

## **TI\_GERICHTE 12.2020.93 vom 31. Mai 2021**

TI Tribunale d'appello, 2021-05-31, IT

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti\\_gerichte\\_12.2020.93](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_12.2020.93)

FR: TI\_GERICHTE 12.2020.93 du 31 mai 2021

IT: TI\_GERICHTE 12.2020.93 del 31 maggio 2021

### **Regeste**

Banca - atto illecito - responsabilità del padrone d'azienda - responsabilità per ausiliario

### **Volltext**

Ticino Tribunale di appello diritto civile La seconda Camera civile 31.05.2021 12.2020.93

Banca - atto illecito - responsabilità del padrone d'azienda - responsabilità per ausiliario

Incarto n. 12.2020.93 Lugano 31 maggio 2021 In nome della Repubblica e Cantone Ticino La seconda Camera civile del Tribunale d'appello composta dei giudici: Fiscalini, presidente, Bozzini e Stefani vicecancelliere: Bettelini sedente per statuire nella causa inc. n. OR.2016.236 della Pretura del Distretto di Lugano, sezione 1, promossa con petizione 7 dicembre 2016 da AO 1 (I) AO 2 (I) entrambi patrocinati dall' PA 2 contro AP 1 patrocinata dall' PA 1 con cui gli attori hanno chiesto la condanna della convenuta al pagamento di Euro 399'900.- oltre interessi al 5% dal 15 aprile 2010; domanda avversata dalla convenuta, che ha postulato la reiezione della petizione, e che il Pretore con decisione 15 giugno 2020 ha accolto integralmente; appellante la convenuta con appello 10 agosto 2020, con cui ha chiesto la riforma del querelato giudizio nel senso di respingere integralmente la petizione, protestando spese e ripetibili di entrambe le sedi; mentre gli attori con risposta 21 settembre 2020 hanno postulato la reiezione del gravame pure con protesta di spese e ripetibili; richiamati gli allegati di replica spontanea del 30 settembre 2020 e di duplice spontanea del 2 ottobre 2020; letti ed esaminati gli atti e i documenti prodotti; ritenuto in fatto e in diritto: 1. Il contesto nel quale si inserisce la presente fattispecie è quello della commissione da parte di \_\_\_\_\_ P \_\_\_\_\_, ex dirigente di AP 1, di una serie di reati consistenti in ripetuta appropriazione indebita qualificata, ripetuta truffa qualificata e ripetuta falsità in documenti, commessi tra il 2010 e il 2014 ai danni di più vittime per un ammontare complessivo di Euro 10'000'000.-, per i quali è stato condannato dalla Corte delle assisi criminali del Tribunale cantonale di \_\_\_\_\_ a una pena detentiva di 4 anni e 6 mesi. Tra le vittime delle sue malversazioni vi erano AO 1 e AO 2, tant'è che con la sentenza penale \_\_\_\_\_ P \_\_\_\_\_ è stato condannato a versare loro a titolo di risarcimento del danno Euro 399'900.- oltre interessi al 5% a partire dal 15 aprile 2010 (doc. M). AO 1 e AO 2 avevano conosciuto \_\_\_\_\_ P \_\_\_\_\_ sin dai tempi in cui questi lavorava per la Banca \_\_\_\_\_ di \_\_\_\_\_, per dei progetti di investimento nell'area balcanica. Già a quel momento il consulente aveva chiesto loro di aprire un conto presso l'istituto di credito ma essi avevano rifiutato perché si trattava di una piccola banca e non erano interessati (doc. E pag. 2). Nel settembre 2009 \_\_\_\_\_ P \_\_\_\_\_ è passato a AP 1 in qualità di executive director (doc. R pag. 50), portando con sé quasi tutta la clientela che seguiva. A quel punto, AO 1 e AO 2 si sono decisi ad aprire un conto presso la nuova banca per depositarvi parte dei loro risparmi e da tenere celato alle autorità italiane. Il 15 aprile 2010 \_\_\_\_\_ P \_\_\_\_\_ si è così

recato a \_\_\_\_\_ (IT-\_\_\_\_\_) presso il domicilio degli ignari clienti con la necessaria documentazione ufficiale per l'apertura di un conto e di un deposito per persone fisiche che era già da lui stato fatto registrare nel sistema informatico della banca con il numero n. \_\_\_\_\_ e la denominazione \_\_\_\_\_ (doc. C). Dopo aver sottoscritto come "titolare del conto" tutti i formulari precompilati a computer sottoposti loro - ossia la "domanda di apertura di un conto e di un deposito per persone fisiche", il "formulario fiscale titoli USA per persone fisiche", la dichiarazione "clienti non domiciliati in Svizzera", l' "accordo per un conto e deposito congiunto", il formulario A " Determinazione dell'avente diritto economico", la "dichiarazione/cartoncino firme & investimenti fiduciari (per investimenti ripetuti)", l' "atto di pegno generale e di trasferimento a titolo di garanzia", l' "accordo per la corrispondenza fermo banca", le "condizioni per strumenti finanziari derivati", l' "accordo per la comunicazione e la trasmissione elettronica di ordini alla banca", le "condizioni particolari per gli investimenti alternativi", l' "appendix 1" (doc. C) - AO 1 e AO 2 hanno consegnato al consulente Euro 200'000.- affinché venissero trasportati in Ticino e versati sul summenzionato conto presso AP 1. \_\_\_\_\_ P\_\_\_\_\_ ha a sua volta affidato il denaro a un trasportatore ("spallone") che lo ha condotto a \_\_\_\_\_ per rimetterlo nuovamente nelle sue mani una volta giunto a destinazione. In seguito, egli, invece di consegnare la documentazione per l'apertura del conto alla banca, l'ha tenuta per sé depositandola in una cassetta di sicurezza a suo nome presso il \_\_\_\_\_, sicché tale conto non è mai stato in realtà attivato. Lo stesso destino hanno avuto i soldi, dei quali si è appropriato per poi, almeno in base alle sue dichiarazioni, sperperarli in buona parte al casinò, così come fatto con il resto dei quasi fr. 10'000'000.- malversati. Nei mesi successivi AO 1 e AO 2 hanno ricevuto una seconda visita a \_\_\_\_\_ da \_\_\_\_\_ P\_\_\_\_\_, al quale, dopo aver ricevuto false informazioni circa il loro conto \_\_\_\_\_ e l'evoluzione positiva degli investimenti, hanno consegnato altri Euro 199'900.- da portare in banca a \_\_\_\_\_ e depositare sullo stesso. Denaro che è invece nuovamente stato illecitamente trattenuto dal consulente bancario. Negli anni a seguire \_\_\_\_\_ P\_\_\_\_\_ ha regolarmente telefonato e visitato i due clienti in questione per tranquillizzarli sullo stato dei loro averi, mostrando loro documentazione contraffatta. Nel 2014 \_\_\_\_\_ P\_\_\_\_\_ è stato costretto a lasciare AP 1 perché non aveva raggiunto gli obiettivi, ma gli era stato offerto un cosiddetto "soft landing", concedendogli la possibilità di mantenere i suoi clienti agendo come consulente esterno. Verso la seconda metà di quell'anno egli ha iniziato a comprendere che la sua situazione diventava vieppiù insostenibile e ha maturato la convinzione di costituirsi. Si è così presentato spontaneamente il 1. settembre 2014 alle autorità inquirenti, che hanno avviato la procedura penale a suo carico e hanno provveduto ad arrestarlo. La vicenda ha avuto anche un certo clamore mediatico e proprio grazie a un articolo di giornale AO 1 ne è venuta a conoscenza. Deciso a fare chiarezza, egli si è recato (per la prima volta) personalmente presso la AP 1 ove ha scoperto che in realtà non esisteva nessuna relazione bancaria a nome suo e di AO 2 e, soprattutto, che i loro soldi non erano mai giunti all'istituto di credito. Già nelle fasi iniziali della procedura penale a carico di \_\_\_\_\_ P\_\_\_\_\_, con scritto del 17 ottobre 2014, AO 1, tramite il suo legale, si è rivolto alla banca per avviare le trattative per ottenerne il risarcimento del denaro sottratto, ma senza esito. 2. Dopo aver ottenuto la necessaria autorizzazione ad agire, con petizione 7 dicembre 2016 AO 1 e AO 2 hanno convenuto in giudizio AP 1 innanzi alla Pretura del Distretto di Lugano per ottenerne la condanna al pagamento di Euro 399'900.- oltre interessi al 5% dal 15 aprile 2010. Essi, in estrema sintesi, hanno fondato la propria pretesa sulla responsabilità della banca per

l'agire di \_\_\_\_\_ P \_\_\_\_\_ in quanto persona ausiliaria ai sensi dell'art. 101 CO. La convenuta si è integralmente opposta alla petizione, contestando l'adempimento dei presupposti per l'applicazione dell'art. 101 CO, in particolare l'esistenza di un contratto tra le parti, l'esistenza di un nesso funzionale, la quantificazione del danno e l'esistenza di un nesso di causalità. Inoltre, sebbene non menzionata dagli attori, essa ha escluso anche una responsabilità aquiliana ai sensi dell'art. 55 CO, sostenendo di poter far valere la prova liberatoria, e ha parallelamente evocato l'applicazione dell'art. 44 CO, essendo la colpa degli attori tale da interrompere il nesso di causalità. 3. Esperita l'istruttoria e raccolti gli allegati conclusivi delle parti, il Pretore, con decisione 15 giugno 2020, ha accolto la petizione, condannando la convenuta al pagamento agli attori di Euro 399'900.- oltre interessi al 5% dal 15 aprile 2010, ponendo le spese processuali di fr. 8'500.- a carico della medesima, tenuta altresì a rifondere alle controparti fr. 32'100.- per ripetibili. In sostanza, il primo giudice ha escluso l'applicabilità dell'art. 101 CO e dell'art. 55 cpv. 2 CC ritenendo che \_\_\_\_\_ P \_\_\_\_\_ fosse un funzionario di grado medio della banca e dunque non ne fosse un organo in senso formale, materiale o apparente. Inoltre, l'art. 101 CO non era stato considerato poiché il Pretore ha escluso che tra gli attori e la banca fosse stato concluso un contratto. Per contro la responsabilità della convenuta è stata ammessa in applicazione dell'art. 55 cpv. 1 CO tenuto conto della sua qualità di padrone d'azienda, avendo \_\_\_\_\_ P \_\_\_\_\_, suo dipendente, agito nell'esercizio delle sue incombenze di servizio o d'affari, senza che essa sia stata in grado di apportare la prova liberatoria, essendo anzi stato accertato che non aveva sufficientemente controllato il suo operato. Parimenti, egli ha escluso l'esistenza di una colpa concomitante degli attori ai sensi dell'art. 44 CO. 4. Con l'appello 10 agosto 2020 che qui ci occupa la convenuta ha come accennato chiesto la riforma del querelato giudizio nel senso di respingere la petizione, con protesta di tasse, spese e ripetibili di entrambe le sedi. Riassuntivamente, essa ha sostenuto che il Pretore avrebbe errato a: i) considerare provato il danno; ii) giudicare dato il nesso diretto e funzionale tra l'attività lavorativa assegnata all'impiegato e l'atto dannoso da lui commesso; iii) non riconoscere che nel caso concreto la convenuta ha rettamete ossequiato il suo dovere di diligenza, anche quello della cura in custodiendo; iv) considerare dato il nesso di causalità tra le asserite negligenze di sorveglianza del dipendente e il danno subito dagli attori; v) escludere la colpa concomitante degli attori ai sensi dell'art. 44 CO. Con risposta 21 settembre 2020 AO 1 e AO 2 si sono opposti alle richieste d'appello, del quale hanno contestato la valenza delle motivazioni e postulato la reiezione. Alle obiezioni puntuali per ogni singolo punto hanno aggiunto la richiesta di riconsiderare le conclusioni pretorili in merito all'applicazione dell'art. 101 CO, sostenendo che tra le parti in causa si sarebbe concluso un contratto, poiché nelle circostanze concrete la sottoscrizione della documentazione per l'apertura del conto non necessitava di un'accettazione espressa da parte della banca, che poteva essere presunta ai sensi dell'art. 6 CO, non essendo mai pervenuta la reiezione dell'offerta allestita e repertoriata dalla banca stessa, addobbata di specifico numero di identificazione e acronimo, con documenti preparati dall'istituto di credito riportanti i nomi degli attori, il loro indirizzo e la loro data di nascita. Inoltre i documenti sottoscritti configurerebbero un contratto di deposito che è stato eseguito materialmente con le due consegne di denaro all'ausiliario della banca nel pieno delle sue funzioni. 5. L'atto di appello deve contenere i motivi di fatto e di diritto sui quali si fonda ed essere motivato (art. 310 e 311 cpv. 1 CPC). L'appellante deve spiegare non perché le sue argomentazioni siano fondate, ma perché sarebbero erronee o censurabili le motivazioni del Pretore. Egli non può dunque limitarsi a proporre una propria tesi e una propria lettura dei

fatti, bensì deve offrire critiche puntuali, esplicite e circostanziate, poiché l'autorità di appello deve essere messa nella misura di comprendere agevolmente le censure ricorsuali, pena l'irricevibilità delle medesime. L'appello di AP 1 verrà analizzato unicamente nei limiti in cui rispetta tali requisiti. Prova del danno 6. Come indicato, la sentenza impugnata ha accertato che gli attori hanno consegnato a \_\_\_\_\_ P\_\_\_\_\_ complessivi Euro 399'900.-, suddivisi in due tranches da Euro 200'000.- e Euro 199'900.-, che questi avrebbe poi distratto a suo favore e a loro danno (sentenza impugnata pag. 3). Per l'appellante, tuttavia, non sussiste alcuna prova oggettiva dell'ammontare del denaro consegnato e le dichiarazioni rese da \_\_\_\_\_ P\_\_\_\_\_ non sarebbero credibili. In effetti quanto scritto dalla Corte penale e meglio che egli avrebbe raccontato a molti clienti "perfette falsità" dando prova di uno "straordinario potenziale di convincimento (...) sia con la moltitudine di ignari clienti che ha truffato per importi milionari, sia con i suoi superiori e colleghi di banca" (pag. 7 e pag. 9) dovrebbe escluderne l'attendibilità. Inoltre egli è stato indotto a rilasciare dichiarazioni compiacenti per personali interessi di natura processuale, ossia quelli di ottenere significativi benefici a livello di commisurazione della pena. A questo andrebbe aggiunto che nulla escluderebbe che \_\_\_\_\_ P\_\_\_\_\_, conoscendo gli attori da lungo tempo, possa aver mentito per avvantaggiarli e che egli avrebbe avuto un interesse personale a far condannare l'appellante in modo da far estinguere la pretesa di risarcimento (sancita nella sentenza penale) degli attori nei suoi confronti. Infine non possono essere trascurate le discrepanze tra le versioni rese dai protagonisti: innanzitutto in sede penale \_\_\_\_\_ P\_\_\_\_\_ ha sostenuto di avere ricevuto in consegna il denaro contante in quattro tranches e non in due come asserito da AO 1 e AO 2; inoltre gli attori avrebbero dichiarato che i loro soldi dovevano rimanere sul conto mentre \_\_\_\_\_ P\_\_\_\_\_ ha sostenuto che raccontava loro che erano investiti in titoli. 6.1. Nel caso concreto le contestazioni d'appello sono deboli e inadatte a intaccare il giudizio pretorile. In effetti - a prescindere dal fatto che esse ripetono testualmente quanto scritto nelle conclusioni di causa con la conseguenza di rendere la loro ricevibilità alquanto dubbia (art. 310 CPC) - i protagonisti della vicenda hanno sempre dichiarato in maniera convergente, sia in ambito penale che nella procedura civile, che l'importo complessivo consegnato ammontava a Euro 399'990.-, con la sola incongruenza circa il numero di volte in cui il denaro è stato consegnato: due per AO 1 e quattro per \_\_\_\_\_ P\_\_\_\_\_. Incongruenza che non ha nulla di anomalo tenuto conto che, visto il gran numero di malversazioni commesse da quest'ultimo (accertate nel procedimento penale, doc. R), per un ammontare complessivo di oltre otto milioni di Euro, è ben possibile che egli si sia confuso su un aspetto non decisivo. D'altronde il totale di quanto sottratto agli attori è stato quantificato proprio in quell'importo nella sentenza (definitiva) di condanna della Corte delle assise criminali del 18 ottobre 2016 (doc. R), al quale ha partecipato anche la convenuta in qualità di accusatrice privata, di modo che quest'ultima è anche malvenuta a volerlo ridiscutere in questa sede. Le argomentazioni circa l'interesse personale a rendere dichiarazioni compiacenti alle autorità penali e quelle sull'ipotesi di voler favorire i quei attori per il fatto di aver avuto con essi una conoscenza di lungo corso sono mere allegazioni di parte, del tutto inconsistenti e concettualmente infondate. In effetti se dovessero essere seguite nel principio (poiché di prove in tal senso non ve ne sono) si snaturerebbe il valore dell'attenuante della collaborazione dell'imputato, poiché ogni sua ammissione varrebbe come atto di sottomissione alle richieste dei magistrati, giuste o sbagliate che siano, e non come atto di contributo al chiarimento dei fatti, volto al riconoscimento delle proprie colpe sulla via dell'auspicata riabilitazione (e per

questo talvolta “premiato” con un gesto favorevole nella commisurazione della pena, come ben risulta dalla sentenza penale, pag. 70). Nemmeno condivisibile è che \_\_\_\_\_ P\_\_\_\_\_ trarrebbe personale beneficio dalla condanna di AP 1 al risarcimento degli attori, poiché per lui cambierebbe unicamente il creditore, rimanendo egli debitore nei confronti dell’istituto di credito di un importo (al netto delle singole colpe) equivalente, ritenuti i costi della presente procedura. L’ accertamento dell’ammontare del danno effettuato dal Pretore deve essere di conseguenza confermato. Nesso diretto e funzionale tra attività lavorativa ed evento dannoso 7. Per il primo giudice il nesso diretto e funzionale tra l’attività svolta da \_\_\_\_\_ P\_\_\_\_\_ in banca e l’atto pregiudizievole è palese: egli si è presentato agli attori come funzionario di AP 1, ha portato con sé documenti ufficiali della banca, ha illustrato agli attori il suo (falso) progetto di aprire un loro conto in tale istituto di credito e di gestirvi i loro averi, ha intermediato la stipulazione di un contratto di trasporto del denaro dall’Italia a \_\_\_\_\_ e ha potuto distrarre i soldi sempre e proprio grazie al fatto che era un funzionario della banca convenuta (sentenza, pag. 5 seg.). 7.1. Secondo gli appellanti il Pretore avrebbe commesso un errore metodologico mettendo “in un unico calderone” condotte di \_\_\_\_\_ P\_\_\_\_\_ funzionali e condotte estranee al danno, senza chiedersi quale sia stata all’origine dello stesso, non bastando una semplice relazione spazio-temporale tra mansione lavorativa e causa del danno. Se da un lato la visita presso il domicilio degli attori a \_\_\_\_\_ poteva rientrare nei compiti lavorativi di \_\_\_\_\_ P\_\_\_\_\_, laddove finalizzata ad acquisirli come clienti della banca, attraverso la raccolta della firma sulla documentazione di apertura di un conto e il successivo afflusso di fondi, la presa in consegna del denaro contante fuori dalla banca e il trasporto dello stesso dall’Italia alla Svizzera non vi rientrava per nulla, essendo espressamente vietata dalle normative interne. Pertanto sarebbe corretto concludere che egli, in occasione dello svolgimento di mansioni lavorative (acquisizione di un potenziale nuovo cliente), ha ricevuto dalle vittime in consegna il contante con l’incarico di trasportarlo (o intermediare un mandato di trasporto) in Svizzera e, nell’adempimento di tale mansione extra lavorativa, ha danneggiato gli attori, così che l’art. 55 CO non sarebbe in concreto applicabile per carenza di nesso funzionale. 7.2. Giusta l’art. 55 cpv. 1 CO il padrone di un’azienda è responsabile del danno cagionato dai suoi lavoratori o da altre persone ausiliarie nell’esercizio delle loro incombenze di servizio o d’affari, ove non provi di avere usato tutta la diligenza richiesta dalle circostanze per impedire un danno di questa natura o che il danno si sarebbe verificato anche usando tale diligenza. Questo tipo di responsabilità per atti altrui è subordinata alla realizzazione di cinque condizioni (STF 4A\_616/2019 del 17 aprile 2020 consid. 4.1.1): 1) deve trattarsi di un atto di un ausiliario che si trova in un rapporto di subordinazione rispetto al datore di lavoro; 2) deve trattarsi di un atto commesso nell’adempimento del proprio lavoro; 3) deve essere un atto illecito; 4) deve esserne derivato un danno; 5) deve sussistere un rapporto di causalità tra il danno e l’atto illecito dell’ausiliario. Per consolidata giurisprudenza, il lavoratore deve aver cagionato il danno nell’esercizio delle sue incombenze di servizio o d’affari, e non semplicemente in occasione di queste ( DTF 121 III 176 consid. 4a; 95 II 93 consid. 4a; STF 4A\_613/2018 del 17 gennaio 2020 consid. 3.2.2; STF 4A\_319/2012 del 28 gennaio 2013 consid. 5.2). Questo implica un nesso diretto e funzionale tra l’attività affidata al lavoratore e l’atto pregiudizievole da lui commesso (STF 4A\_544/2008 del 10 febbraio 2009 consid. 2.4). Per escludere la responsabilità del padrone d’azienda non è però sufficiente che il lavoratore si sia scostato dalle istruzioni ricevute, abbia oltrepassato le proprie competenze o causato intenzionalmente il danno (STF 4A\_48/2009 del 26 marzo

2009 consid. 2.4). 7.3. Nemmeno in questo caso le obiezioni d'appello possono essere accolte. In effetti non corrisponde al vero che il primo giudice ha messo tutto nello "stesso calderone" : egli ha effettuato un esame globale dell'agire di \_\_\_\_\_ P \_\_\_\_\_, come è giusto che sia fatto. Una valutazione per compartimenti stagni, come vorrebbe venga fatta la banca, è del tutto inadeguata perché nessuna malversazione nasce e si esaurisce nel semplice gesto di appropriarsi del denaro, ma si realizza in un contesto più complesso, che risulta essere determinante per la sua riuscita. Asserire che si riconosce che al momento di recarsi a \_\_\_\_\_ e in quello della firma degli atti per l'apertura del conto \_\_\_\_\_ P \_\_\_\_\_ indossasse i panni del dipendente di AP 1, mentre subito dopo, all'atto di organizzare il trasporto e poi di distrarre i soldi se lo sia tolto, è sbagliato e finanche contraddittorio oltre che pretestuoso. Se egli ha potuto entrare in possesso degli Euro 399'900.- è solo perché gli attori, in buona fede, glieli hanno affidati nella sua qualità di alto funzionario dell'istituto di credito affinché venissero condotti a \_\_\_\_\_ e depositati su un conto a loro intestato. Si tratta ovviamente di mansioni del tutto compatibili con quelle del suo ruolo di direttore esecutivo e non "manifestamente estranee" ad esso. La distrazione degli averi è avvenuta, non va trascurato, al momento in cui lo spallone (trasportatore) li ha consegnati a \_\_\_\_\_ P \_\_\_\_\_ a \_\_\_\_\_, sempre nella sua veste di direttore di banca (con modalità analoghe a quelle indicate dal teste \_\_\_\_\_ C \_\_\_\_\_ in data 18 ottobre 2018). Così come è solo a quel momento che egli ha deciso di sottrarli ai clienti, non prima (verbale di interrogatorio di \_\_\_\_\_ P \_\_\_\_\_ 28 agosto 2018, pag. 5). Non quindi con il trasporto come vorrebbe far pensare l'appellante. \_\_\_\_\_ P \_\_\_\_\_ non ha pertanto agito come privato, ma nell'ambito della sua attività professionale. L'infrazione da parte del dipendente delle regole interne alla banca non esimono quest'ultima dal dover far fronte alle proprie responsabilità ai sensi dell'art. 55 CO. La presa in consegna di denaro contante al fine di depositarlo su un conto è perfettamente compatibile con l'attività di un funzionario di banca: che questo sia poi vietato ai propri dipendenti dall'azienda con direttive interne, e in quanto tali non accessibili al pubblico, risulta essere in questo contesto ininfluenza per la valutazione della fattispecie. A tal proposito, nemmeno può essere preteso (né è mai stato allegato) che AO 1 e AO 2 dovessero essere a conoscenza del divieto di trasportare in Svizzera denaro (tra l'altro in quegli anni verosimilmente solo d'apparenza, come risulta dalla deposizione di \_\_\_\_\_ C \_\_\_\_\_), sicché la loro violazione assume unicamente valenza nell'ambito del rapporto di lavoro del dipendente con la convenuta. L'obiezione d'appello deve dunque essere respinta e la sentenza impugnata confermata anche su questo punto. Cura in custodiendo e nesso di causalità 8. Il Pretore ha ritenuto che la banca non abbia sorvegliato il dipendente con tutta la diligenza imposta dalle circostanze. Ricordato che \_\_\_\_\_ P \_\_\_\_\_ ha movimentato diversi milioni a contanti prelevandoli dai conti che seguiva senza mai essere stato oggetto di alcuna verifica, ha giudicato le mancanze in capo alla banca gravi e lesive delle sue stesse regole interne. Non soltanto perché le movimentazioni a contanti erano imponenti, essendo il dipendente riuscito a sperperare al casinò fino a fr. 50'000.- al giorno, come attesta l'investigation report che riporta 133 withdrawals (prelievi) per complessivi fr. 7'020'438.10 solo a \_\_\_\_\_, cui si aggiungevano Euro 5'036'015.66 di Singapore - attività che avrebbe dovuto inevitabilmente attirare l'attenzione della banca e metterla in allarme - ma anche perché i relativi bonifici avevano come destinataria la fiduciaria O \_\_\_\_\_, ossia un trasportatore di denaro, cosa che a detta dei funzionari interrogati era vietatissima. Addirittura \_\_\_\_\_ P \_\_\_\_\_ ha affermato di essere stato coperto da un collega

quando un cliente aveva constatato che il suo conto non quadrava. Per il primo giudice quindi il malvezzo della precarietà dei controlli e delle verifiche era diffuso a vari livelli presso AP 1, con riferimento al periodo che interessa e a \_\_\_\_\_ P\_\_\_\_\_. A questo ha aggiunto che il fatto che un dipendente potesse recarsi regolarmente tutti i giorni ai casinò del Sottoceneri durante l'orario di lavoro, anche più volte al giorno, per giocare e perdere i soldi dei clienti, senza alcuna conseguenza da parte del suo datore di lavoro che nemmeno se ne era accorto o perlomeno che non ha neppure ritenuto opportuno interpellarlo, attestava una carenza dal punto di vista del controllo delle presenze in banca. Inoltre, la diligenza cui la banca era tenuta è risultata gravemente infranta dal fatto che \_\_\_\_\_ P\_\_\_\_\_ abbia potuto registrare un conto con tanto di nome e numero, senza poi dover consegnare i relativi documenti di apertura e, persino, ricevere il rimborso dei costi di trasferta sino a \_\_\_\_\_, non essendo difficile immaginare il potenziale truffaldino di un simile comportamento. Pure lacunoso, per il primo giudice, era il meccanismo di controllo delle trasferte di \_\_\_\_\_ P\_\_\_\_\_, in special modo perché non gli era imposto di indicare i nomi dei clienti né alcun dettaglio e perché egli ha potuto inserire nei sistemi CCR solo 6 rapporti visita rispetto ai 42 viaggi in Italia effettuati. Il dipendente godeva di una libertà eccessiva e contraria alle regole interne della banca, che gli ha permesso di andare e venire, nonché di delinquere, senza dovere rendere conto al datore di lavoro di alcunché e addirittura riuscendo a ottenere il rimborso delle trasferte fatte in Italia per imbrogliare i clienti. Le gravi lacune a livello di controlli dell'operato del funzionario in questione sono state confermate anche, ha sottolineato il Pretore, nell'investigation report prodotto, che ha rilevato carenze nel controllo in particolare della movimentazione a contanti, degli ordini firmati dai clienti a giustificazione della movimentazione, dei pagamenti a contanti da parte del "cashier desk" anche in base a documenti insufficienti e semplici promesse di \_\_\_\_\_ P\_\_\_\_\_, e di esercizio della pratica del "call back" ai clienti. Il primo giudice ha poi appurato che se la banca avesse adottato le dovute misure, il danno agli attori non si sarebbe verificato ugualmente, perché se \_\_\_\_\_ P\_\_\_\_\_ fosse stato controllato a dovere, non avrebbe avuto spazi per commettere i reati e la sua attività illecita sarebbe subito emersa. A maggior ragione se si considera che la sottrazione del denaro degli attori è iniziata nell'aprile 2010 ma egli aveva iniziato a commettere malefatte nel gennaio precedente. Fatto che rende anche vana l'eccezione connessa con l'aspetto temporale avanzata dalla convenuta. 8.1. Per l'appellante il Pretore avrebbe avuto lesa il principio attitatorio avendo accertato che gli illeciti ai danni della banca erano iniziati prima dell'aprile 2010, considerato che il fatto che gli attori sono stati le prime vittime in ordine di tempo di \_\_\_\_\_ P\_\_\_\_\_ sarebbe una circostanza ammessa. Inoltre tale accertamento sarebbe manifestamente errato. Contraddicendosi rispetto a quanto scritto in precedenza nel loro allegato di ricorso, i precedenti hanno evidenziato come l'intenzione di appropriarsi del denaro sarebbe maturata solo quando il denaro era ormai giunto in Svizzera, per cui il dipendente sino a quel momento si era sempre comportato in maniera esemplare. Per chiarire la questione, a suo dire, nemmeno si potrebbe fare affidamento sulla sentenza di condanna penale poiché il periodo di commissione dei reati ivi indicato (gennaio 2010-agosto 2014) sarebbe il frutto di una manifesta approssimazione che in quella sede non necessitava di essere corretta. Con riferimento al più volte evocato investigation report, l'appellante ha sottolineato come esso in realtà non possa essere preso come elemento a favore della carenza di controlli nel caso concreto, poiché tratterebbe tematiche diverse attraverso modalità diverse e meglio malversazioni commesse su conti dei clienti tramite prelievi a contanti agli sportelli a

debito di tali relazioni bancarie e bonifici sulla base di apparenti ordini telefonici dei clienti sempre a debito di conti di questi. Il Pretore, in questo senso, avrebbe ignorato la duplice peculiarità del caso degli attori, ossia che essi sono stati le prime vittime e il danno lamentato si è manifestato all'inizio dell'attività criminale di \_\_\_\_\_ P \_\_\_\_\_, nonché che essi non avevano un conto presso la convenuta e quindi nemmeno denaro. Le mancanze rilevate nell' investigation report non sono dunque in un rapporto di nesso di causalità con il danno subito dagli attori. Altrettanto erroneamente e addirittura arbitrariamente, il primo giudice avrebbe accertato che \_\_\_\_\_ P \_\_\_\_\_ sarebbe stato coperto da un collega. Arbitrario e sommario sarebbe pure l'accertamento pretorile che \_\_\_\_\_ P \_\_\_\_\_ si recava tutti i giorni al casinò durante l'orario di lavoro, poiché dagli atti emergerebbe invece che egli al momento dei fatti frequentava quasi esclusivamente il Casinò di \_\_\_\_\_ e, pur recandovisi spesso, lo faceva solo dopo l'orario di lavoro (doc. S). Il Casinò di \_\_\_\_\_ avrebbe iniziato a essere da lui frequentato un anno dopo le malversazioni in oggetto, nell'aprile 2011, e l'aumento della frequenza delle visite sarebbe avvenuto nel 2013. Dunque, sino al 2010 non vi sarebbe stato alcun comportamento anomalo in relazione a orari di lavoro e gioco d'azzardo.

Richiamando la questione del fatto che le carenze di controllo della banca avrebbero lasciato al proprio dipendente lo spazio per registrare il numero e l'acronimo del conto senza poi consegnare i documenti di apertura, il Pretore avrebbe oltretutto violato il principio attitatorio, poiché gli attori non avrebbero allegato tale circostanza come indicativa o dimostrativa di una mancata sorveglianza in capo alla convenuta. A questo andrebbe sommato che il fatto di aver in un'unica occasione stampato il set di apertura di un conto e non avere consegnato al competente ufficio in banca la documentazione di apertura firmata non potrebbe essere considerato indicativo di una carente sorveglianza. Anche sulla questione del meccanismo di controllo delle trasferite la decisione sarebbe approssimativa e carente poiché in realtà non vi sarebbe alcuna evidenza di un regime ad personam lesivo della normativa interna per il controllo delle trasferite in Italia. Inoltre le asserite mancanze di \_\_\_\_\_ P \_\_\_\_\_ nella registrazione dei rapporti di visita relativi ai viaggi all'estero si riferirebbero a un periodo successivo rispetto ai fatti qui in discussione. A questo AP 1 annette pure il fatto che anche volendo ipotizzare che da un certo momento in poi la convenuta avrebbe dovuto accorgersi che i viaggi in Italia del dipendente erano più numerosi dei rapporti di visita, non sarebbe dato a sapere quale impatto favorevole per gli attori questo avrebbe potuto avere, essendo improbabile che a fronte di una mancanza simile e del conseguente richiamo il dipendente avrebbe arrestato le sue malefatte. Infine, per l'appellante, il Pretore avrebbe pure commesso un errore a riconoscere il nesso di causalità tra le negligenze di sorveglianza e il danno agli attori. Essendo gli attori stati le prime vittime dei reati di \_\_\_\_\_ P \_\_\_\_\_, non sarebbe possibile vedere quale tipo di vigilanza avrebbe potuto impedirgli di commettere un'appropriazione indebita ai loro danni. Per di più sarebbero state le vittime stesse, con il loro comportamento negligente, a eludere qualsiasi sistema di vigilanza della banca: sarebbe stato per loro sufficiente pretendere, dopo la sottoscrizione della domanda di apertura del conto, di vedere la documentazione di conferma dell'apertura della relazione bancaria, rispettivamente recarsi almeno una volta in banca, tra la consegna della prima tranche e quella della seconda, per accertarsi che tutto fosse in ordine.

8.2. Realizzate le condizioni della responsabilità del padrone d'azienda, occorre esaminare se questi abbia fornito la prova liberatoria prevista dall'art. 55 cpv. 1 CO. Come risulta dalla norma stessa, incombe al padrone d'azienda provare di aver usato tutta la diligenza richiesta dalle circostanze per

impedire il danno o che questo si sarebbe verificato anche usando tale diligenza. La giurisprudenza esige una prova rigorosa (STF 4A\_326/2008 del 16 dicembre 2008 consid. 5.2). La diligenza richiesta non si limita alla corretta scelta, istruzione e sorveglianza del personale, ma si estende pure alla razionale organizzazione dell'azienda; si tratta di condizioni che devono essere soddisfatte cumulativamente. 8.3. Nemmeno su questo aspetto è possibile seguire le argomentazioni dell'appellante. In effetti sarebbe errato procedere, ancora una volta, per compartimenti stagni ed escludere dall'esame del livello di controllo dell'agire di \_\_\_\_\_ P\_\_\_\_\_ quanto avvenuto dopo i reati commessi ai danni di AO 1 e AO 2, perché le gravi lacune di vigilanza che esistevano già ad aprile 2010 (e prima) e che hanno consentito la commissione indisturbata delle malversazioni qui in disamina, sono le stesse che gli hanno consentito di continuare a delinquere per lungo tempo, di appropriarsi di oltre Euro 8'000'000.- di clienti e potenziali clienti e di recarsi, dapprima nei week end ma in seguito più volte quotidianamente, nei casinò a sperperare denaro a ritmi talmente folli da indurre le autorità di sorveglianza sul gioco d'azzardo a intervenire per bloccarlo. Dei motivi adottati dal Pretore per sostanziare l'esistenza di una violazione della cura in custodiendo, due sono sufficienti al caso in esame. In primo luogo il fatto che il funzionario di banca in questione abbia potuto registrare un conto con un numero e un nome proprio ("numbered account" ... "under a number and possibly including an alias", doc. 12, pag. 10) e allestire tutta la documentazione necessaria alla sua apertura precompilata con i relativi dati e nominativi dei clienti senza poi dover nemmeno spiegare per quale motivo la relativa procedura si è interrotta e l'operazione non è stata portata a termine. E' evidente che consentire ai propri dipendenti di agire indisturbati in tal modo lascia spazio a potenziali abusi di varia natura, tra i quali anche alla commissione di reati sotto il cappello della fallace apertura di un conto presso una banca rinomata come AP 1. In secondo luogo il fatto che le procedure di controllo delle trasferte dei consulenti all'estero siano state sin da quel momento largamente insufficienti, tant'è che \_\_\_\_\_ P\_\_\_\_\_ ha potuto recarsi per ben due volte a \_\_\_\_\_ senza dover fornire alcun tipo di informazione sui nominativi dei clienti o potenziali clienti incontrati, sui motivi della visita e sull'esito dell'incontro. Non è certamente sufficiente dimostrare di avere allestito delle regole interne per la gestione e il controllo dei viaggi all'estero (doc. 6 e regolamenti richiamati dalla convenuta) per esimere il datore di lavoro dalle proprie responsabilità, fintanto che non è provato che queste norme venivano concretamente applicate, o addirittura, come nel caso in discussione, quando è dimostrato che sono rimaste unicamente su carta. Ricordando che, se il trasporto "cross border" di denaro era vietato ai dipendenti di AP 1 mentre era ufficiosamente utilizzato l'affidamento dello stesso a spalloni (fino al 2016, cfr. interrogatorio del teste \_\_\_\_\_ C\_\_\_\_\_ del 18 ottobre 2018; a tal proposito va notato che l'investigation report tra le misure da adottare entro il dicembre 2014, pag. 9, indicava anche "stop the business with cross border cash transactions"), le trasferte all'estero e in particolare in Italia, per le quali non poteva essere escluso quindi un trasporto di denaro contante in una delle due direzioni, potevano potenzialmente (o concretamente come in casu) essere facilmente sfruttate per commettere illeciti se non soggette a debiti controlli. Queste lacune, gravi, di vigilanza del dipendente \_\_\_\_\_ P\_\_\_\_\_, che gli hanno permesso di iniziare a delinquere indisturbato già dall'aprile 2010 sottraendo i risparmi che gli attori gli avevano consegnato per depositare su un conto che loro erano convinti essere stato aperto a loro nome presso la convenuta, sono rese ancor più evidenti dal fatto che le due trasferte a \_\_\_\_\_ erano perfettamente note alla banca, come attesta il fatto che al dipendente sono stati rimborsati i relativi costi. Tutti gli altri,

pertinenti, elementi indicati dal Pretore e qui sopra esposti, altro non sono che la conferma che le maglie della rete di sorveglianza della banca, che hanno lasciato spazio alla commissione dei reati ai danni degli attori a primavera del 2010, erano talmente larghe da nemmeno consentire di rilevare i comportamenti ancor più evidenti e gravi da lui assunti in seguito e da consentirgli di delinquere e giocare ai casinò il provento delle sue malefatte, indisturbatamente e in maniera sempre più sfacciata per oltre quattro anni, malversando importi superiori a Euro 8'000'000.-. Bene ha fatto quindi il primo giudice a evocarli e considerarli nella sua valutazione complessiva. Di conseguenza deve essere confermata la conclusione dell'esistenza di una violazione del dovere di sorveglianza a carico della convenuta.

8.4. Stante quanto precede non si può che condividere l'opinione pretorile per la quale se AP 1 avesse adottato sin da subito le necessarie misure di controllo, non solo non si sarebbe verificato il danno subito dagli attori, ma nemmeno sarebbero state possibili le altre appropriazioni indebite e le truffe. Oltre ai già citati provvedimenti di controllo in ambito di aperture dei conti e di trasferte, facilmente attuabili, sarebbe bastato un minimo di vigilanza anche dell'attività del dipendente durante gli orari di lavoro, poiché se da un lato, come sostiene l'appellante, è vero che \_\_\_\_\_ P\_\_\_\_\_ a inizio 2010 si recava solo al Casinò di Campione d'Italia, è anche vero che lo faceva tutti i giorni e che lo faceva durante gli orari di lavoro, ritenuto che vi si recava verso le 15.30/16.00 (doc. S pag. 3). Che egli abbia sostenuto che vi andava "dopo il lavoro" indicando quegli orari significa che era libero di terminare regolarmente prima della norma senza dover dare alcuna spiegazione e poi non tornare più in ufficio. Fatto indubbiamente sospetto già di per sé. A maggior ragione se si tiene conto che al casinò egli ha dichiarato di avere incontrato a più riprese i colleghi del team guidato da \_\_\_\_\_ V\_\_\_\_\_ a cui lui stesso apparteneva, sicché è lecito domandarsi (anche se ininfluyente per la presente decisione) sino a che punto il suo vizio fosse sconosciuto in banca, rispettivamente a che punto fosse tollerato. Con semplici e dovuti accorgimenti di sorveglianza, \_\_\_\_\_ P\_\_\_\_\_ sarebbe stato costretto a fornire spiegazioni, preventivamente sullo scopo della trasferta, e in un secondo tempo circa la mancata apertura del conto, nonché quanto fatto in Italia in occasione delle visite ai due attori, i cui nomi, indicati in dettaglio nei formulari, avrebbero potuto essere facilmente individuati per eventuali richieste incrociate di informazioni, rispettivamente sui motivi per i quali ogni giorno terminava a metà pomeriggio di lavorare. Proprio in questo senso è indicativo quanto da lui dichiarato il 17 settembre 2014 al Procuratore pubblico (doc. R pag. 3): " potevo gestirmi abbastanza liberamente in ufficio in quanto avevo un capo che spesso non era presente e comunque non controllava molto i suoi subalterni" . Sin da subito, ma anche prima visto che \_\_\_\_\_ P\_\_\_\_\_ ha asserito che giocava già dal 2005/2006 e che prima del 2010 utilizzava solo denaro a lui riconducibile (doc. R, pag. 2), un minimo di verifiche avrebbe consentito di far suonare qualche campanello d'allarme che avrebbe imposto alla banca una stretta sorveglianza dell'agire del lavoratore. Questo è sufficiente per ammettere il nesso di causalità e l'evitabilità del danno. Quale ulteriore argomento va rilevato che, essendo stato stabilito il momento dell'appropriazione indebita ma non essendo stato individuato quello in cui il denaro è stato speso, anche una scoperta delle malversazioni in un secondo tempo, quindi qualche mese dopo - quando i comportamenti di \_\_\_\_\_ P\_\_\_\_\_ erano divenuti più spregiudicati, i clienti frodati molteplici e le malversazioni ancor più facilmente individuabili - avrebbe verosimilmente consentito di recuperarlo, in toto o almeno in parte. Di conseguenza il nesso di causalità sussiste anche con le omissioni avvenute dopo la primavera 2010.

8.5. Il giudice, non ha violato il principio attitatorio tenendo in considerazione le mancanze nella procedura di apertura del

conto, poiché la tematica, seppur stringatamente, era stata evocata dagli attori nella replica, ove hanno sostenuto che non potevano sapere che le pratiche interne di apertura e verifica non erano state svolte (pag. 7), rispettivamente ove hanno inserito tra i regolamenti interni trascurati dal datore di lavoro quello per l'uso dei formulari di apertura di conto (pag. 25). Una volta di più, l'appello deve quindi essere respinto nel merito. Colpa concomitante degli attori, art. 44 CO 9. Il Pretore ha escluso una colpa concomitante degli attori e l'applicazione dell'art. 44 CO, sostenendo che se è vero che essi possono essere rimproverati per non essersi mai presentati in banca, è altrettanto vero che dal cliente non possono essere pretese delle investigazioni sulla situazione personale del consulente, tantomeno nel caso di specie in cui per gli attori non sussisteva alcun motivo di sospettare di lui, "stante lo straordinario potere di convincimento di P\_\_\_\_\_, sia con loro, sia con la moltitudine di ignari clienti che ha truffato per importi milionari, sia con i suoi superiori e colleghi in banca" (sentenza impugnata, pag. 9). Inoltre, ha continuato il primo giudice, anche qualora si volesse rimproverare una mancata pro-attività agli attori, mal si vede come grazie alla stessa essi avrebbero potuto ridurre o evitare il danno, poiché ci sarebbe voluto ben altro che la visita di ignari clienti, ancora convinti dell'onestà del loro consulente, per impedire a questi di delinquere: la legge non grava il cliente dell'onere della cura in custodiendo, ma il datore di lavoro, ossia la banca. In effetti, come asserito da \_\_\_\_\_ P\_\_\_\_\_, in un simile caso egli sarebbe stato in grado di sottoporre loro un documento falso, come fatto con le altre vittime. 9.1. L'appellante asserisce che il Pretore avrebbe respinto l'eccezione di decadenza, rispettivamente significativa riduzione del risarcimento per colpa concomitante dei danneggiati in applicazione dell'art. 44 CO in maniera piuttosto sbrigativa e soprattutto senza confrontarsi con gli argomenti da essa sollevati negli allegati di causa. In particolare egli avrebbe considerato unicamente il rimprovero mosso alle controparti di non essersi presentati in banca per oltre quattro anni e più in generale la loro mancata pro-attività, mentre in realtà non sarebbe tanto questo l'oggetto del biasimo mosso loro. In effetti essi avrebbero agito in maniera incauta, superficiale e deliberatamente rischiosa mettendo innanzitutto nelle mani di \_\_\_\_\_ P\_\_\_\_\_ ingenti quantitativi di denaro contante, incaricandolo di trasportarlo all'estero, senza attendere conferma documentale - e addirittura senza ancora sapere - che la loro domanda di apertura del conto e del deposito sarebbe stata accolta, rispettivamente senza controllare in seguito, al momento della seconda consegna, se il conto era stato aperto e se il contante precedentemente affidato vi era stato depositato. Su questi aspetti la decisione impugnata sarebbe silente. La macroscopica colpa dei danneggiati, nell'ambito della quale il mero fatto di non essersi recati in banca per quattro anni risulta meramente circostanziale e sintomatico della loro leggerezza, avrebbe impedito ai sistemi di controllo interni dell'istituto di credito di poter essere efficaci. Queste circostanze imporrebbero a detta di AP 1 la reiezione della richiesta di risarcimento o quanto meno, in via subordinata, la riduzione del 75% dell'importo da rifondere. 9.2. Fintanto che la colpa del danneggiato non è a tal punto grave da poter essere considerata una circostanza terza che interrompe il nesso di causalità con gli atti o le omissioni del danneggiatore (art. 41 CO), può costituire un motivo di riduzione ai sensi dell'art. 44 cpv. 1 CO. Giusta tale norma, il giudice può infatti ridurre il risarcimento, se il danneggiato ha consentito all'atto dannoso o se delle circostanze per le quali egli è responsabile hanno contribuito a cagionare o ad aggravare il danno o ancora a peggiorare altrimenti la posizione dell'obbligato (cfr. sul tema TF 26 aprile 2005 5C.61/2004 consid. 6.1). In questo ambito il giudice gode di un ampio margine di apprezzamento (DTF 127 III 453 consid. 8c). 9.3. Preso atto che il fatto di non essersi

recati per quattro anni in banca non è nemmeno per l'appellante un elemento di forza tale da consentire l'applicazione dell'art. 44 CO, l'approfondimento delle motivazioni testé elencate non consente comunque sia di scostarsi dalle conclusioni della sentenza impugnata. Come riconosciuto dall'appellante stessa, AO 1 si era deciso ad aprire un contro presso di essa, dopo aver rifiutato inviti analoghi di \_\_\_\_\_ P \_\_\_\_\_ quando questi lavorava ancora presso Banca \_\_\_\_\_, perché, a differenza di quest'ultima, AP 1 era un istituto di credito importante e che a suo avviso offriva garanzie a una persona che voleva stare tranquilla. Ciò posto e rammentato che il dipendente e gli attori si conoscevano già da tempo, ritenuto che il contesto era quello di trattare del denaro fiscalmente non dichiarato alle autorità italiane, era del tutto normale che, dopo la sottoscrizione dei documenti ufficiali per l'apertura del conto e del deposito, agli attori, sempre restati in Italia, non siano più stati portati e mostrati attestati regolarmente intestati alla banca, ma solo quelli anonimizzati. Lo stesso responsabile per il mercato italiano della convenuta e superiore di \_\_\_\_\_ P \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_ K \_\_\_\_\_, ha confermato in tal senso: "Io mi sono recato in Italia a trovare clienti e a sottoporre agli stessi delle situazioni patrimoniali (...). Tuttavia non si portano degli estratti patrimoniali, eccetera, per ragioni di privacy e per evitare di dare spiegazioni alle autorità doganali. (...) Anche ai tempi le cose erano così, non era prassi di portare della documentazione bancaria in Italia." (verbale del 29 agosto 2018, pag. 5). Essersi affidati a \_\_\_\_\_ P \_\_\_\_\_, agente a quel momento nella sua qualità di managing director della convenuta e non a titolo personale, per far aprire e gestire un conto su cui depositare soldi non dichiarati e affidargli il denaro da trasportare oltre confine, evitando così di assumersi personalmente il rischio di passare la dogana, tenuto conto del contesto e delle modalità in cui tutto è avvenuto, non appare un'imprudenza tale da riconoscere una concolpa delle vittime e applicare l'art. 44 cpv. 1 CO. I ragionamenti sviluppati dall'appellante sono viziati dal cosiddetto "hindsight bias" ("Rückschaufehler"), ossia da una valutazione con il senno di poi; in effetti, se viste a posteriori, con la conoscenza di tutti gli estremi della vicenda, le mancanze dell'agire di AO 1 e AO 2 possono erroneamente apparire colpevoli e di una certa rilevanza, in realtà non lo sono state perché nelle circostanze in cui sono avvenute il loro agire era adeguato e conforme, non essendovi motivi di sospetto (e non essendovene stati per ben 4 anni, visto il luogo periodo in cui \_\_\_\_\_ P \_\_\_\_\_ ha potuto delinquere indisturbato). Essi non avevano alcun motivo di dubitare che il fatto di mandare il consulente in Italia, al loro domicilio, per le pratiche di apertura del conto e per organizzare il trasporto di denaro, fosse un servizio offerto dalla banca, così come non avevano alcun elemento per credere che fosse necessario verificare sulla base di documentazione ufficiale e visite alla sede della banca di \_\_\_\_\_ che un'operazione semplice come l'apertura di un conto e di un deposito fosse andata a buon fine. In quest'ottica le dichiarazioni rese al Pretore da AO 1 (verbale 29 agosto 2018, pag. 15 seg.) sono significative: "(...) A questo punto P \_\_\_\_\_ è venuto da me a \_\_\_\_\_ (...). P \_\_\_\_\_ ha tirato fuori tutta la modulistica e me l'ha sottoposta da firmare. Ne avevamo parlato e ho detto che intendevo investire in strumenti non a rischio e P \_\_\_\_\_ mi ha detto che avrebbe provveduto lui a portare i capitali in CH e a procedere all'apertura del conto. Così ho firmato. Non sono andato personalmente a \_\_\_\_\_ perché P \_\_\_\_\_ mi ha detto che questo era un servizio che per conto della banca. Non ho neppure accreditato per bonifico i soldi sul conto, perché si parlava di contante. Non ho neppure portato personalmente il contante in banca perché era pericoloso girare con contanti in auto e passare la frontiera. P \_\_\_\_\_ mi ha detto che avrebbe provveduto a tutto lui ossia di fare pervenire i soldi in banca in

modo più sicuro di quanto non avrei potuto fare io. In quel momento io parlavo con la banca, P\_\_\_\_\_ era un direttore di banca ed è per questo che mi sono fidato quando gli ho consegnato i soldi.”. In questo senso, pertanto, non è possibile ravvedere un comportamento colpevole ai sensi dell’art. 44 cpv. 1 CO degli attori per: i) aver concesso fiducia a \_\_\_\_\_ P\_\_\_\_\_ quale funzionario di alto grado della convenuta, in assenza di qualsivoglia motivo evidente per dubitare di lui; ii) non aver richiesto, oltre alle informazioni orali e alla documentazione non ufficiale presentata loro in occasione delle sue visite a \_\_\_\_\_ (anche dopo quelle della consegna del denaro), degli attestati ufficiali della banca, che tra l’altro \_\_\_\_\_ P\_\_\_\_\_ avrebbe sicuramente falsificato come ha egli stesso dichiarato e fatto con altri clienti; iii) non essersi rivolti direttamente alla banca per avere conferme laddove era proprio \_\_\_\_\_ P\_\_\_\_\_, per loro e giustificatamente, a rappresentare l’istituto di credito; iv) avere incaricato \_\_\_\_\_ P\_\_\_\_\_ di organizzare il trasporto all’estero del contante, atto nemmeno causale al danno per la prima tranche, ritenuto che l’idea di appropriarsene, da quanto dimostrato, sarebbe sorta solo una volta giunto a \_\_\_\_\_; v) non essersi recati di persona in banca durante i quattro anni prima della scoperta dei misfatti, considerato che questo non avrebbe in alcun modo evitato la sottrazione, avvenuta subito, nella primavera del 2010. Pertanto, la conclusione del Pretore risultando essere corretta, l’appello deve essere respinto anche su questo punto. Responsabilità contrattuale della banca ai sensi dell’art. 101 CO 10. Gli appellati hanno postulato, nella loro risposta, di riconoscere anche la responsabilità della banca convenuta sulla scorta delle disposizioni del diritto contrattuale, sostenendo che il Pretore l’avrebbe erroneamente esclusa. In effetti, il primo giudice dopo aver escluso l’applicabilità dei combinati art. 55 CC e 101 CO poiché \_\_\_\_\_ P\_\_\_\_\_ non poteva essere considerato organo della banca (formale, materiale o apparente che fosse), ha pure stabilito che l’art. 101 CO non entra in linea di conto per l’agire del dipendente poiché tra la banca e gli attori non è mai stato concluso alcun contratto, essendo la domanda di apertura di un conto e deposito per persone fisiche sottoscritta dai potenziali clienti una semplice proposta che doveva essere ancora accettata dalla banca, cosa non avvenuta.

10.1. Questa conclusione sarebbe errata poiché per AO 1 e AO 2 il formulario per la domanda di apertura non costituirebbe semplicemente un’offerta degli attori volta all’apertura di una relazione bancaria sulla quale la banca avrebbe poi deciso, ma sarebbe piuttosto un dettagliato invito, formulato dall’istituto di credito, conseguente a sua battente sollecitazione, a formulare una proposta che, se sottoscritta, avrebbe portato con sé la presunzione dell’accettazione. In questo senso andrebbe rilevato che gli attori non hanno allestito la domanda, non hanno posto condizioni né chiesto modifiche, ma si sono limitati a firmare quel che la banca tramite il suo ausiliario ha sottoposto loro, affinché il contratto si perfezionasse, sicché si dovrebbe concludere che tutti i punti essenziali del contratto erano stati concordati ex art. 3 CO, non restando altro che potesse impedirne la conclusione. In queste condizioni un’accettazione espressa della banca non era necessaria e poteva essere presunta ai sensi dell’art. 6 CO, non essendo mai pervenuta la reiezione dell’offerta allestita e repertoriata dalla banca stessa, addobbata di specifico numero di identificazione e acronimo, con documenti allestiti dall’istituto di credito riportanti i nomi degli attori, il loro indirizzo, la loro data di nascita. D’altronde la domanda di apertura era stata registrata in banca, con attribuzione di ogni dettaglio individuale. Sarebbe stato piuttosto il seguito naturale degli eventi a venire meno: la documentazione firmata non è stata consegnata da \_\_\_\_\_ P\_\_\_\_\_ al datore di lavoro, senza che quest’ultimo se ne sia mai preoccupato. Inoltre non sarebbe stato considerato dal primo giudice che gli attori hanno

sottoscritto, oltre alla citata domanda di apertura del conto, anche l' "accordo per un conto e deposito congiunto" e l' "atto di pegno generale e di trasferimento a titolo di garanzia" , entrambi controfirmati da \_\_\_\_\_ P\_\_\_\_\_ quale "consulente" . Questo contratto di deposito, che nemmeno necessita della forma scritta, non solo sarebbe stato eseguito materialmente con la prima e la seconda consegna di denaro all'ausiliario della banca nel pieno delle sue funzioni, ma sarebbe stato anche formalizzato con questi due documenti.

10.2. Stante la reiezione dell'appello, la questione della responsabilità contrattuale può rimanere aperta. Tuttavia, almeno sul principio della conclusione di un contratto tra la banca e gli attori appare opportuno formulare alcune osservazioni. In effetti, rilevato come l'intestazione di un documento non sia vincolante per la sua valutazione e interpretazione, non può essere sottaciuto come la "domanda di apertura di un conto e di un deposito per persone fisiche" (doc. C) sottoscritta il 15 aprile 2010 dagli attori debba nel caso concreto piuttosto essere giudicata come un'accettazione di una proposta formulata dalla banca che una domanda di apertura avanzata dai clienti: il fatto che si tratti di un formulario pre-compilato dall'istituto di credito con tanto di indicazione del numero di conto e dell'acronimo, nonché dei nominativi e dei dati personali dei titolari, non può che indurre a concludere che da parte di quest'ultimo fosse già stato tutto predisposto e mancasse solo la ratifica dei clienti. L'assenza di riserve esplicite circa la possibilità per la banca di respingere la domanda, che avrebbero potuto e dovuto rendere attenti quest'ultimi sull'asserita necessità di passare la "due diligence" , ne è conferma. Così come lo sono gli altri formulari e contratti sottoposti parallelamente ai clienti per ratifica (doc. C) e, almeno in parte, controfirmati da \_\_\_\_\_ P\_\_\_\_\_ sotto la finca "il consulente" . In particolare: i) l' "accordo per un conto e deposito congiunto" costituisce anche formalmente un contratto non vincolato alla condizione dell'accettazione da parte della banca, che anzi vi ha apposto il proprio sigillo per mano del consulente; ii) la "Dichiarazione/cartoncino firme & investimenti fiduciari (per investimenti ripetuti)" anch'essa riportante in calce il nome del consulente e la finca per la sua firma, nelle condizioni allegate a pag. 2 specifica ad esempio che "(...) il titolare del conto s'impegna nei confronti della banca per tutte le sue operazioni" e che "la banca ha su tutti i valori patrimoniali del titolare del conto (...) un diritto di pegno" ; iii) l' "atto di pegno generale e di trasferimento a titolo di garanzia" , controfirmato da \_\_\_\_\_ P\_\_\_\_\_ quale consulente, con cui i titolari del conto hanno concesso alla banca un diritto di pegno a fini di garanzia; iv) l'"accordo per la corrispondenza fermo banca", l' "accordo per la comunicazione e la trasmissione elettronica di ordini di banca" e le "condizioni per strumenti finanziari derivati" , firmati anche da \_\_\_\_\_ P\_\_\_\_\_ come "consulente" , appaiono come contratti veri e propri. Neanche uno di questi atti prevedeva l'apposizione della firma di due persone autorizzate a rappresentare la banca (da registro di commercio nessuno gode, come da prassi, di un diritto di firma individuale) ma al massimo l'apposizione della firma del consulente, prova che per questo tipo di pratiche, relativamente semplici e di routine, per la conclusione del contratto non era previsto il coinvolgimento diretto di altre persone oltre al consulente stesso. D'altronde né il contratto di conto corrente, né quello di deposito, soggiacciono a particolari requisiti formali e dunque alla necessità di quella scritta ( Martin , *Das Kontokorrent im schweizerischen Bankgeschäft*, 2020, pag. 58 n. 115 seg.). In altri termini, la sottoscrizione della "domanda" di apertura del conto, già precompilata dalla banca con tutti i dati del conto stesso e dei titolari, nonché la firma di tutti i contratti e dichiarazioni annesse, oltre all'approvazione delle condizioni generali, presupponeva la conclusione di un contratto di conto corrente e di deposito a monte, avvenuta in precedenza

tacitamente e per atti concludenti tra le parti ( Martin , op. cit., pag. 60 n. 120), laddove la banca ha agito per voce e rappresentata dal consulente. In via subordinata, anche volendo per ipotesi considerare il menzionato formulario una proposta di contratto, il silenzio della banca nel contesto in cui l'operazione si è svolta, comporta l'applicazione dell'art. 6 CO, potendosi i clienti legittimamente aspettare che l'assenza di una reiezione della proposta ne significasse l'accettazione. Se ne deve dunque desumere che a ragione gli appellati sostengono che tra le parti sia stato concluso un contratto di apertura del conto e di deposito. In questo contesto la consegna del denaro al consulente non può dunque essere connotata come semplice contratto di trasporto, ma interpretata come l'esecuzione di questi due contratti con la banca, nell'ambito dei quali il trasferimento dei soldi a \_\_\_\_\_ costituiva una condizione irrinunciabile. Che poi questo, così come la presa in consegna di contante da parte del consulente, fosse stato o meno lecito in base alle disposizioni interne all'istituto di credito, è, come visto in precedenza, ininfluenza. 11. Ne discende che l'appello, nella misura della sua ricevibilità, dev'essere respinto, con conseguente conferma della sentenza di primo grado. Le spese processuali e le ripetibili di questo giudizio, calcolate sulla base di un valore litigioso di fr. 438'000.- (al cambio Euro/CHF di 1.10), determinante anche per un eventuale ricorso al Tribunale federale, seguono la soccombenza dell'appellante (art. 106 cpv. 1 CPC). Le spese processuali sono calcolate sulla base dell'art. 13 LTG. Le ripetibili sono calcolate su quella dell'art. 11 RTar. Per questi motivi, richiamati l'art. 106 CPC, la LTG e il RTar, decide: 1. L'appello 10 agosto 2020 di AP 1 è respinto nella misura in cui è ricevibile. 2. Le spese processuali di seconda sede, pari a fr. 19'000.-, sono poste a carico dell'appellante, che rifonderà alla controparte fr. 17'000.- a titolo di ripetibili. 3. Notificazione: - ; - . Comunicazione alla Pretura del Distretto di Lugano, sezione 1. Per la seconda Camera civile del Tribunale d'appello Il presidente \_\_\_\_\_ Il vicecancelliere Rimedi giuridici Nelle cause a carattere pecuniario con un valore litigioso superiore a fr. 30'000.- è dato ricorso in materia civile al Tribunale federale, 1000 Losanna 14, entro 30 giorni dalla notificazione del testo integrale della decisione (art. 100 cpv. 1 LTF).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.