

## **TI\_GERICHTE 10.1998.22 vom 21. Februar 2001**

TI Tribunale d'appello, 2001-02-21, IT

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti\\_gerichte\\_10.1998.22](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_10.1998.22)

FR: TI\_GERICHTE 10.1998.22 du 21 février 2001

IT: TI\_GERICHTE 10.1998.22 del 21 febbraio 2001

### **Regeste**

Sentenza o decisione senza scheda

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

Gli attori sono cittadini italiani, domiciliati al momento dei fatti in Nigeria ed ora in Italia, con il che è in concreto dato un ambito internazionale ai sensi dell'art. 1 LDIP. Pacifico che le parti siano legate tra loro da un rapporto contrattuale, che verrà meglio definito in seguito, è d'uopo rilevare che, in materia di contratti internazionali il diritto applicabile è innanzitutto quello scelto dalle parti (art. 116 LDIP). Queste ultime nei loro allegati di causa non si sono tuttavia poste il problema del diritto applicabile alla fattispecie, richiamando concordemente le norme del diritto svizzero: per costante giurisprudenza, in questo loro comportamento è ravvisabile l'implicita scelta del diritto svizzero ( DTF 79 II 295, 80 II 279, 82 II 129; Rep . 1984 p. 119; per tante IICCA 22 aprile 1993 in re S. SA/A.). Stante l'esistenza di una scelta da parte loro, ancorché tacita, non vi è dunque spazio per l'applicazione dell'art. 117 LDIP che in ogni caso, in virtù del principio della connessione costituita dalla prestazione caratteristica, nel caso concreto avrebbe pure condotto all'applicazione del diritto svizzero.

#### **E. 2**

Quanto alla qualificazione giuridica del contratto tra le parti, si osserva che nel rapporto contrattuale che viene in essere con l'apertura di un conto corrente presso una banca si ritrovano caratteristiche tipiche del contratto di deposito, di prestito e di mandato, cosicché non è in definitiva errato parlare di un contratto misto: ciò premesso, la dottrina e la giurisprudenza più recenti hanno rinunciato ad un'esatta qualificazione giuridica di simili accordi, ritenendo che quest'ultima dipendesse in definitiva dalle particolarità del singolo contratto concluso tra la banca ed il cliente ( Fellmann , Berner Kommentar, N. 429 ad art. 398 CO). Per quanto riguarda la responsabilità della banca si è tuttavia potuto constatare che la maggior parte della pattuizioni, pur nella loro diversità, presentano elementi che si rifanno al mandato, nella misura in cui l'istituto di credito svolge compiti di gestione d'affari per il cliente ( Fellmann , op. cit., N. 430 ad art. 398 CO; mentre Hardegger , Über die Allgemeine Geschäftsbedingungen der Banken, Berna e Stoccarda 1991, p. 116, ritiene che le norme relative al mandato debbano applicarsi in maniera generalizzata in tutti i vari contratti bancari, cfr. DTF 101 II 121, 110 II 286). Ne consegue che la presente fattispecie può di principio essere esaminata sotto l'ottica del contratto di mandato (art. 394 e segg. CO; Fellmann , op. cit., ibidem; IICCA 28 marzo 1994 in re M. SA/C.). Giusta l'art. 398 cpv. 2 CO la banca mandataria è tenuta ad eseguire con fedeltà e diligenza gli affari affidatili dal cliente mandante e a dar seguito alle istruzioni impartite. Naturalmente, se la banca agisce attenendosi a questi principi, l'esecuzione del mandato non darà adito a

discussioni. Problemi possono tuttavia insorgere nel caso in cui l'istituto di credito fornisca delle prestazioni ad un terzo non autorizzato, che essa ha erroneamente considerato come suo cliente oppure se agisce in virtù di ordini impartiti da un terzo che ha falsificato la firma del cliente o infine, e più in generale, se non ha prestato la necessaria diligenza nell'esecuzione del mandato: poiché in base ai principi generali del diritto contrattuale vi è valido adempimento solo nel caso in cui il debitore fornisce la sua prestazione al vero creditore nel luogo e nei tempi stabiliti, nei casi appena menzionati la banca non avrebbe adempiuto il mandato affidatole, di modo che non si sarebbe validamente liberata dalla sua obbligazione nei confronti del "vero" debitore ( Hardegger , op. cit., p. 117 e seg.; Gautschi , Berner Kommentar, N. 36 b e c ad art. 398 CO; Weber , Berner Kommentar, N. 121 ad art. 68 CO; Rep . 1997 p. 203 e seg.): in tali circostanze il cliente potrebbe pertanto pretendere dalla banca l'adempimento del contratto, cioè la restituzione di quanto depositato a suo tempo rispettivamente opporsi a che l'importo erroneamente versato dalla banca al terzo sia addebitato sul proprio conto ( Hardegger , op. cit., p. 118 e seg.; Gautschi , op. cit., N. 36 c ad art. 398 CO; Fellmann , op. cit., N. 436 ad art. 398 CO; DTF 111 II 265, 112 II 454; ICCA 28 marzo 1994 in re M. SA/C.). Stante il carattere dispositivo di tale regolamentazione, le banche hanno a più riprese cercato, con l'adozione di particolari clausole nelle loro condizioni generali, di ribaltare sul cliente il rischio di un'errata prestazione ( Rep . 1997 p. 206; ICCA 28 marzo 1994 in re M. SA/C.; cfr. infra consid.

#### **E. 4**

A giudizio della convenuta, il danno derivante dai bonifici in questione doveva in ogni caso essere posto a carico degli attori, avendo essi accettato tale rischio mediante la sottoscrizione di una "disposizione permanente" (doc. A) rispettivamente controfirmando alcune clausole contenute nelle condizioni generali (doc. B). Le pattuizioni che, secondo le parti, possono entrare in considerazione sono le seguenti: Disposizione permanente : Con riferimento al contratto a margine Vi comunichiamo che è nostra intenzione trasmetterVi direttamente o per il tramite di nostri eventuali procuratori istruzioni per telefono, telegramma o telex senza cifra di controllo o senza ordine scritto. Vi dichiariamo con la presente, scaricandoVi di ogni responsabilità, che riconosciamo validi e da noi accettati qualsiasi ordine, ... che effettuerete a nostro rischio e pericolo, che saranno ricevuti per telefono dai Vostri funzionari nonché i messaggi che Vi pervenissero come sopra detto e ciò anche nel caso che tali ordini abbiano a determinare una nostra esposizione debitoria nei Vostri confronti. Art. 2 CG - Verifica delle firme e della legittimazione: I danni derivanti dal mancato riconoscimento dovuto a vizio di legittimazione o falso, sono a carico del cliente, a meno che alla Banca non si possa imputare una negligenza grave. Art. 5 CG - Errori di trasmissione: Gli eventuali danni risultanti dall'utilizzo della posta, del telegrafo, del telefono, del telex o di ogni altro mezzo di trasmissione o di un'impresa di trasporto, in particolare derivanti da perdite, ritardi, malintesi, alterazioni o spedizioni doppie, sono a carico del cliente, a meno che alla Banca non si possa imputare negligenza grave.

#### **E. 4.1**

In realtà l'unica pattuizione in concreto rilevante è quella contenuta all'art. 2 delle condizioni generali, avente per oggetto gli errori nell'accertamento della legittimazione del cliente; le altre due sono per contro ininfluenti, ritenuto come nella fattispecie non vi siano stati errori di trasmissione o derivanti dall'uso del telefono, conseguenti a ordini impartiti dal cliente. Stando così le cose, la questione a sapere se la "disposizione permanente" possa essere validamente opposta agli attori, siccome firmata unicamente da \_\_\_\_\_ e non

anche dalla moglie (cfr. doc. A), può pertanto rimanere indecisa.

#### **E. 4.2**

Come detto, la clausola di cui all'art. 2 delle condizioni generali consente alla banca, fatta salva l'eventualità di una colpa grave da parte sua, di ribaltare sui clienti il rischio per il mancato riconoscimento del titolare. Si tratta pertanto di stabilire se in occasione degli ordini telefonici litigiosi la convenuta abbia eventualmente agito con grave negligenza. L'istruttoria di causa ha permesso di chiarire l'esatta dinamica dei fatti, che hanno portato all'effettuazione dei bonifici in questione. Nel giugno 1997 (doc. U p. 3) il funzionario \_\_\_\_\_, che sino ad allora non aveva mai conosciuto gli attori (doc. U p. 3, teste \_\_\_\_\_ p. 1), né sapeva nulla di loro, venne telefonicamente in contatto, verosimilmente passatogli dal centralino della banca (teste \_\_\_\_\_ p. 2), con un uomo che si esprimeva in un ottimo inglese (doc. U p. 4). Questi si presentò al funzionario dichiarando di essere \_\_\_\_\_, indicando il numero di conto nonché il saldo dello stesso e facendo riferimento al dott. \_\_\_\_\_ (doc. U p. 5, teste \_\_\_\_\_ p. 2), dal che il funzionario concluse che si trattava proprio di \_\_\_\_\_. Il 4 luglio quella medesima persona telefonò nuovamente a \_\_\_\_\_ e parlando sempre in inglese preannunciò l'intenzione di effettuare un bonifico (doc. 28), i cui dettagli sarebbero stati precisati con un successivo fax (doc. E): il funzionario, avendo riconosciuto la persona con cui aveva in precedenza colloquiato per telefono (doc. U p. 4), non ha ritenuto di dover effettuare altre verifiche (doc. U p. 5) segnatamente controllare la firma sul fax (teste \_\_\_\_\_ p. 2) ed ha eseguito il bonifico. Il 18 luglio (doc. F e 29), il 28 luglio (doc. G e 30) e il 14 agosto (doc. H e 31), con quelle medesime modalità, cioè con fax preavvisati da una telefonata, sono stati effettuati altri 3 bonifici. Prima che fosse ordinato l'ultimo bonifico, questa volta richiesto con fax 29 agosto (doc. I) e confermato telefonicamente il 2 settembre (doc. 32), il 20 agosto il medesimo funzionario ha ricevuto una telefonata da \_\_\_\_\_, il quale, esprimendosi in italiano (doc. U p. 4, risposta p. 6), aveva chiesto lumi in merito a un'entrata di US\$ 100'000.-. Solo nei primi giorni di settembre \_\_\_\_\_ ritenne di contattare il dott. \_\_\_\_\_ per informarlo dei bonifici avvenuti.

#### **E. 4.2.1**

Ciò posto, è evidente che quanto messo in pratica dal funzionario \_\_\_\_\_ per accertare la legittimazione dell'interlocutore in occasione della prima telefonata del giugno 1997 si è rilevato del tutto improprio. Non conoscendo personalmente \_\_\_\_\_, egli avrebbe ovviamente dovuto agire con grande cautela e circospezione prima di concludere che la persona che lo stava contattando - oltretutto per telefono, con le difficoltà di riconoscimento insite in tale mezzo di comunicazione - fosse effettivamente l'attore. Non per niente l'istruzione interna IX-44 (cfr. doc. richiamata) che regola la procedura cui il funzionario deve attenersi in caso di fonogrammi e di messaggi ricevuti tramite un qualsiasi mezzo tecnico, alla cifra 1.3.1.2 impone alle persone abilitate a raccogliere un fonogramma di riconoscere la voce dell'ordinante oppure di ricontattare il cliente per ottenerne conferma nei casi dubbi. L'esistenza di bande di truffatori nigeriane era del resto nota in banca (teste \_\_\_\_\_ p. 3). Ora, dottrina e giurisprudenza sono concordi nel ritenere che in casi del genere la sola indicazione del numero del conto, del nome del titolare rispettivamente dello stato del conto non basta ancora per poter riconoscere nell'interlocutore il vero cliente (Albisetti/Boemle/Gsell/Nyffler/Rutschi, Handbuch des Geld-, Bank- und Börsenwesens der Schweiz, 4. ed., Thun 1987 p. 457; ZR 53 Nr. 6, 97 Nr. 90). Nemmeno il fatto che a

quel momento l'interlocutore avesse menzionato il dott. \_\_\_\_\_ poteva modificare questo stato di fatto, non potendosi in effetti escludere che tale informazione gli fosse stata fornita dal centralinista. In tali circostanze, il funzionario non poteva ragionevolmente (ancora) ritenere di trovarsi di fronte al cliente e avrebbe dunque dovuto effettuare ulteriori accertamenti nell'incarto a sua disposizione, tanto più che i motivi di dubbio non mancavano: il fatto che questi non parlasse in italiano, mentre il signor \_\_\_\_\_ era cittadino italiano - circostanza del resto ben immaginabile già dal suo particolare nome - avrebbe in effetti dovuto insospettare il funzionario, a maggior ragione in quanto l'interlocutore si esprimeva in un inglese ottimo senza particolari inflessioni, ciò che difficilmente si riscontra in caso di persone non di quella madre lingua. Avesse esaminato con attenzione l'incarto, egli avrebbe potuto porre al suo interlocutore altre domande in merito al loro domicilio in Italia, alla loro attività in Africa, a precedenti contatti in banca, ecc., ciò che egli ha invece ommesso di fare, ritenendosi soddisfatto dei dati fornitigli.

#### **E. 4.2.2**

Il comportamento del funzionario \_\_\_\_\_ si è inoltre rivelato del tutto improprio anche in seguito, in occasione delle telefonate con cui sono stati impartiti gli ordini di bonifico, rispettivamente quando gli sono stati trasmessi i fax di conferma. Per sua stessa ammissione, in quelle occasioni, avendo riconosciuto la voce del suo interlocutore, egli non si è più curato di effettuare alcun accertamento. Agendo in tal modo, egli non ha innanzitutto potuto notare la natura anomala delle operazioni che venivano richieste: \_\_\_\_\_ in precedenza non aveva mai telefonato dall'Africa (doc. U p. 7) in particolare per effettuare bonifici (doc. Q p. 2) e in ogni caso quei pochi bonifici che aveva richiesto erano sempre destinati a suoi conti o a conti della moglie in Italia e limitati ad importi contenuti, dell'ordine di poche centinaia di franchi (doc. U p. 7). Il fatto che l'interlocutore avesse specificato che le somme in questione dovevano servire all'acquisto di una casa a Londra mal si conciliava inoltre con la richiesta di bonifici a 5 società o persone diverse, oltretutto site in Paesi diversi. Il fatto che a seguito dell'impossibilità di eseguire il bonifico di US\$ 50'000.- a favore di \_\_\_\_\_ Company (doc. F), tale bonifico non sia stato ripetuto e sia anzi stato sostituito da un altro di US\$ 85'000.- (doc. G) a favore di una diversa società avrebbe pure dovuto insospettare il funzionario. Egli non si è nemmeno preoccupato di fronte ad una firma chiaramente falsa sui fax di conferma: la prassi di non esaminare le firme sui fax di conferma, vigente presso la convenuta (teste \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_ e \_\_\_\_\_), appare a questo proposito decisamente carente; ad ogni buon conto l'istruttoria di causa ha provato che se i dati di cui ai fax di conferma non corrispondevano all'ordine telefonico, segnatamente per quanto riguardava l'importo, il beneficiario, ecc., e ciò deve ovviamente valere - aggiungiamo noi, senza che in ciò si possa ravvisare un arbitrio - anche nel caso in cui la firma dell'ordinante differisse in maniera così plateale da quella depositata in banca, si imponeva di ricontattare il cliente (teste \_\_\_\_\_), ciò che non è avvenuto. Il funzionario non ha neppure tratto le debite conseguenze dal fatto che gli accrediti preannunciati a più riprese dall'interlocutore non siano in realtà mai pervenuti (doc. U p. 6). Contattato telefonicamente, il 20 agosto, dal vero \_\_\_\_\_, che - come detto- si esprimeva in italiano, egli non ha mostrato alcuna sorpresa (teste \_\_\_\_\_ p. 2), né ovviamente a quel momento ha ossequiato le disposizioni per accertare la legittimazione del cliente (egli non si è evidentemente premurato di chiedergli lo stato del conto rispettivamente la data e il contenuto degli ultimi contatti, circostanze che altrimenti avrebbero smascherato la truffa): non è contestato dalla convenuta (art. 170 cpv. 2 CPC) che nell'occasione egli sia stato richiesto di verificare se sul

conto fosse entrato un accredito di US\$ 100'000.- e che, avendo egli dato risposta affermativa, il cliente gli abbia chiesto se non fosse il caso di cambiare in lire quell'importo (doc. HH): ora atteso che a quella data il conto in US\$, a seguito dei bonifici effettuati, era in passivo, oltretutto per un importo rilevante di US\$ 83'100.45 (doc. N), il funzionario avrebbe senz'altro dovuto notare e far notare alla controparte come la domanda posta fosse illogica. Ma vi è di più: contattato a fine agosto dal precedente interlocutore, egli ha iniziato a colloquiare con lui in italiano (doc. U p. 4), accettando tuttavia in seguito di parlare in inglese senza sollevare obiezioni, atteso che l'interlocutore gli aveva detto che l'uso di tal lingua s'imponeva in quanto erano presenti altre persone che dovevano comprendere quanto veniva discusso (doc. U p. 4). Nonostante quanto precede, egli non si è preoccupato di avvertire, se non tardivamente ad inizio settembre (cfr. teste \_\_\_\_\_ e doc. U p. 8, mentre non appare verosimile quanto da dichiarato da \_\_\_\_\_ in sede penale (doc. U. p. 4), ovvero che egli lo abbia già informato in occasione del primo ordine di bonifico), il dott. \_\_\_\_\_, incaricato di sorvegliare l'andamento della relazione bancaria degli attori, dei prelevamenti che erano stati effettuati, i quali ovviamente pregiudicavano e non poco gli investimenti in essere: eppure, per stessa ammissione del funzionario, il dott. \_\_\_\_\_ non era assente in vacanza durante quell'intero periodo ed era anzi presente in banca più o meno una volta alla settimana (doc. U p. 4), per cui avrebbe potuto essere informato ben prima. Se ciò non bastasse, si rileva che il funzionario in occasione del bonifico di US\$ 85'000.- e di quello di US\$ 250'000.- ha pure violato le disposizioni interne 3.7 e 3.9, avendo dato seguito alle operazioni, palesemente superiori a fr. 100'000.-, senza l'accordo di un funzionario del gruppo A e non avendo chiesto al cliente il rientro della conferma in modo urgente (entro 20 giorni).

#### **E. 4.2.3**

Da quanto precede, ben si può ritenere che il comportamento tenuto dal funzionario \_\_\_\_\_ non sia stato corretto. L'approssimazione con cui egli ha agito, senza prestare la minima attenzione a circostanze sospette e contraddittorie, nonché la violazione delle disposizioni interne da lui commesse possono in concreto essere considerate una colpa grave, così che la convenuta non può prevalersi della clausola di cui all'art. 2 delle condizioni generali.

#### **E. 4.3**

Ci si potrebbe in ogni caso chiedere se la clausola in questione, nella misura in cui è finalizzata al trasferimento al cliente del rischio per colpa lieve della banca, non sia in ogni caso nulla. La dottrina e la giurisprudenza hanno in effetti già avuto modo di precisare che clausole del genere sono lecite unicamente se non violano norme del diritto imperativo ( Hardegger , op. cit., p. 33; ICCA 28 marzo 1994 M. SA/C.; Rep . 1997 p. 207). Mentre con la sentenza di cui a DTF 111 II 265 il Tribunale federale aveva lasciato indecisa la questione circa la validità di una tale pattuizione, contenuta nelle condizioni generali, con decisione DTF 112 II 456 l'Alta Corte ha statuito che non era possibile rispondere a tale quesito in modo definitivo: la soluzione del problema andava ricercata nelle circostanze del singolo caso. De lege lata, fondamento di questo controllo giudiziario poteva essere ritenuto l'art. 100 cpv. 2 CO, che pur non essendo direttamente applicabile per raffronto alla clausola qui in esame, era già stato applicato alle banche, in quanto industrie sottoposte a concessione ( DTF 112 II 456 e SJZ 90 p. 66; ICCA 26 novembre 1998 in re B. SA/B.). Richiamandosi per analogia a questo disposto di legge, nell'ambito del suo potere d'apprezzamento (art. 4 CC) il giudice, se del caso, potrà quindi decretare la nullità di una

clausola in base alla quale il rischio per versamenti a terzi non autorizzati in caso di colpa leggera della banca viene caricato al cliente: il giudice procederà in tal caso a verificare se l'esame della legittimazione del cliente da parte della banca, previsto nella clausola, sia adeguato alle circostanze oppure se lo stesso abbia come effetto una ingiustificata limitazione della diligenza dell'istituto di credito, ciò che sarebbe inammissibile ed in urto con le esigenze minime poste dal contratto di mandato. Il giudice dovrà prendere come riferimento lo standard di diligenza che si può pretendere in attività bancarie di questo tipo e che sono usuali nella prassi del settore; dovrà finalizzare il suo esame al raggiungimento di una equa ripartizione del rischio e degli interessi tra banca e cliente: il tutto tenendo conto delle particolarità del caso (Hardegger, op. cit., p. 124■126; Schwabold, *Ausgewählte AGB der Banken*, in *WIV Stichworte* N. 2, *AGB - Eine Zwischenbilanz*, San Gallo e Berlino 1991, p. 244; DTF 112 II 456; SJZ 90 p. 66; IICCA 28 marzo 1994 in re M. SA/C., 22 agosto 1996 in re G. SA/B.). Nel caso di specie, la colpa grave attribuibile alla banca nella verifica della legittimazione del titolare del conto non impone di operare il controllo della disposizione secondo le modalità appena indicate ( IICCA 22 agosto 1996 in re G. SA/B., 17 aprile 1998 in re F./A., 26 novembre 1998 in re B.SA./B.; 11 gennaio 1999 in re P./U., 23 dicembre 2000 in re R./P. SA; Rep . 1997 p. 208; DTF 112 II 450; ICCTF 26 maggio 1998 in re C./C.). È in ogni caso doveroso rilevare che se - come nella fattispecie, ove i fondi degli attori servivano in pratica da cassa pensione (teste \_\_\_\_\_, doc. U p. 7)- il conto contiene le sole economie del titolare, la giurisprudenza ha ammesso che la clausola con cui la banca riversa sul cliente il rischio per carenze di legittimazione in caso di colpa lieve della banca può senz'altro essere considerata nulla ( Barbey, *Jurisprudence récente de droit bancaire privé*, in *Thévenoz, Journée 1994 de droit bancaire et financier*, p. 39).

## **E. 5**

A giudizio della convenuta, le somme bonificate dovevano in ogni caso restare a carico degli attori, avendo essi omesso di contestare le operazioni litigiose nel termine previsto dall'art. 7 delle condizioni generali, del seguente tenore: Art. 7 CG - Reclami del cliente: I reclami del cliente, relativi all'esecuzione o alla mancata esecuzione di qualsiasi ordine, contestazione di estratti conto, estratti di deposito o altre comunicazioni, devono essere presentati immediatamente dopo ricezione dell'avviso corrispondente ... I danni derivanti a seguito di un reclamo tardivo sono a carico del cliente. In assenza di reclamo presentato entro il termine di un mese gli estratti conto e di deposito si ritengono approvati. Il riconoscimento espresso o tacito degli estratti implica il riconoscimento di tutte le scritture ivi riportate, come pure delle eventuali riserve formulate dalla Banca.

### **E. 5.1**

Nella fattispecie è senz'altro vero che gli attori hanno provveduto a contestare i bonifici unicamente il 10 settembre 1997, con il che essi, con riferimento almeno ai primi 3 bonifici, non hanno ossequiato il termine di contestazione di 30 giorni previsto dalle condizioni generali. Ciò è in definitiva avvenuto per il fatto che essi non avevano preso visione della corrispondenza, la quale in base alle loro istruzioni era da trattenere "fermo banca" presso la convenuta stessa. Ora, secondo la giurisprudenza del Tribunale federale, allorquando una banca accetta di trattenere presso di sé la corrispondenza che essa invia al cliente, queste comunicazioni gli sono opponibili come se le avesse ricevute ( Bourgknecht, *La responsabilité de la banque pour la gestion de fortunes*, in *RFJ* 1996 p. 6 nota 26; DTF 104 II 194 cons. 2 in fine; RSDA 1998 p. 197 r2; Rep . 1996 p. 37; IICCA 1 febbraio 1999 in re

S./A.; doc. 35); parimenti si presume che il cliente abbia immediatamente preso conoscenza delle comunicazioni inviategli con tale metodo. In altre parole, per quanto concerne gli effetti giuridici dell'assenza di reazione, il destinatario della corrispondenza trattenuta presso una banca è trattato come quello che ha effettivamente ricevuto la corrispondenza. Tuttavia, viste le conseguenze urtanti che potrebbero derivare dall'applicazione rigida di tale finzione, rimane riservata al giudice la facoltà di apprezzare in equità la situazione; una situazione manifestamente contraria all'equità - ciò che ad esempio si verifica nel caso in cui una banca agisca scientemente a detrimento del cliente senza che nulla possa far prevedere tale comportamento ( Bourgknecht , op. cit., ibidem) - potrà quindi essere sanzionata a titolo di abuso di diritto (art. 2 cpv. 2 CC; ICCTF 13 agosto 1996 in re F. SA/M.; cfr. pure, in materia di abuso di diritto, ZR 1998 N. 90 p. 221 e seg.).

## **E. 5.2**

Nel caso concreto, nulla agli atti permette di ritenere che gli attori potessero attendersi che nel luglio-agosto 1997 il loro conto dovesse essere oggetto di particolari movimenti. Non è in ogni caso vero che \_\_\_\_\_ in quel periodo e fino al 10 settembre si sia disinteressato del conto. Egli, il 20 agosto, ha in effetti provveduto a telefonare in banca: in quell'occasione - come già accennato - il funzionario \_\_\_\_\_, pur confrontato con richieste che mal si conciliavano con l'avvenuta esecuzione dei bonifici (si pensi alla richiesta di cambiare in lire l'importo accreditato di US\$ 100'000.- oramai azzerato), le ha in definitiva evase senza la professionalità che si poteva attendere da un istituto bancario, non accennando in particolare al fatto che il conto in US\$ a quel momento fosse addirittura in passivo, ciò che rendeva del tutto priva di senso la richiesta formulatagli. Ovviamente se il funzionario si fosse dimostrato più accorto, \_\_\_\_\_ già a quel momento avrebbe potuto contestare, tempestivamente, buona parte di quelle operazioni. In tali circostanze, avendo la convenuta oltretutto agito con una grave negligenza nell'accertamento della legittimazione del titolare del conto ( ICCA 22 agosto 1996 in re G. SA/B.; Guggenheim , Les contrats de la pratique bancaire suisse, 2. ed., Ginevra 1981, p. 72), essa appare assai malvenuta ad avvalersi in buona fede della presunzione secondo cui gli attori, senza aver preso visione della corrispondenza ove erano registrati i bonifici, abbiano tacitamente accettato tali operazioni. Considerazioni di equità impongono pertanto di non ritenere in concreto valida la clausola in questione.

## **E. 6**

La convenuta rimprovera inoltre agli attori di aver in qualche modo contribuito all'errore della banca, segnatamente per aver eventualmente partecipato alla frode perpetrata, per aver contribuito a creare una situazione potenzialmente pericolosa, rispettivamente per non essersi adoperati nella ricerca dei veri responsabili.

### **E. 6.1**

Nulla agli atti permette di concludere che \_\_\_\_\_ possa essere stato complice della truffa a danno della convenuta. L'istruttoria di causa ha in effetti provato che egli godeva di un'ottima reputazione (teste \_\_\_\_\_ p. 6); mentre il dott. \_\_\_\_\_ considerava gli attori del tutto affidabili (doc. U p. 8). Lo stesso \_\_\_\_\_, arrestato e condannato in relazione all'incasso del bonifico di US\$ 250'000.-, ha a sua volta confermato l'estraneità di \_\_\_\_\_ dalla truffa, dichiarando di non averlo mai conosciuto (inc. penale richiamato, doc. 69). In tali circostanze il fatto che i bonifici siano stati ordinati proprio nel momento, il 7 luglio, che egli aveva richiesto di trattenere la corrispondenza in banca

costituisce una semplice coincidenza.

### **E. 6.2**

Non è stato provato in che maniera l'interlocutore telefonico, rimasto sconosciuto, sia venuto a conoscenza del nome del titolare, del numero di conto e del saldo della relazione bancaria. Dovendosi tuttavia ammettere che artefice del progetto sia stata una banda di truffatori nigeriani, il che è implicitamente confermato dal fatto che \_\_\_\_\_, beneficiario di uno dei bonifici, fosse proprio di nazionalità nigeriana, l'ipotesi più verosimile - del resto ventilata dagli attori medesimi (petizione p. 9) - è che ciò sia avvenuto a seguito dell'intercettazione della corrispondenza che gli attori si facevano spedire in Nigeria, dapprima al loro domicilio privato e in seguito alla sede del datore di lavoro di \_\_\_\_\_. Pacifico che al momento dei fatti l'esistenza di tali bande era ampiamente nota alla popolazione residente (anche se gli attori, in sede di interrogatorio formale, ad 7, sembrano negare la circostanza), tanto è vero che gli occidentali che si trovavano a lavorare in Nigeria da tempo avevano adottato la precauzione di non far pervenire alcun giustificativo bancario in quel Paese (teste \_\_\_\_\_), la scelta degli attori - anche se eventualmente sollecitata dalla controparte (cfr. interrogatorio formale degli attori ad 7; doc. HH) - di farsi trasmettere in Nigeria per anni la documentazione bancaria relativa al conto presso la convenuta si è pertanto rivelata del tutto imprudente. Pure imprudente, in una situazione del genere, si è rivelata la decisione, adottata ad inizio del mese di luglio a seguito della modifica del datore di lavoro (doc. U p. 8, HH), di far trattenere la corrispondenza in banca. Non essendo stato provato se gli attori nell'occasione abbiano eventualmente agito con negligenza, segnatamente per aver lasciato incustoditi o accessibili a terzi i dati relativi alla relazione bancaria, si può senz'altro concludere che la loro colpa non è tale da escludere la richiesta creditoria da essi avanzata (cfr. però infra, consid. 7).

### **E. 6.3**

Cade per contro nel vuoto il rimprovero mosso agli attori di non essersi adoperati per scoprire chi fossero i veri responsabili della truffa: non avendo essi alcun serio sospetto nei confronti dei loro domestici o di altre persone del loro "entourage" in Nigeria (cfr. interrogatorio formale, ad 7), non si vede proprio quali passi essi avrebbero dovuto intraprendere, tanto più che l'istruttoria di causa ha provato come fosse del tutto inutile (teste \_\_\_\_\_) ed anzi assai pericoloso far capo alle autorità nigeriane. Va d'altro canto rilevato che allorché sono stati informati dal dott. \_\_\_\_\_, essi si sono prontamente recati in banca per controllare e confermare così la loro completa estraneità nelle operazioni effettuate, permettendo con ciò il recupero dell'ultimo bonifico di US\$ 250'000.-.

### **E. 7**

Tutto sommato, considerando da un lato la grave colpa imputabile alla banca per non aver posto in atto le misure necessarie per identificare il titolare del conto rispettivamente per non aver reagito correttamente pur confrontata con circostanze sospette e contraddittorie, e dall'altro la lieve concolpa attribuibile agli attori per aver contribuito a creare (involontariamente) una situazione di potenziale pericolo per la convenuta, questa Camera ritiene senz'altro equo ridurre in ragione di un quinto le richieste degli attori volte al ripristino delle somme bonificate con le rispettive spese (nell'analogia fattispecie pubblicata in ZR 97 Nr. 90, la riduzione è stata per contro di un terzo). Non essendo contestato che queste ultime ammontavano a US\$ 170'209.40 in capitale e a US\$ 2'024.43 rispettivamente fr. 889.35 per quanto riguarda le spese e commissioni, questa pretesa attorea può essere

accolta per complessivi US\$ 137'787.05 (US\$ 136'167.50 di capitale e US\$ 1'619.55) e fr. 711.50 oltre interessi.

## **E. 8**

Le altre pretese attoree, segnatamente quella di US\$ 12'500.- per perdita di guadagno e quella di US\$ 2'472.- per spese di viaggio durante la causa, non possono per contro essere accolte.

### **E. 8.1**

Gli attori hanno chiesto che fosse loro risarcita la perdita di salario subita da \_\_\_\_\_ per non aver potuto lavorare, a seguito dei fatti qui in esame, durante 5 settimane (retribuite in ragione di US\$ 2'500.- a settimana, cfr. doc. DD e EE), e meglio 2 settimane dal 13 al 26 settembre 1997 e 3 settimane (recte: 4) dal 7 gennaio al 5 febbraio 1998. Sentito in sede di interrogatorio formale (ad 10) \_\_\_\_\_ ha confermato come tra il 28 agosto e il 26 settembre 1997 egli abbia risieduto in Italia e abbia avuto modo di venire a Lugano per 7 o 8 volte per le necessità della causa; egli non ha tuttavia precisato fino a quando sia durata la sua permanenza in Europa, ciò che già esclude di riconoscergli una retribuzione per l'eventuale perdita di guadagno subita tra il 13 e il 26 settembre. Fosse anche provata la sua permanenza anche dopo il 18 settembre, non è però dimostrato che la sua presenza si imponesse per necessità della pratica: va in effetti ricordato che egli venne sentito dal Procuratore Pubblico già il giorno 17 (doc. Q). A prescindere da quanto precede, avendo egli ricordato che in quel periodo si trovava in convalescenza (cfr. pure doc. DD) - egli era in effetti reduce da un'operazione renale, eseguita l'11 settembre (doc. II) - ben si può ritenere che il suo soggiorno in Italia si sarebbe protratto per altre 2 settimane, tanto è vero che una visita di controllo era già prevista per il giorno 18 (cfr. doc. II). La sua presenza in Europa dal 7 gennaio al 5 febbraio 1998 sarebbe per contro motivata dalla necessità di incontrare l'avvocato e preparare la causa (interrogatorio formale). Non è tuttavia escluso che anche in questo caso egli abbia approfittato delle sue vacanze in Italia per discutere della pratica con l'avvocato; non vi era del resto alcun motivo impellente che gli imponesse di essere presente a Lugano a quel momento, l'avvocato essendo del resto già informato circa la fattispecie.

### **E. 8.2**

Pure infondata è la richiesta volta alla rifusione delle spese di viaggio avute durante la causa, pari a US\$ 2'472.- (doc. MM). Gli attori non hanno del resto precisato quale sarebbe il viaggio di cui chiedono il rimborso: nella misura in cui si tratta di quello effettuato per essere sentiti in sede di interrogatorio formale, si osserva che essi, se non avessero voluto presentarsi, avrebbero potuto chiedere la loro audizione in via rogatoriale, e non avendolo fatto, sono pertanto malvenuti a chiedere un rimborso spese; nella misura in cui essi chiedono invece la rifusione di altri viaggi da loro fatti per poter assistere ad altre udienze, si osserva che la loro presenza è frutto di una loro libera scelta, non imposta da alcuna norma di procedura, cosicché anche in questo caso essi nulla potrebbero pretendere a questo titolo.

## **E. 9**

Da quanto precede, si ha che la petizione deve essere accolta per US\$ 137'787.05 e fr. 711.50 oltre interessi. La tassa di giustizia, le spese e le ripetibili seguono la soccombenza (art. 148 CPC). Per i quali motivi, richiamati gli art. 148 CPC e la LTG dichiara e pronuncia 1. La petizione 7 luglio 1998 di \_\_\_\_\_ e \_\_\_\_\_ è parzialmente accolta. § Di conseguenza \_\_\_\_\_ SA, Lugano, è condannata a pagare a \_\_\_\_\_ e

\_\_\_\_\_, (I), l'importo di US\$ 137'787.05 e fr. 711.50 oltre interessi al 5% dal 7.7.1997 su US\$ 28'011.05, dal 7.7.1997 su US\$ 42.15, dal 18.7.1997 su US\$ 40'010.90, dal 30.7.1997 su US\$ 68'022.40, dal 11.8.1997 su US\$ 48.-, dal 14.8.1997 su US\$ 10.65, dal 4.9.1997 al 15.6 1998 su US\$ 96'010.70, dal 10.9.1997 al 15.6.1998 su US\$ 104'010.90, dal 1.10.1998 su US\$ 1'619.55 e dal 1.10.1998 su fr. 711.50. 2. Le spese del presente giudizio, consistenti in: a) tassa di giustizia fr. 14'000.-- b) testi fr. 160.-- c) spese varie fr. 100.-- Totale fr. 14'260.-- da anticipare dagli attori, restano a loro carico per 3/10 e per la rimanenza sono poste a carico della convenuta, la quale rifonderà a controparte la somma di fr. 10'000.- a titolo di ripetibili parziali. 3. Intimazione: - avv. dott. \_\_\_\_\_ - \_\_\_\_\_ SA, Per la Seconda Camera civile del Tribunale d'appello Il presidente Il segretario

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