esegesi, con particolare riferimento all'esatta individuazione della reale portata derogatoria rispetto alla regola di diritto comune sulla responsabilità contrattuale sancita, in via generale, all'art. 1218 c.c.

Com'è noto tale norma addossa al debitore/convenuto l'onere di fornire la prova che l'inadempimento è stato determinato da «*impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile*» sicché, al pari di quanto accade in relazione all'art. 23 T.U.F. per l'intermediario, l'onere di fornire la prova dell'elemento soggettivo (*id est* dell'impossibilità non imputabile) grava sul debitore.

In particolare, la dottrina maggioritaria si è cimentata nel tentativo quasi affannoso di attribuire a tale norma una valenza autonoma, in quanto derogatoria, rispetto a quella di cui all'art. 1218 c.c., al fine di scongiurare – attraverso letture esegetiche spesso funamboliche – il pericolo

<sup>16</sup> Si pensi ad es. ad un cliente professionale, che, ai sensi del citato all. 2 del nuovo Regolamento Intermediari può anche essere una banca o altro istituto finanziario autorizzato o regolamentato. In tal caso non potrà certo affermarsi che la funzione della norma qui considerata risieda nell'esigenza di riequilibrare, sul piano processuale, una posizione sostanziale di squilibrio.

<sup>17</sup> Per simili rilievi, cfr. F. GILOTTA, *La ripartizione dell'onere probatorio nei giudizi di risarcimento dei danni derivati dallo svolgimento dei servizi di investimento*, in *Giur. comm.*, 2005, p. 624 s., nonché M. TOPINI, *L'onere della prova nei giudizi di responsabilità*, cit., p. 704 s.

che l'art. 23, comma 6, T.U.F. potesse considerarsi una norma meramente reiterativa di una regola generale<sup>18</sup>. Si è così ravvisata la specialità della norma in questione nella deroga ai principi del codice civile in materia di prova del danno contrattuale, sostenendosi che nell'ipotesi considerata il cliente sarebbe esonerato, diversamente da quanto accade per il creditore in tema di inadempimento contrattuale, dal fornire la dimostrazione del nesso di causalità sussistente tra violazione commessa dall'intermediario e danno subito dall'investitore<sup>19</sup>.

Ancora, lo sforzo della dottrina di attribuire alla norma considerata una valenza autonoma rispetto a quella civilistica si è spinto sino a fornire un'esegesi in chiave storica, in base alla quale la portata derogatoria della disposizione andrebbe ravvisata nel fatto che, all'epoca della sua entrata in vigore l'inversione dell'onere della prova sancita dall'art. 1218 c.c. operava – per giurisprudenza consolidata – solo con riferimento alle ipotesi di inadempimento vero e proprio e non di inesatto adempimento, incompendo in tale ultimo caso sul creditore l'onere di provare la negligenza dell'obbligato<sup>20</sup>. In tale contesto l'art. 26, comma 6 costituiva sicuramente *lex specialis* rispetto alla disciplina di diritto comune, in quanto l'inversione dell'onere della prova da esso sancita trovava indifferentemente applicazione in tutte le ipotesi di inadempimento verificatesi nell'ambito dei servizi di investimento.

Orbene, a prescindere dalla banale osservazione secondo la quale la prospettazione da ultimo considerata recupera l'autonoma valenza della norma solo per il passato, atteso che l'arresto operato dalle Sezioni Uni-

<sup>18</sup> In tal senso, vedi Trib. Roma 29 luglio 2005, n. 17539, in *Dir. banca e merc. fin.*, 2006, con nota di A. ABBATE.

In dottrina vedi per tutti, F. CARBONETTI, *I contratti di intermediazione mobiliare*, Milano, 1992, p. 68. Nel senso che la norma considerata, pur riproducendo assetti normativi generali, abbia comunque un'innegabile funzione chiarificatrice, nel rendere esplicito l'onere probatorio incombente sull'intermediario e nel superare le incertezze interpretative che caratterizzano la regola di diritto comune, vedi R. COSTI-ENRIQUES, *Il mercato immobiliare*, Padova, 2004, p. 368 ss.

<sup>19</sup> In tal senso, facendo leva sulla circostanza che l'aver esonerato l'investitore dalla prova dell'inadempimento dell'intermediario, renderebbe del tutto illogica la pretesa della dimostrazione del nesso di causalità, V. ROVITO-L. PICARDI, *Commento all'art. 23*, in *Testo unico della finanza: d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58*, *Commentario* diretto da G. CAMPOBASSO, I, Torino, 2002, p. 211. *Contra* espressamente, G. GOBBO-C.E. SALODINI, *I servizi di investimento nella giurisprudenza più recente*, in *Giur. comm.*, 2006, II, p. 43.

<sup>20</sup> Cfr. *ex multis*, Cass. 15 ottobre 1999, n. 11629, in *Giust. civ.*, 2000, I, p. 46; Trib. Roma 15 febbraio 2000.

te della Corte di Cassazione con la ormai nota sentenza n. 13533/2001<sup>21</sup> ne ha notevolmente ridimensionato la connotazione derogatoria<sup>22</sup>, vi è comunque da rilevare come all'art. 26, comma 6 possa comunque essere riconosciuta una valenza normativa autonoma che ne giustifichi l'esistenza all'interno del nostro ordinamento e lo sottragga al rischio di essere considerato meramente reiterativo di una regola generale, anche nell'ipotesi in cui si sostenga che dal punto di vista squisitamente processuale la presunzione legale introdotta dalle due norme poste a confronto operi nello stesso identico modo, nel senso cioè che in entrambi i casi la deroga alla regola generale in tema di ripartizione onere della prova investe solo ed esclusivamente il profilo della dimostrazione dell'elemento soggettivo (dolo o colpa) del debitore/intermediario, senza incidere su altri aspetti della fattispecie, quali il nesso eziologico tra violazione compiuta e danno subito. Entrambe le disposizioni, infatti, dal punto di vista del contenuto normativo appaiono esattamente simmetriche, poiché addossano al convenuto l'onere di dimostrare in un caso di aver agito con la "specifica diligenza richiesta" e nell'altro caso che «*l'inadempimento è stato determinato da causa a lui non imputabile*».

### 3. Segue: valenza derogatoria della norma rispetto alle regole civilistiche in tema di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale

Fermo quanto detto a conclusione del precedente paragrafo, va comunque evidenziato che – a nostro avviso – la norma in esame appare dotata di una sua autonoma valenza già solo per il fatto stesso di essere inserita

<sup>21</sup> Con tale pronuncia, la suprema corte ha esteso anche all'ipotesi di inesatto adempimento l'applicazione della regola secondo la quale il creditore che agisce per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno, ovvero per l'inadempimento, deve esclusivamente provare la fonte del suo diritto, limitandosi semplicemente ad allegare l'inadempimento della controparte. La sentenza è pubblicata in *Giust. civ.*, 2000, I, p. 1934 e in *Foro it.*, 2002, I, c. 770, con nota di LAGHEZZA.

<sup>22</sup> Tale indirizzo infatti non è ancora unanimemente condiviso nella giurisprudenza di merito, Trib. Monza 1° marzo 2004, Trib. Monza 24 luglio 2004, in *Giur. merito*, 2004, p. 2189 ss. Per tale motivo, parte della dottrina ritiene che anche dopo detto arresto, l'art. 26 comma 6 continua ad avere una funzione chiarificatrice. (Cosi' G. GOBBO-C.E. SALODINI, *I servizi di investimento nella giurisprudenza*, cit., p. 42, M.R. GIORDANO, *Aspetti problematici nelle cause intentate dai risparmiatori: onere probatorio e ruolo della consulenza tecnica*, in S. AMBROSINI-P.G. DE MARCHI, *Banche, consumatori e tutela del risparmio*, Milano, 2009, p. 511).

in un *corpus* normativo che regola uno specifico settore dell'ordinamento, connotandosi necessariamente di un carattere di specialità rispetto alla disciplina civilistica in tema di responsabilità contrattuale.

Questa preliminare osservazione, che potrebbe *prima facie* apparire scontata, serve in realtà a garantire un approccio metodologico alla questione a nostro avviso più corretto, in quanto ha come punto di partenza l'interpretazione della norma nello specifico contesto normativo di riferimento, per giungere, solo in un momento successivo, a verificare se essa possa effettivamente divergere – e in quale misura – dalla disciplina codicistica considerata.

In questa prospettiva sembra essenziale soffermarsi sul contenuto della norma ed in particolare sul concetto di "specificata diligenza richiesta" ivi espresso, poiché è proprio quest'ultimo a conferire concretezza all'onere probatorio gravante sull'intermediario<sup>23</sup>.

Si tratta di un concetto che rimanda alla regola generale di cui all'art. 1176 c.c., che – com'è noto – commisura la diligenza alla particolare natura dell'attività esercitata (c.d. diligenza professionale) e che nello specifico contesto considerato assume una particolare pregnanza in quanto costituisce il fulcro sul quale il legislatore ha inteso regolamentare l'intera attività prestata dall'intermediario.

La peculiare natura del servizio offerto dagli intermediari finanziari, infatti, ha indotto il legislatore a specificare la regola generale di diritto comune in un corpo di minuziose regole tecniche volto a disciplinare nel modo più completo possibile tutti gli aspetti inerenti il comportamento degli intermediari nello svolgimento dei servizi di investimento, prevedendo *standard* di diligenza che si differenziano in relazione alle diverse tipologie di servizi richiesti<sup>24</sup>.

<sup>23</sup> Si noti come tale inciso, nell'evoluzione storica della norma ha subito profonde modifiche. Nella legge 23 marzo 1983, n. 77, istitutiva di fondi comuni di investimento mobiliare, si faceva riferimento alla diligenza del mandatario. Sul punto, per maggiori approfondimenti, si rinvia a M. TOPINI, *L'onere della prova nei giudizi di responsabilità*, cit., p. 697 s.

<sup>24</sup> Vengono in rilievo innanzitutto gli obblighi di condotta individuati in via generale dall'art. 21 T.U.F., ma anche il nuovo Regolamento Intermediari adottato dalla Consob con delibera 29 ottobre 2007, n. 16190. Per una panoramica completa delle regole che presidono l'attività degli intermediari, cfr. F. VEDANA, *Le regole informative e contrattuali*, in R. RAZZANTE (a cura di), *La MiFID. Com'è cambiato il TUF*, Napoli, 2008, pp. 131-186. C'è da sottolineare, peraltro, come il cavilloso lavoro interpretativo della giurisprudenza svolto negli ultimi tempi abbia contribuito a specificare ulteriormente il contenuto di tali regole, cfr. L. ZITIELLO, *La giurisprudenza sul c.d. risparmio tradito*, Torino, 2005.

In quest'ottica assolutamente protezionistica nei confronti del soggetto del rapporto ritenuto oggettivamente più debole, il legislatore, non soltanto si è preoccupato di addossare l'onere probatorio sulla parte più idonea ad assolverlo, perché effettivamente in possesso della conoscenze tecniche richieste nel servizio espletato, ma ha anche commisurato l'inadempimento al mancato rispetto degli standard delle regole comportamentali poste a garanzia della miglior tutela degli interessi dell'investitore, secondo la tecnica tradizionalmente invalsa nel campo delle c.d. obbligazioni di mezzi<sup>25</sup>.

Ciò, se pure non deve indurre nell'ingenuo errore di considerare che l'obbligazione dell'intermediario debba qualificarsi sempre e comunque un'obbligazione di mezzi<sup>26</sup>, consente di poter affermare che – in deroga alla disciplina di diritto comune secondo la quale nelle obbligazioni di mezzi spetta all'attore/creditore fornire la prova della negligenza del convenuto/debitore – l'effetto dell'inversione dell'onere della prova sancito dall'art. 26 comma 6 è costante, nel senso di esonerare sempre e comunque il cliente dal fornire la prova della negligenza dell'intermediario sia nel caso in cui il comportamento dell'intermediario sia sfociato in un evento naturalistico, ontologicamente distinguibile dalle modalità di esecuzione della prestazione, sia nei casi in cui tale evento non si sia verificato.

Da tale punto di vista, quindi, la norma considerata si connota senz'altro per il suo carattere di specialità rispetto al generale criterio di ripartizione dell'onere della prova sancito dall'art. 1218 c.c., ma soprattutto appare idonea ad incidere, in senso derogatorio, su altre regole civilistiche in tema di responsabilità contrattuale, tutte le volte in cui l'applicazione di esse sortisca l'effetto di diminuire il livello di protezione apprestato al cliente.

<sup>25</sup> Pur essendo la categoria ancor oggi controversa, per ciò che concerne l'esatta individuazione dei profili differenziali con le corrispettive obbligazioni di risultato è noto come, secondo l'impostazione tradizionalmente accolta in dottrina, nell'obbligazione di mezzi l'adempimento è commisurato alle modalità di esecuzione della prestazione, sicché, in via di estrema sintesi, l'inadempimento finisce con il convergere con la negligente esecuzione della prestazione dovuta. Sul punto, cfr. F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale. Le obbligazioni e i contratti: obbligazioni in generale, contratti in generale*, vol. II, I, Padova, 1990, p. 64.

<sup>26</sup> In tal senso, M.R. GIORDANO, *Aspetti problematici nelle cause intentate*, cit., p. 510, G. GOBBO-C.E. SALODINI, *I servizi di investimento nella giurisprudenza*, cit., p. 41. Questo orientamento infatti non si condivide potendo ben ricorrere l'ipotesi in cui l'intermediario non adempia ad una obbligazione specifica, come, in via esemplificativa, nel caso di mancata esecuzione di un ordine di borsa, pur essendo consapevoli che, nella generalità dei casi, l'eventualità che il cliente deduca l'inadempimento di una specifica obbligazione di risultato sarà meno frequente rispetto al caso in cui lamenti la violazione di regole comportamentali.

Se è vero, infatti, che tale concetto nel contesto specifico qui considerato si connota di un significato peculiare, rappresentando in sostanza lo strumento attraverso il quale il legislatore ha inteso rendere "effettiva" la tutela dell'investitore, deve ragionevolmente ritenersi che le regole comportamentali che disciplinano l'attività dell'intermediario non possano che ritenersi inderogabili<sup>27</sup> di talché dovrebbe risultare esclusa l'ammissibilità di patti che escludano o limitino la responsabilità dell'intermediario per colpa lieve, secondo quanto disposto dall'art. 1229 c.c., così come la stessa possibilità di attenuare la responsabilità dell'intermediario sul presupposto che l'attività da lui prestata debba essere intesa come implicante la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà, ai sensi dell'art. 2236 c.c.

Spingendosi oltre in tali riflessioni, può ancora osservarsi come la sostanziale unitarietà della disciplina apprestata dalla norma in questione non consenta di differenziare tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale e che proprio in questa applicazione generalizzata risieda la portata maggiormente significativa della norma stessa.

La tesi appena prospettata implica chiaramente il superamento, sul piano esegetico, del dato formale rappresentato dalla circostanza che l'art. 26 T.U.F. è rubricato sotto la denominazione di "Contratti". Essendo dunque innegabile che l'utilizzo di questa denominazione valga a ritagliare – quanto meno da un punto di vista meramente formale – l'ambito di applicazione della norma entro i confini della responsabilità *ex contractu*, appare necessario dimostrare come sul piano della sua formulazione letterale possa comunque evincersi che la disciplina da essa prevista abbia una valenza generale, nel senso cioè che sia destinata a trovare applicazione con riferimento all'attività compiuta dall'intermediario considerata nel suo complesso.

Invero, una simile conclusione non sembrerebbe contrastante con il tenore letterale della norma, atteso che – come rilevato da una parte della dottrina<sup>28</sup> – il legislatore non ha utilizzato espressioni univoche che si riferiscono senza alcun margine di dubbio alla responsabilità *ex contractu*, ma, al contrario, ha fatto esclusivo riferimento, con un'espressione

<sup>27</sup> In tal senso, Trib. Brindisi 22 luglio 2005, secondo il quale la normativa di cui all'art. 21 T.U.F. deve essere considerata di ordine pubblico e pertanto la sua violazione comporta la nullità dei contratti di negoziazione. In senso analogo, Trib. Brindisi 29 marzo 2007.

<sup>28</sup> F. GILOTTA, *La ripartizione dell'onere probatorio nei giudizi*, cit., p. 640.

generica e onnicomprensiva, ai *danni derivanti dallo svolgimento dei servizi di investimento e di quelli accessori*.

Inoltre, ampliando lo spazio della nostra riflessione su di un piano più generale che tenga conto dell'intero contesto nel quale la norma è inserita, tale conclusione sembrerebbe suggerita dalla constatazione che l'art. 26 in questione costituisce l'unica disposizione del T.U.F. che disciplina la responsabilità per i danni cagionati dall'intermediario nello svolgimento dei servizi finanziari. In tal prospettiva sistematica essa sembrerebbe *naturaliter* destinata ad assorbire tutte le ipotesi di responsabilità per danni cagionati dall'intermediario nell'esercizio della sua attività.

A ciò si aggiunga l'ulteriore considerazione secondo la quale l'esigenza di protezione dell'investitore si presenta in egual misura sia in ambito contrattuale che extracontrattuale, sicché sarebbe irragionevole pensare che il legislatore abbia introdotto un *vulnus* all'interno del sistema di tutela apprestato nei confronti dell'investitore<sup>29</sup>.

Peraltro, la stessa giurisprudenza ha riconosciuto che l'assolvimento degli obblighi informativi da parte dell'intermediario può ben verificarsi in una fase antecedente alla conclusione del contratto e alla prestazione del servizio di investimento, lasciando dunque margine per il configurarsi di una responsabilità precontrattuale, tradizionalmente intesa come *species* del *genus* responsabilità aquiliana<sup>30</sup>.

Se dunque l'interpretazione estensiva sopra prospettata, lungi dall'apparire forzata si dimostri in realtà in sintonia, non solo con la *ratio* che ispira la norma in questione, ma, in definitiva, anche con l'intero sistema di tutela apprestato dal legislatore nei confronti dell'investitore, se ne de-

<sup>29</sup> A corroborare tale prospettazione può inoltre osservarsi che l'art. 31 T.U.F. disciplina la responsabilità del promotore finanziario, sancendo espressamente la responsabilità solidale del soggetto abilitato che conferisce l'incarico, per i danni arrecati a terzi dal promotore, anche se tali danni siano conseguenti a responsabilità accertata in sede penale.

La giurisprudenza, in considerazione anche della descritta formulazione, non ha mai esitato ad interpretare tale norma come applicabile anche al campo della responsabilità extracontrattuale, al punto tale da chiarire che il soggetto abilitato risponde dei danni arrecati al risparmiatore da un promotore finanziario che abbia reciso ogni rapporto contrattuale con l'intermediario, quando di tale circostanza il cliente non sia stato informato (Cass. 7 aprile 2006, n. 8229, in *I Contratti*, 2007, p. 333).

<sup>30</sup> Cfr. Trib. Roma 29 luglio 2005, n. 17539, *cit.* il quale osserva come gli obblighi informativi imposti all'intermediario atterrebbero in ogni caso alla fase precontrattuale rispetto alla stipula del contratto (quadro) relativo alla prestazione del servizio di investimento. In senso meno perentorio ma sostanzialmente analogo, Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2007, n. 26725, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, p. 547, con nota di F. GRECO.

Ciò detto in via estremamente sintetica sui termini generalissimi del dibattito, occorre soffermarsi a considerare come la cospicua produzione giurisprudenziale sul punto sia tutt'altro che univoca.

Secondo un primo orientamento, che possiamo definire maggioritario, la testimonianza del dipendente sarebbe sempre ammissibile in quanto questi sarebbe portatore di un interesse riflesso e di mero fatto alla soluzione della causa, di talché la circostanza occasionale che abbia materialmente intrattenuto rapporti con il cliente che promuove la causa per danni non basterebbe a conferirgli la posizione di interesse che, ai sensi del richiamato articolo, legittima la sua partecipazione al processo<sup>33</sup>. Sempre in senso favorevole a tale testimonianza, pur se sotto altro e diverso profilo, si ritiene che la circostanza che l'intermediario (banca) chiamato in giudizio dall'investitore potrebbe convenire in garanzia, o comunque in sede di regresso o rivalsa il dipendente, non determinerebbe *ex se* l'incapacità di testimoniare, atteso che le due cause si fonderebbero in ogni caso su due distinti rapporti, essendo diversa la *causa petendi* delle due domande<sup>34</sup>. Minoritario è invece l'orientamento in base al quale nei giudizi promossi dall'investitore contro l'intermediario deve ritenersi ammissibile la testimonianza del dipendente tutte le volte in cui non venga dedotta in giudizio la responsabilità di quest'ultimo per fatto illecito altrui<sup>35</sup>.

Orbene, pur riconoscendo che la testimonianza del dipendente acquista una particolare rilevanza all'interno del giudizio di risarcimento danni promosso contro l'intermediario, proprio sulla base della sempli-

---

Sul punto la giurisprudenza afferma che la condizione di dipendenza di una delle parti in causa non produce *ex se* l'incapacità di testimoniare del soggetto, né egli è da considerare in ogni caso, per tale sua condizione, inattendibile (Cass. 6 agosto 2004, n. 15197, in *Mass. Giur. it.*, 2004).

<sup>33</sup> Cfr. *ex plurimis*, Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2007, n. 26724; App. Milano 15 aprile 2009; Trib. Parma 16 giugno 2005.

<sup>34</sup> Cfr. App. Brescia 10 gennaio 2007; Cass. 4 marzo 1993, n. 2641, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1995, II, p. 310, con nota di L. PISANI, *Profili probatori del libretto di deposito a risparmio ed operazioni non adeguate*; Trib. Mantova 18 marzo 2004, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2004, II, p. 440, con nota di D. MAFFEIS, *Conflitto di interessi nella prestazione di servizi di investimento: la prima sentenza sulla vendita a risparmiatori. Contra*, Trib. Bologna 18 ottobre 2007; Trib. Bologna 23 maggio 2007; Trib. Bologna 27 novembre 2006; Trib. Mantova 16 novembre 2002.

<sup>35</sup> Cfr. Trib. Mantova 11 aprile 2006; Trib. Parma 3 marzo 2006; Trib. Parma 16 giugno 2005.

ce constatazione che questi, essendo stato il soggetto che in concreto si è occupato della gestione del cliente, è in possesso di tutte le informazioni necessarie per assicurare all'intermediario una difesa completa, non si ritiene che l'orientamento sopra delineato possa essere condiviso.

Secondo l'interpretazione unanimemente accolta in dottrina – a nostro avviso condivisibile – la posizione di incompatibilità del testimone rispetto al processo si estenderebbe necessariamente a quei soggetti che potrebbero acquistare la qualità di parte in un giudizio già pendente attraverso l'intervento, senza che a tale riguardo sia possibile distinguere tra intervento volontario o coatto, su istanza di parte o *iussu iudicis*,<sup>36</sup>.

A nostro avviso, infatti, la posizione giuridica del dipendente nel giudizio promosso contro l'intermediario sarebbe proprio riconducibile all'interno di una delle categorie di intervento appena richiamate ed in particolare dell'intervento adesivo dipendente.

Se è vero che l'intermediario convenuto dall'investitore avrebbe sicuramente interesse a chiamare in giudizio il dipendente per supportare le sue ragioni, anche soltanto al fine di introdurre nel processo la rappresentazione di come in concreto si sono svolti i fatti, dall'altro il dipendente stesso avrebbe un suo autonomo interesse ad intervenire per sostenere le ragioni dell'intermediario, in quanto, nel caso di soccombenza di quest'ultimo, potrebbe essere successivamente convenuto per rispondere in via di regresso delle conseguenze sfavorevoli della lite.

A tale ultimo riguardo vi è da sottolineare che anche se non esiste nel T.U.F. una norma che sancisca, in generale, la responsabilità solidale del dipendente o del funzionario, così come avviene, invece, per il caso del promotore finanziario (art. 31, comma 3, T.U.F.), in virtù della norma di diritto comune sancita all'art. 2049 c.c., l'intermediario sarebbe comunque responsabile in via solidale per il fatto commesso dal proprio dipendente. Ciò significa – facendo applicazione di tale principio alla fattispecie processuale che qui interessa – che l'intermediario potrebbe

<sup>36</sup> Cfr. E. ALLORIO, *Contro il mediatore teste*, in *Giur. it.*, 1953, I, p. 998; M. TARUFFO, *Prova testimoniale*, cit., p. 729; L. MONTESANO-G. ARIETA, *Trattato di diritto processuale civile*, I, Padova, 20021, p. 1308; C. PUNZI, *Il processo civile. Sistema e problematiche*, II, Torino, 2008, 137. In giurisprudenza, Cass. 23 ottobre 2002, n. 14963; Cass. 5 gennaio 1994, n. 321.

Altra dottrina invece limita l'incapacità di testimoniare al terzo legittimato a proporre intervento adesivo dipendente: S. SATTA, *Diritto processuale civile*, Padova, 1959, p. 280; E. REDENTI, *Diritto processuale civile*, II, Milano, 1957, p. 227.

chiamare direttamente in giudizio il dipendente o agire successivamente contro di lui, in via di regresso, in caso di soccombenza nella lite<sup>37</sup>.

Ancora, ci sembra che l'applicazione di tale norma discenda *naturaliter* dalla stessa *ratio* che ispira il complesso di regole contenute nel T.U.F. a favore del cliente/investitore e che, nel caso di specie, troverebbe attuazione attraverso la predisposizione di una garanzia aggiuntiva costituita dal patrimonio dell'intermediario, certamente più solido e consistente di quanto non lo possa essere quello del dipendente<sup>38</sup>.

Se così è, è ragionevole ritenere che la sussistenza di un interesse – certamente non di mero fatto, per quanto sopra esplicitato – all'esito del giudizio in cui sia convenuto l'intermediario, porta alla inevitabile conclusione di ritenere inammissibile la testimonianza del dipendente anche laddove in tale giudizio non sia stata dedotta dall'attore la responsabilità dell'intermediario per fatto illecito altrui ai sensi del 2049 c.c.<sup>39</sup>, proprio in virtù del fatto che, anche in tale ipotesi, egli avrebbe comunque un interesse *personale, concreto ed attuale* all'esito della lite, attesa la possibilità dell'intermediario di agire contro di lui in caso di soccombenza.

Ad ulteriore conferma della correttezza di tale prospettazione giova ancora osservare che nel caso considerato, al fine di escludere l'applicabilità dell'art. 246 c.p.c. non varrebbe il rilievo secondo il quale la sussistenza della personalità giuridica in capo all'intermediario gioverebbe a differenziare la posizione di questi rispetto al dipendente<sup>40</sup>, poiché ciò che rileva in tal caso è la responsabilità personale del dipendente nelle

<sup>37</sup> La giurisprudenza ammette l'intervento adesivo dipendente del debitore solidale a fianco di altro condebitore: così nel giudizio di risarcimento dei danni provocati da un incidente stradale, il conducente dell'autovettura è legittimato a spiegare intervento adesivo rispetto al proprietario della stessa che sia stato convenuto in giudizio, essendo debitore in solido e pertanto esposto in caso di soccombenza del proprietario all'azione di regresso ex art. 1229 c.c. (Cass. 11 dicembre 2003, n. 18944).

<sup>38</sup> Peraltro non si deve trascurare di considerare che la tutela rinforzata nei confronti dell'investitore, si traduce, in ultima analisi, in un incentivo per i risparmiatori ad accedere al mercato finanziario.

<sup>39</sup> Così, invece, Trib. Mantova 11 aprile 2006; Trib. Parma 3 marzo 2006.

<sup>40</sup> In tal senso, invece, la giurisprudenza, con riferimento alla testimonianza dei soci di una società per azioni, in accomandita per azioni e a responsabilità limitata, sulla scorta del rilievo secondo cui l'autonomia patrimoniale sottesa alla persona giuridica esclude la responsabilità personale dei soci e, dunque, la sussistenza in capo a loro di un interesse concreto all'esito della controversia. Per ampi richiami, cfr. P. D'ADAMO, *sub art. 246*, in R. VACCARELLA-M.C. GIORGETTI, *Codice di procedura civile annotato con la giurisprudenza*, Milano, 2007, p. 922.

vicende che coinvolgono l'intermediario e non la circostanza che, sotto il profilo giuridico, i due soggetti possano essere considerati due differenti centri di imputazione di diritti e obblighi. Si vuole dire cioè che in tal caso alla sussistenza di personalità giuridica in capo all'intermediario non fa riscontro una separazione, sul piano della responsabilità, dei patrimoni dei due soggetti, atteso che le conseguenze sfavorevoli della lite promossa contro l'intermediario si riverserebbero anche sul patrimonio del dipendente.

A conclusione di queste brevi riflessioni deve ancora notarsi che il dipendente dell'intermediario, oltre a doversi ritenere incapace di testimoniare ai sensi del citato art. 246 c.p.c., per quanto detto, sarebbe altresì intrinsecamente inattendibile, per la evidente difficoltà, propria di ciascun soggetto, di dover ammettere di aver male operato<sup>41</sup>.

<sup>41</sup> Sulla distinzione tra i due concetti, nel senso che il primo riguarderebbe l'interesse del terzo nella causa e il secondo la veridicità della testimonianza, cfr. da ultimo, Cass. n. 16529/2004.