

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE TERZA CIVILE**

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:
Dott. TRAVAGLINO Giacomo - Presidente -
Dott. GRAZIOSI Chiara - rel. Consigliere -
Dott. DELL'UTRI Marco - Consigliere -
Dott. ROSSI Raffaele - Consigliere -
Dott. ROSSELLO Carmelo Carlo - Consigliere -
ha pronunciato la seguente:

ORDINANZA

sul ricorso xxxx/2020 proposto da:

SOCIETA', in persona del Presidente, domiciliata ex lege in Roma, Piazza Cavour, presso la Cancelleria della Corte di Cassazione, rappresentata e difesa dall'avvocato omissis;

- ricorrente -

contro

BANCA 3, in persona del procuratore, domiciliato ex lege in Roma, Piazza Cavour, presso la Cancelleria della Corte di Cassazione, rappresentato e difeso dall'avvocato omissis;

- controricorrente -

avverso la sentenza n. xxxx/2019 della CORTE D'APPELLO di I3RESCIA, depositata il 15/10/2019; udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 15/12/2022 dal Consigliere Dr. CHIARA GRAZIOSI.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Che:

Con ricorso ex art. 702 bis c.p.c. **SOCIETA'** adiva il Tribunale di Bergamo per ottenerne la condanna di **BANCA 3** a risarcirle i danni derivanti da appropriazioni illecite di somme dal conto corrente che essa aveva con la banca effettuate dal dipendente di quest'ultima quale cassiere A.A. dall'ottobre 2011 al settembre 2013 per un totale di Euro 196.500, appropriazioni compiute abusando della procura che tale cassiere aveva essendo tesoriere della ricorrente, che in realtà non avrebbe dovuto avere per contrasto con il codice di autodisciplina dell'istituto bancario. La banca avrebbe dovuto quindi rispondere dell'illecito del dipendente ai sensi degli artt. 2049, 2043 e 2050 c.c..

La convenuta rimaneva contumace.

Con ordinanza del 10 marzo 2015 il Tribunale rigettava la domanda. In particolare, riconosciuto che il conferimento della procura non spezzava il nesso di occasionalità necessaria tra le mansioni del A.A. e l'illecito imputato alla convenuta, riteneva però mancante la prova del danno, in quanto la ricorrente aveva prodotto solo un prospetto di sintesi unilateralmente effettuato che si fondava asseritamente sulle movimentazioni desumibili dagli estratti conto prodotti, da cui però era impossibile distinguere le movimentazioni illecite da quelle riguardanti la corretta gestione del rapporto. Doveva dunque ritenersi impossibile determinare il quantum dell'appropriazione indebita di cui sarebbe stata responsabile la banca, che nulla aveva ammesso.

SOCIETA' proponeva appello; dapprima non si costituiva a controparte, divenuta per incorporazione **BANCA 2**, poi succeduta da **BANCA 3**, che poi veniva a costituirsi dopo una rimessione in istruttoria, resistendo.

La Corte d'appello di Brescia rigettava il gravame con sentenza del 15 ottobre 2019.

SOCIETA' ha proposto ricorso, articolato in tre motivi, da cui controparte si è difesa con controricorso. Entrambe hanno depositato memoria.

MOTIVI DELLA DECISIONE

che:

1. Il PRIMO MOTIVO denuncia, in riferimento all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3, violazione dell'art. 2050 c.c. per non avere il giudice d'appello considerato l'attività bancaria - riguardo alle possibili condotte distrattive dei dipendenti degli istituti bancari in danno dei correntisti, se i dipendenti agiscono

in palese conflitto di interessi conosciuto o conoscibile dalla banca pericolosa, con le conseguenze relative al riparto dell'onere probatorio.

1.1 Nel ricorso ex art. 702 bis c.p.c. si sarebbe addotta la responsabilità ai sensi dell'art. 2050, responsabilità riproposta in appello, affermando: "null'altro doveva dimostrare se non evidenziare fatto pacifico che un dipendente dell'Istituto ha perpetrato in suo danno nella totale colpevole inerzia dell'Istituto, ed anzi con il connivente contributo di altri dipendenti dell'istituto una molteplicità di condotte appropriate ponendo in essere operazioni in plateale conflitto di interessi (e dunque, in palese terreno di illiceità), ed elencare analiticamente i movimenti di conto corrente sostanziatisi in prelievi di cassa allo sportello mediante "cambio assegni" apertamente ripudiati". Sarebbe stato semmai onere della banca "provare che i movimenti sconosciuti dalla correntista fossero in realtà rappresentativi di operazioni perfettamente lecite".

La corte territoriale, ad avviso della ricorrente, "oblitera il dedotto titolo di responsabilità" ai sensi dell'art. 2050 c.c. perchè attribuisce all'attuale ricorrente l'onere della prova della destinazione abusiva delle operazioni rispetto alla delega conferita al A.A., onere che poi ha ritenuto non assolto.

Si argomenta che l'attività bancaria è pericolosa, per esempio in ordine all'indebito trattamento dei dati personali dei clienti (specialmente per segnalazioni a sofferenza se illegittime) e anche nell'online banking" e nelle annesse truffe informatiche inflitte ai correntisti (si richiama pure il "phishing"). Ne deriverebbe la "connotazione intrinsecamente pericolosa" dell'attività bancaria esercitata mediante "un preposto (dipendente-cassiere)" che qui avrebbe agito nei confronti di una cliente della banca (l'attuale ricorrente) in conflitto di interessi, cioè per la procura generale acquisita compilando un modulo della banca che quindi conosciuta quando fu redatta (nel 2008) dato che vi risultavano autenticate le firme di delegante e delegato da parte di un funzionario della filiale. Pertanto la banca non solo non avrebbe impedito "al dipendente infedele" di prendere la procura contro il codice autodisciplinare interno, ma ne avrebbe di fatto avallato l'operato "autenticandone le firme e acquisendo "agli atti" la procura redatta su propria modulistica". Così il dipendente, abusando dei poteri conferitigli, e con la banca "complice", avrebbe fatto "sistematiche operazioni di sottrazione di contante in situazione di pieno conflitto di interessi": prelievi di contante mediante "cambio assegni per cassa", e da lui "sottoscritti con firma di traenza e girata, nella duplice veste sostanziale di mandante e beneficiario".

Quindi indicando analiticamente quali operazioni sarebbero state da lui fatte e producendo gli estratti conto per sostenere l'esistenza dei "movimenti ripudiati", l'attuale ricorrente avrebbe assolto l'onere di allegazione e la colpa della banca sarebbe presunta, salvo dimostrare di aver adottato tutte le misure idonee a evitare il danno, prova peraltro non adempiuta dall'attuale controricorrente.

1.2 Il motivo è infondato, in quanto la base fattuale, ictu oculi, non corrisponde alla prospettazione di un'attività pericolosa, ed è del tutto difforme rispetto alle fattispecie diverse che la censura tenta di inserire come invece analoghe quali il trattamento dei dati personali e l'online banking. D'altronde, anche qualora si intendesse qualificare la vicenda - che è in effetti riconducibile ad appropriazione indebita da parte di un dipendente della banca, e dunque eccessivamente "e Spa" rispetto al paradigma dell'art. 2050 c.c. - come si sostiene nel presente motivo, sarebbe stato comunque onere dell'attore dimostrare i conseguenti danni subiti: e su questo il giudice d'appello (sostanzialmente come il primo giudice) si è pronunciato chiaramente nel senso che la prova non è stata raggiunta.

2. Il SECONDO MOTIVO denuncia, in riferimento all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5, travisamento di prova "consistito nell'omesso esame del contenuto di documentazione di provenienza della banca a valenza confessoria", reiteratamente evidenziata dall'attuale ricorrente e discussa nei giudizi di merito: documentazione decisiva perchè "la sua valutazione avrebbe plausibilmente portato al riconoscimento di una quota significativa del danno patrimoniale lamentato" da **SOCIETA'**.
2.1 Il giudice d'appello, a pagina 8 della sentenza, afferma che in tutti i documenti citati la banca ha negato ammanchi attribuibili ad illeciti del suo cassiere. Tali "documenti citati" risulta dalla stessa pagina poco prima che sono il "sequestro conservativo" e il "ricorso di lavoro" che la banca aveva proposto (fase cautelare e di merito) avanti al Tribunale di Bergamo ai fini del licenziamento del A.A., ove "l'appellante" - afferma sempre

il giudice d'appello - aveva sostenuto che "sarebbe contenuta la ammissione della sussistenza e della entità del danno cagionato dal dipendente infedele".

Qualora si legga "quanto sostenuto dalla banca nel ricorso per sequestro conservativo... emerge... che il A.A. ebbe a replicare alla contestazione disciplinare" effettuata dalla banca il 30 agosto 2013 con una lettera senza data recapitata alla banca stessa l'11 settembre 2013, trascritta nel ricorso per sequestro conservativo, lettera in cui egli ammetteva di avere effettuato prelievi sul conto corrente di SOCIETA' che - diceva - "ora non saprei come giustificare" al legale rappresentante di essa. Vi sarebbe stata dunque una piena ammissione del A.A., pur riduttiva nel quantum. Il giudice d'appello sarebbe dunque incorso in un travisamento della prova riguardo un fatto decisivo: vi sarebbe stata una "plateale ammissione documentale, recepita e fatta propria dalla Banca", di appropriazione indebita del A.A.. Inoltre nel primo e nel secondo grado di giudizio sarebbe stata presentata "la legittima richiesta" dell'attuale ricorrente "di negativamente valutare ex art. 116 c.p.c. (in relazione al D.Lgs. n. 28 del 2010, art. 4 bis) il comportamento" della banca, che non accolse "l'invito alla media conciliazione ante causam senza giustificato motivo" anche per integrare il materiale probatorio se ritenuto insufficiente; il giudice d'appello non avrebbe però considerato tale "argomento di prova".

2.2 Il presente motivo presenta un contenuto difforme dal paradigma, invocato in rubrica, dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5 in quanto consiste in una vera e propria ricostruzione fattuale alternativa, pur incentrata su alcuni specifici elementi.

Si è dunque dinanzi al tentativo, evidentemente inammissibile, di conseguire un terzo grado di merito.

3. Il TERZO MOTIVO denuncia, in riferimento all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3, violazione degli artt. 293 c.p.c. per avere il giudice d'appello ritenuto rituale e tempestiva la costituzione della banca, già dichiarata contumace, con conseguente indebita condanna dell'attuale ricorrente alle spese ai sensi dell'art. 91 c.p.c., considerato che l'attività di difesa della banca costituitasi solo dopo la rimessione in istruttoria (ultronea "rispetto al perimetro del devolutorio tracciato dall'ordinanza di rimessione in istruttoria") sarebbe "tamquam non fuisset".

3.1 La banca, contumace in primo e in secondo grado, si costituì nel secondo soltanto il 30 novembre 2018 dichiarando di avere saputo del giudizio per avere la cancelleria comunicato l'ordinanza del 25-26 luglio 2018. Ad avviso della ricorrente, tale comunicazione violò l'art. 292 c.p.c., come già sollevato da essa come appellante "in uno con richiesta di delucidazioni rivolte alla cancelleria depositata... in data 31.7.18" cui la cancelleria rispose "oralmente" affermando che vi era stato un "disguido".

La banca, costituendosi, non avrebbe contestato "la ritualità delle notificazioni a suo carico", nè chiesto rimessione in termini ex art. 294 c.p.c.. Già il 2 maggio 2018 la corte territoriale aveva ritenuto matura la causa e l'aveva trattenuta per la decisione; successivamente riaprì l'istruttoria e il contraddittorio soltanto "in punto ritualità notificazioni del ricorso in primo grado e della citazione in appello". Pertanto - sostiene la ricorrente - la banca era decaduta "dalla possibilità di eccepire qualsivoglia difesa di merito". La banca ha invocato l'art. 293 c.p.c., per affermare che il contumace può costituirsi fino all'udienza di precisazione delle conclusioni. Osserva la ricorrente che però non si censura la sua costituzione in sè, bensì la proposizione di difese su profili ad essa preclusi perchè l'ordinanza di rimessione in istruttoria avrebbe riaperto il contraddittorio esclusivamente nel perimetro che aveva tracciato.

La Corte d'appello, rigettando l'eccezione di tardiva costituzione avanzata dall'attuale ricorrente, affermò che per la rimessione in istruttoria che aveva disposto con ordinanza del 15 luglio 2018 il giudizio era "regredito alla fase di trattazione" e che il contumace appunto può costituirsi fino all'udienza di precisazione delle conclusioni, invocando giurisprudenza di legittimità - Cass. 22618/2012 - che però, secondo A.S.D., non inciderebbe in quanto riguardante un giudizio di rinvio con rito anteriore alla L. n. 353 del 1990.

Si invoca invece Cass. 8687/2015, che aveva annullato una sentenza d'appello perchè la costituzione tardiva della parte in violazione dell'art. 293 c.p.c. vigente *ratione temporis* ("dopo che la causa era stata rimessa al Collegio") era nulla, avrebbe invece affermato che il contumace costituitosi tardivamente dopo l'udienza di precisazione delle conclusioni non può modificare la già formatasi situazione processuale, derivandone la sua possibilità di contraddire, in caso di annullamento con rinvio, nell'ambito devolutorio definito dalla sentenza di annullamento, così come in caso di rimessione in istruttoria, nell'ambito devolutorio definito dall'ordinanza di rimessione.

Si conclude affermando che questo motivo sarebbe sorretto da interesse in quanto se la costituzione fosse stata tardiva il giudice d'appello non avrebbe potuto condannare l'attuale ricorrente a rifondere le spese a controparte.

3.3 Il motivo non ha fondatezza, in quanto la costituzione della banca avvenne ex art. 293 c.p.c. dopo la rimessione in istruttoria disposta dal giudice d'appello proprio per "l'acquisizione delle notifiche del ricorso introduttivo e dell'atto d'appello alla convenuta" (si veda a pagina 5 della sentenza impugnata), e quindi fu pienamente legittima, non avendo sostanza le argomentazioni contrarie fornite dal motivo. In realtà, l'art. 293 c.p.c. consente effettivamente la costituzione al contumace in uno stadio processuale come quello in cui si è costituita la banca davanti al giudice d'appello (diverso da quello considerato da Cass. 8687/2015, non includente rimessione in istruttoria), giacchè la rimessione in istruttoria riporta il processo, appunto, allo stadio antecedente all'incameramento della causa. E se è vero che ciò, dopo la riforma del 1990, deve correlarsi al sistema preclusivo, che in sede di appello diventa poi quello tradizionale della devoluzione, è parimenti vero che ciò tuttavia non sopprime, appunto, il diritto dell'appellato alla costituzione e quindi all'esercizio del diritto di difesa lato sensu, ovvero alla partecipazione del contraddittorio per quanto nei limiti propri del grado e dello stato in cui entra (e cfr. d'altronde Cass. 22289/2013).

Nel caso in esame, poi, la ricorrente non lamenta alterazioni del devolutum al giudice d'appello come conseguenza della costituzione di controparte, indicando come effetto lesivo del suo interesse esclusivamente la condanna alle spese. E' però evidente che, come appena rilevato, potendosi costituire una parte può comunque difendersi, la difesa non consistendo esclusivamente - è ovvio - in un "confronto" con decadenze e preclusioni; ne consegue che la condanna alle spese deve pronunciarsi a favore della parte vittoriosa qualora, naturalmente, non ricorrano le specifiche fattispecie che la inibiscono, rinvenibili negli artt. 91 e 92 c.p.c..

4. In conclusione, il ricorso deve essere rigettato; la spiccata peculiarità della vicenda giustifica, tenuto in conto C. Cost. 77/2018, la compensazione delle spese processuali.

Seguendo l'insegnamento di S.U. 20 febbraio 2020 n. 4315 si dà atto, ai sensi del D.P.R. n. 115 del 2012, art. 13, comma 1 quater, della sussistenza dei presupposti processuali per il versamento, da parte della ricorrente, di un ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso, a norma del comma 1 bis dello stesso art. 13, se dovuto.

P.Q.M.

Rigetta il ricorso compensando le spese processuali.

Ai sensi del D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1 quater, dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte della ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato, pari a quello dovuto per il ricorso a norma del comma 1 bis dello stesso art. 13, se dovuto.

Così deciso in Roma, il 15 dicembre 2022.

Depositato in Cancelleria il 10 febbraio 2023