

## **TI\_GERICHTE 12.2000.166 vom 23. Dezember 2000**

TI Tribunale d'appello, 2000-12-23, IT

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti\\_gerichte\\_12.2000.166](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_12.2000.166)

FR: TI\_GERICHTE 12.2000.166 du 23 décembre 2000

IT: TI\_GERICHTE 12.2000.166 del 23 dicembre 2000

### **Regeste**

Sentenza o decisione senza scheda

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

A questo stadio della lite sono del tutto pacifiche la competenza del giudice svizzero e l'applicabilità alla fattispecie del diritto svizzero. Pure pacifico, stante l'esistenza tra le parti di un contratto di commissione accanto ad un contratto di mandato, è che l'eventuale responsabilità della convenuta debba essere esaminata alla luce dell'art. 398 CO (art. 425 cpv. 2 e art. 398 CO; DTF 115 II 62 consid. 1; SJ 1994 p. 733).

#### **E. 2**

In base all'art. 398 CO il mandatario è tenuto ad eseguire il mandato in modo diligente e fedele, e risponde del danno che cagiona intenzionalmente o per negligenza (art. 321e cpv. 1 CO, su rinvio dell'art. 398 cpv. 1 CO). In generale la responsabilità del mandatario è subordinata a quattro condizioni cumulative (per tante: IICCA 26 ottobre 1999 in re B./C., 7 novembre 2000 in re E./Z., 23 novembre 2000 in re T./W.): – il mandante ha subito un danno; – il mandatario ha violato un dovere contrattuale; – esiste un nesso di causalità adeguata tra la violazione contrattuale e il pregiudizio subito dal mandante; – al mandatario è imputabile una colpa. Il mandante che chiede risarcimento deve provare il danno subito, la violazione contrattuale e il nesso di causalità adeguata. La colpa è per contro presunta e, in base all'art. 97 cpv. 1 CO, spetta piuttosto al mandatario provare che nessuna colpa può essergli ascritta ( DTF 113 II 433; sentenze IICCA citate).

#### **E. 3**

Per poter ammettere la responsabilità della convenuta occorre innanzitutto stabilire se a quest'ultima possa essere imputata una violazione contrattuale. Nel caso concreto si tratta pertanto di esaminare se la convenuta prima di chiudere le 3 operazioni fosse tenuta a chiedere alla controparte l'integrazione del margine del 10% (consid. 3.1) e nell'affermativa se l'abbia effettivamente fatto (consid. 3.2), rispettivamente se indipendentemente da tale obbligo essa non fosse comunque autorizzata ad agire in tal senso nell'interesse del cliente (consid. 3.3).

##### **E. 3.1**

Come accennato in precedenza, le disposizioni contrattuali tra le parti sono state oggetto di una modifica nel luglio 1998: anche le clausole inerenti la tematica della richiesta di integrazione del margine di copertura nel caso in cui lo stesso fosse sceso al di sotto del 10% hanno subito dei ritocchi.

##### **E. 3.1.1**

È indubbio che inizialmente, in base al "contratto di mediazione per operazioni su divise" di cui al doc. B, nel caso in cui il margine di copertura fosse sceso al di sotto del 10% la convenuta, prima di eventualmente chiudere le operazioni del cliente, non era semplicemente autorizzata, ma bensì obbligata (" vi inviterà ") a chiedere l'integrazione dello stesso (art. 2 lett. b: " Se il margine è sceso al di sotto di un valore del 10%, \_\_\_\_\_ vi inviterà a provvedere, entro 5 (cinque) giorni dalla data d'invio risp. dalla comunicazione telefonica da parte di \_\_\_\_\_, ad un sufficiente deposito supplementare. Qualora voi non deste seguito a tale invito, \_\_\_\_\_ è espressamente autorizzata a chiudere le vostre posizioni aperte e a sospendere le operazioni di cambio ...")

### **E. 3.1.2**

Come detto, nel luglio 1998 l'attore ha accettato un nuovo regime contrattuale, che prevedeva tra l'altro un "contratto di mediazione per operazioni su divise", un "avvertimento riguardo al rischio delle operazioni su divise" e una "convenzione speciale al contratto di mediazione per operazioni su divise" (cfr. plico doc. I).

#### **E. 3.1.2.1**

La convenuta, in risposta, ha affermato che il nuovo "contratto di mediazione" ad eccezione del termine di copertura ridotto da 5 a 2 giorni non conteneva nessun cambiamento per rapporto a quello firmato in precedenza (p. 10) e che la "convenzione speciale" non rappresentava una "carte blanche" a suo favore ma un approfondimento e un consolidamento del lavoro comune, svolto fino a quel momento con i clienti (p. 9): in definitiva, sempre a detta della convenuta, a dipendenza della nuova regolamentazione, la stretta collaborazione con i clienti era rimasta invariata (p. 10) e la strategia seguita dalla convenuta fino a quel momento rispettivamente la sua azione non era stata modificata (p. 10 e 17). Risulta pertanto accertato, per stessa ammissione della convenuta, che i nuovi accordi non comportavano alcuna modifica per quanto riguardava la procedura in caso di un margine di copertura insufficiente.

#### **E. 3.1.2.2**

Anche l'esame delle nuove disposizioni contrattuali consente, tutto sommato, di giungere al medesimo risultato. È vero che nel nuovo "contratto di mediazione" il termine " vi inviterà " è stato sostituito con un termine potestativo " potrà invitarvi ", per cui la richiesta di integrazione risulta in definitiva facoltativa (art. 2.3: " Se il margine è sceso al di sotto di un valore del 10%, \_\_\_\_\_ potrà invitarvi a provvedere entro 2 (due) giorni dalla data d'invio, risp. dalla comunicazione telefonica da parte di \_\_\_\_\_, ad un sufficiente deposito supplementare ... "). È però altrettanto vero che, per contratto, la facoltà di eventualmente chiudere le operazioni in corso è data, come già nel doc. B, unicamente nel caso in cui la convenuta avrà formulato al cliente quell'invito di integrazione (art. 2.3: "... Qualora voi non deste seguito a questo invito entro il summenzionato termine, \_\_\_\_\_ sarà espressamente autorizzata, ma non obbligata, a chiudere subito o più tardi, interamente o parzialmente ed a libera scelta, le posizioni aperte "), ciò che del resto è confermato nell'"avvertimento riguardo al rischio delle operazioni su divise" ( " ... Se a causa delle oscillazioni dei cambi la copertura del margine è quasi esaurita e voi non date seguito alla richiesta di \_\_\_\_\_ di versare ulteriore capitale di copertura, \_\_\_\_\_ è autorizzata a chiudere parzialmente o completamente le vostre posizioni "). Detto altrimenti: nel caso in cui il margine di copertura sia inferiore al 10% la convenuta è libera di chiedere o meno al

cliente il versamento di un importo integrativo; tuttavia se intende eventualmente chiudere le posizioni del cliente è tenuta a formulargli preventivamente tale richiesta. Tale interpretazione è del resto fatta propria anche dalla stessa convenuta nell'appello (p. 11), anche se in seguito essa se ne è poi dipartita senza alcuna motivazione (p. 12). Nemmeno la sottoscrizione da parte dell'attore della "convenzione speciale al contratto di mediazione per operazioni su divise", ideata sostanzialmente per evitare di dover contattare continuamente i clienti in occasione dell'apertura e della chiusura di ogni singola operazione (teste \_\_\_\_\_ p. 3, \_\_\_\_\_ p. 4), modifica questo stato di fatto. È vero che con tale convenzione l'attore apparentemente autorizzava la convenuta ad amministrare i suoi averi senza istruzioni speciali ed in particolare ad acquistare e vendere divise (art. 1: " Il mandatario á recte: mandante ñ incarica \_\_\_\_\_ di amministrare il suo conto senza istruzioni speciali e le conferisce mandato in questo senso. In aggiunta alle operazioni ..., questo mandato di amministrazione comprende in particolare le modifiche della composizione del portafoglio e l'acquisto e la vendita di divise, ma comunque per conto e rischio del mandatario á recte: mandante ñ . \_\_\_\_\_ è autorizzata a fare tutto quanto essa giudica necessario per salvaguardare gli interessi del mandatario á recte: mandante ñ ; quest'ultimo le conferisce poteri illimitati a tale scopo ..."). Sennonché tale convenzione non è stata sottoscritta da sola, in sostituzione di altri accordi, bensì accanto ad altre pattuizioni, quali il predetto "contratto di mediazione per operazioni su divise" e l'"avvertimento riguardo al rischio delle operazioni su divise", che –come detto sopra– spiegavano chiaramente come la convenuta dovesse comportarsi per poter eventualmente chiudere una posizione di un cliente nel caso particolare di un margine di copertura inferiore al 10%, per cui si può senz'altro ritenere –e la convenuta stessa ne è in definitiva cosciente (cfr. risposta p. 16)– che tale regolamentazione costituisse una *lex specialis* o comunque una direttiva (cfr. Bertschinger , *Sorgfaltspflichten der Bank bei Anlageberatung und Vermögensaufträgen*, Zurigo 1991, p. 115 e seg.; Bizzozero , *Le contrat de gérance de fortune*, Friburgo 1992, p. 96) che la convenuta, pur disponendo di un mandato di amministrazione, era tenuta ad ossequiare. Non si spiegherebbe altrimenti il motivo per cui in una tale evenienza nell'"avvertimento riguardo al rischio delle operazioni su divise" la facoltà di liquidare una posizione sia stata espressamente riservata al cliente (" La decisione di integrare la copertura spetta quindi a voi. Provvedendo costantemente ad una sufficiente copertura del margine, la vostra posizione in divise potrà essere permutata (swap) e pertanto mantenuta persino in caso di corso avverso dei cambi finché la stessa si troverà di nuovo in zona utile o finché deciderete la liquidazione con conseguente perdita "). In via abbondanziale, nella migliore –per la convenuta– delle ipotesi, qualora si volesse pure ritenere che la regolamentazione prevista nel "contratto di mediazione per operazioni su divise" e nell'"avvertimento riguardo al rischio delle operazioni su divise" con riferimento alla tematica della richiesta di integrazione della copertura non costituisse una *lex specialis* alla clausola generale inserita nella "convenzione speciale al contratto di mediazione per operazioni su divise" e neppure una direttiva alla convenuta, e che dunque le due disposizioni contraddittorie coesistessero l'una accanto all'altra, la situazione non potrebbe in ogni caso giovare alla convenuta: atteso che tutte le pattuizioni contrattuali sono state proposte proprio da quest'ultima, è in effetti evidente che l'eventuale mancanza di chiarezza del testo contrattuale rispettivamente la sua contraddittorietà o ambiguità deve andare a scapito della parte che lo ha allestito (" in dubio contra stipulatorem ": DTF 116 II 347, 82 II 452 e rif.; ZR 1982 N. 18; Merz , *Berner Kommentar*, N. 157 ad art. 2 CC; IICCA 23 marzo 1995 in re G./P., 23 giugno 1995 in re C./W., 20 settembre 1995 in re K. AG/A. SA, 25

settembre 1995 in re G. SA/N., 7 giugno 1996 in re M. e Ic./B., 9 gennaio 1997 in re M. SA/V.), in concreto quindi a sfavore della convenuta stessa. Ma vi è di più: qualora il mandatario al beneficio di un mandato di gestione –sempre che lo stesso sia stato in concreto stipulato, per la negativa (risposta p. 17)– sia confrontato con direttive poco chiare o inopportune, egli è tenuto a chiarire preventivamente la questione e, prima di eventualmente dipartirsene, deve richiamare l'attenzione del mandante, informandolo in proposito ( Lombardini , Droit et pratique de la gestion de fortune, 2. ed., Basilea–Ginevra–Monaco 1999, p. 156; Bizzozero , op. cit., p. 97 e seg.); un analogo obbligo di informazione gli compete in presenza di avvenimenti importanti che potrebbero indurre il cliente a rescindere il contratto o a modificare le direttive date ( Lombardini , op. cit., p. 158).

### **E. 3.1.3**

Riassumendo, la convenuta, se intendeva eventualmente chiudere le posizioni del cliente in caso di grado di copertura inferiore al 10%, era tenuta a chiedergli preventivamente, e ovviamente senza riscontro, il versamento di un importo integrativo; nell'ipotesi di cui sopra di esistenza di un mandato di gestione, essa in ogni caso lo avrebbe potuto fare senza far capo a quelle formalità, nel caso risultasse che essa aveva chiarito con il cliente che in tale evenienza si sarebbe dipartita da quelle istruzioni.

### **E. 3.2**

Con l'appello che ci occupa, la convenuta non pretende nel caso di specie di aver chiarito con l'attore che in caso di grado di copertura inferiore al 10% essa si sarebbe dipartita dall'esigenza di chiedere un versamento integrativo. Essa afferma per contro che non sarebbe stato provato che l'attore avesse versato quanto richiestogli a integrazione del margine: in particolare, a suo dire, sull'attendibilità del teste Ravanelli, teste al quale il Pretore aveva dato pieno credito, era lecito porsi più di un dubbio. Il rilievo è del tutto infondato.

#### **E. 3.2.1**

Come accennato, la convenuta evidenzia in primo luogo che sull'attendibilità del teste \_\_\_\_\_ era lecito porsi più di un dubbio in considerazione ai rapporti con le parti, ciò che sarebbe comprovato dal contenuto della testimonianza del medesimo (p. 1 e segg. e 4) e di quella del teste \_\_\_\_\_ (p. 5), cui essa rinvia. È innanzitutto doveroso rilevare che nell'occasione la convenuta, pur ponendosi qualche dubbio in proposito, non contesta di fatto l'attendibilità del teste \_\_\_\_\_, così che la stessa deve nondimeno essere ritenuta pacifica. D'altro canto, la parte stessa non specifica chiaramente quali sarebbero i motivi che potrebbero mettere in dubbio l'attendibilità di quel teste, la circostanza che ciò risulti "in considerazione ai rapporti con le parti" non adempiendo all'obbligo di motivazione imposto dall'art. 309 cpv. 2 lett. f CPC. In ogni caso dalle deposizioni testimoniali indicate dall'appellante a comprova della sua tesi non emergono circostanze tali da considerare inattendibile la testimonianza \_\_\_\_\_: egli, pur ammettendo di essere stato licenziato dalla convenuta, ha in effetti precisato di non nutrire risentimenti nei confronti della sua datrice di lavoro (teste \_\_\_\_\_, p. 2); egli ha inoltre escluso di aver detto ai clienti che la convenuta, chiudendo i loro conti nell'ottobre 1998, li avrebbe truffati (p. 2) e, richiesto da questi ultimi di fornire chiarimenti in merito, si è limitato a indirizzarli a un avvocato (p. 4); il fatto che egli abbia contattato un cliente sostenendo che le perdite erano dovute ad errori della convenuta, rispettivamente insinuando il dubbio, ma pur sempre e solo il

dubbio, che quest'ultima non avesse effettuato gli investimenti con i soldi dei clienti (teste \_\_\_\_\_, p. 5), non è parimenti sufficiente per escludere la sua attendibilità.

### **E. 3.2.2**

Contrariamente a quanto ritenuto dall'appellante, è senz'altro a ragione che il Pretore sulla base della testimonianza Ravanelli ha ritenuto che l'attore il 7 ottobre 1998 aveva effettivamente versato gli importi che gli erano stati richiesti. Il teste, con riferimento all'attore, ha in effetti chiaramente riferito di aver ricevuto a quel momento i fondi per la copertura del conto: " ... Ricordo che mi fu chiesto di chiedergli un versamento per ripristinare il margine. Se ben ricordo gli chiesi due linee che poi furono versate ... Mi viene osteso il doc. H. Trattasi del versamento dell'importo consegnatomi in Italia dal signor \_\_\_\_\_ " (p. 6). Quanto dichiarato dai testi \_\_\_\_\_ e \_\_\_\_\_, e in particolare da quest'ultimo ("... Anche in questo caso \_\_\_\_\_ è stato invitato a contattare il cliente e mi ha poi riferito che questi avrebbe versato solo lit. 25'000'000 ", p. 7) è per contro irrilevante, egli nel periodo in questione non avendo conferito direttamente con l'attore. Egli in ogni caso non è stato in grado di spiegare come sia venuto a conoscenza di tali circostanze, quando lo stesso consulente \_\_\_\_\_ le ha negate (p. 6): nonostante tutti e 7 i dipendenti della convenuta lavorassero nel medesimo ufficio e dunque \_\_\_\_\_ in linea teorica potesse verificare se il consulente provvedeva effettivamente a contattare il cliente –anche se poi in realtà era ovvio, checché egli ne dica (p. 2), che quello non era il suo compito precipuo e che egli doveva invece attendere alle proprie mansioni– egli stesso ha in definitiva dovuto riconoscere che gli era impossibile sentire il dettaglio delle conversazioni (p. 4); tanto più che agli atti nemmeno erano state versate le eventuali "fiches" comprovanti l'avvenuta comunicazione in tal senso all'attore, che a suo dire venivano di regola allestite dal consulente in casi del genere (p. 4). Ciò posto, non essendo ipotizzabile che egli abbia preso conoscenza della circostanza per averla sentita per via diretta in prima persona e risultando dunque che, se del caso, egli l'ha conosciuta siccome riportatagli da altri, per giurisprudenza invalsa la sua testimonianza si appalesa del tutto priva di forza probatoria ( Cocchi/Trezzini , CPC–TI, Lugano 2000, m. 1 ad art. 237), con la conseguenza che, anche per questo motivo, non vi è motivo per distanziarsi dalla testimonianza \_\_\_\_\_. Pure irrilevante è l'eventuale esistenza di contatti telefonici tra le parti (doc. 9), non essendo stato provato che in quelle occasioni l'attore sia stato sollecitato ad integrare il margine.

### **E. 3.3**

Già si è detto ai considerandi precedenti che la sottoscrizione della "convenzione speciale al contratto di mediazione per operazioni su divise" in realtà non autorizzava la convenuta a non dar seguito alle formalità previste contrattualmente in caso di insufficiente margine di copertura, a meno che essa avesse preventivamente chiarito con il cliente che in tale evenienza si sarebbe dipartita da quelle istruzioni. È tuttavia chiaro che, anche nel caso opposto, la posizione della convenuta non sarebbe stata diversa. La convenzione speciale prevede infatti che il mandatario era in ogni caso tenuto ad agire nell'interesse del mandante (art. 1: " Il mandatario á recte: mandante ñ incarica \_\_\_\_\_ di amministrare il suo conto senza istruzioni speciali e le conferisce mandato in questo senso. ....\_\_\_\_\_ è autorizzata a fare tutto quanto essa giudica necessario per salvaguardare gli interessi del mandatario á recte: mandante ñ ..."), mentre nel caso di specie ciò non è ovviamente stato il caso: l'istruttoria di causa ha permesso di accertare che la chiusura delle operazioni è stata decisa unicamente per evitare la loro chiusura da parte delle banche su cui tali operazioni

erano state appoggiate (teste \_\_\_\_\_ p. 2 e doc. 6), chiusura che in ogni caso –sia nel caso in cui fosse dipesa da una violazione da parte della convenuta del contratto che la legava alle banche, sia qualora fosse imputabile a un'esclusiva responsabilità delle banche stesse, che nell'occasione di fronte alla controparte altro non erano che suoi semplici ausiliari (art. 101 CO)– avrebbe senz'altro innescato la piena responsabilità della convenuta; tanto più che, poiché per contratto il cliente non era tenuto a rifondere più di quanto aveva prestatato (cfr. "avvertimento riguardo al rischio delle operazioni su divise": "... Il vostro rischio si limita in ogni caso all'importo da voi versato ... "), nel caso –in concreto realizzato– in cui il margine si fosse completamente esaurito, quella maggior perdita sarebbe andata direttamente a carico della convenuta, senza possibilità di rivalsa sul cliente stesso (teste \_\_\_\_\_ p. 7). Che la chiusura delle operazioni non corrispondesse agli interessi dell'attore e dunque non si giustificasse a quel momento è fuor di dubbio: egli con ciò ha subito una perdita ingentissima di ben fr. 131'656.–; d'altro canto, fosse stato vero che la chiusura era nell'interesse della clientela, non si vede proprio per quale motivo tale provvedimento sia stato posto in atto unicamente nei confronti di quei clienti che non avevano sufficiente margine di copertura (teste \_\_\_\_\_ p. 2) e non nei confronti degli altri; la convenuta non ha infine provato che a quel momento, a parte il timore soggettivo di qualche addetto ai lavori (teste \_\_\_\_\_ p. 2 e doc. 6), vi fossero seri indizi che il corso del dollaro avrebbe potuto ulteriormente scendere, dai documenti agli atti essendo al contrario prevedibile una sua risalita (doc. 16, 5 ottobre 1998; cfr. pure risposta p. 18).

### **E. 3.4**

Irricevibile, siccome formulata per la prima volta in sede di appello (art. 321 cpv. 1 lett. b CPC), è la tesi secondo cui il contratto di mediazione tra le parti permetterebbe la chiusura delle operazioni nell'eventualità che la quota di copertura non fosse più stata sufficiente. Ad ogni buon conto va osservato che tale disposizione contrattuale, contenuta nel contratto di cui al doc. B, non è stata ripresa nel nuovo regime contrattuale di cui al doc. I, qui rilevante, tanto più che l'eventualità di una sospensione di un'operazione non significa affatto la sua chiusura.

### **E. 4**

Ammessa con ciò l'esistenza di una violazione contrattuale da parte della convenuta e atteso che la colpa di quest'ultima è presunta (art. 97 CO) –e che comunque la parte non ha portato argomenti a sostegno del contrario– resta da esaminare se ciò abbia provocato un danno all'attore ed eventualmente in quale misura. In questa sede la convenuta contesta l'esistenza del danno e del nesso causale adeguato tra la violazione contrattuale ed il pregiudizio, asserendo che la repentina caduta del dollaro oltre le peggiori aspettative avrebbe in ogni caso portato alla chiusura delle posizioni, che comunque l'attore avrebbe verosimilmente provveduto di sua iniziativa alla chiusura e che infine egli non avrebbe dimostrato di essere in grado di mettere tempestivamente a disposizione gli importi integrativi. A torto.

#### **E. 4.1**

È innanzitutto doveroso rilevare che le circostanze di fatto di cui sopra sono state presentate per la prima volta in questa sede e quindi sono proceduralmente irricevibili (art. 321 cpv. 1 lett. b CPC).

#### **E. 4.2**

A titolo abbondanziale si osserva che nel caso di specie, contrariamente a quanto ritenuto dalla convenuta, la caduta del dollaro non è stata repentina, almeno fino al 6 ottobre, ma si è

prodotta, con cali lineari, nel corso di una settimana, passando da una quotazione di ca. fr. 1.38 il 30 settembre a fr. 1.34 il 6 ottobre; diverso per contro è il giudizio per i giorni successivi: il 7 ottobre il dollaro ha chiuso a fr. 1.31 e l'8 ottobre, dopo aver toccato in giornata un minimo di fr. 1.2743, ha chiuso a fr. 1.315 (cfr. doc. AM): la chiusura delle operazioni dell'attore è avvenuta ad un cambio di fr. 1.2901. La convenuta non ha tuttavia spiegato per quale motivo tale calo avrebbe in ogni caso comportato la chiusura delle operazioni –il teste \_\_\_\_\_ ha invero riferito che fino ad un cambio di fr. 1.25 non vi dovevano essere problemi con le banche (p. 4)– né per quale ragione l'eventuale chiusura in tali circostanze potrebbe far venir meno la sua responsabilità (cfr. anzi supra, consid. 3.3), tanto più che nell'ambito del commercio delle divise, mercato notoriamente speculativo confrontato con notevoli ed a volte imprevedibili oscillazioni dei corsi (doc. A p. 7), un evento del genere non può essere considerato un caso di forza maggiore. Nemmeno è stato reso verosimile –ancor prima che provato– che l'attore in una situazione del genere avrebbe probabilmente chiuso di sua iniziativa le posizioni: a parte il fatto che risulta provato che egli non ha chiesto la chiusura prima che il dollaro toccasse il minimo di fr. 1.2743, va anzi osservato che dal fatto che nell'ottobre 1998 egli abbia provveduto a versare lit. 24'438'750 si può senz'altro ritenere che egli, se richiesto, pur di non perdere quanto sino ad allora versato, si sarebbe senz'altro attivato per versare ulteriori importi. Il fatto poi che egli non abbia provato –anche e soprattutto perché non richiesto in causa dalla controparte– di avere la necessaria disponibilità finanziaria per integrare le sue posizioni è a sua volta irrilevante, nulla impedendo al medesimo, che per stessa ammissione della convenuta faceva parte di una clientela selezionata (risposta p. 18 e 20, appello p. 18) di imprenditori medi e grandi (cfr. teste Ravanelli p. 2, appello p. 18 e seg.), di far capo, anche nel caso in cui non disponesse effettivamente di ulteriori somme da investire, a finanziamenti esterni.

## **E. 5**

Resta ora da esaminare se la responsabilità della convenuta non debba essere esclusa in considerazione della clausola di limitazione della responsabilità prevista nella "convenzione speciale al contratto di mediazione per operazioni su divise" (art. 1: "... Esercitando il suddetto mandato, \_\_\_\_\_ agirà con la più grande scrupolosità, cioè con la stessa diligenza con cui essa suole trattare i propri affari. Prescindendo da questo dovere di diligenza, \_\_\_\_\_ non si assume altre responsabilità ").

### **E. 5.1**

Anche in questo caso la censura è irricevibile, essendo stata evocata per la prima volta e quindi tardivamente (art. 78 CPC; Rep . 1980 p. 268, 1982 p. 120, 1989 p. 110; per tante: ICCA 25 novembre 1998 in re F./R. SA, 29 aprile 1999 in re E. SA/M. SA, 1 febbraio 2000 in re C./U. SA, 7 dicembre 2000 in re F./R.) solo in sede conclusionale, senza che di essa vi sia un riscontro negli allegati preliminari.

### **E. 5.2**

È comunque evidente che anche nel caso in cui la censura fosse stata ricevibile, la posizione della convenuta non sarebbe stata diversa. La convenuta è innanzitutto consapevole che la validità di una tale clausola, nella misura in cui potrebbe essere contraria all'art. 398 cpv. 2 CO, è già di per sé tutt'altro che evidente in dottrina (cfr. Fellmann , Berner Kommentar, n. 513 e segg. ad art. 398 CO; DTF 124 III 155 consid. 3c). In ogni caso l'art. 100 cpv. 1 CO prevede esplicitamente la nullità di un patto avente per scopo di liberare preventivamente una parte dalla responsabilità dipendente da dolo o colpa grave: ora nel caso di specie è

chiaro che la violazione contrattuale imputabile alla convenuta, la quale ha provveduto a chiudere delle operazioni dell'attore nelle circostanze evocate in precedenza, mal si concilia con il suo dovere di diligenza –oltretutto accresciuto per il fatto che essa svolge il mandato a titolo oneroso ( Lombardini , op. cit., p. 158 e seg.; ICCA 22 gennaio 1996 in re B./S.)– e sia dunque costituiva di una colpa grave ( ICCA 22 agosto 1996 in re G. SA/B., 11 gennaio 1999 in re P./U.).

#### **E. 6**

Ne discende la conferma della sentenza di primo grado e la reiezione del gravame, del tutto infondato. 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 TG dichiara e pronuncia: I.

L'appello 21 settembre 2000 di \_\_\_\_\_ in liquidazione è respinto. II. Le spese della procedura d'appello consistenti in: a) tassa di giustizia fr. 1'450.– b) spese fr. 50.– fr. 1'500.– da anticiparsi dall'appellante, restano a suo carico con l'obbligo di rifondere alla parte appellata fr. 1'500.– per ripetibili.

III. Intimazione a: – \_\_\_\_\_ Comunicazione alla Pretura del distretto di Lugano, Sezione 1. 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.