

## **TI\_GERICHTE 12.2008.42 vom 18. Juni 2009**

TI Tribunale d'appello, 2009-06-18, IT

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti\\_gerichte\\_12.2008.42](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_12.2008.42)

FR: TI\_GERICHTE 12.2008.42 du 18 juin 2009

IT: TI\_GERICHTE 12.2008.42 del 18 giugno 2009

### **Regeste**

Banca - responsabilità - falsificazioni del gestore esterno - concolpa del gestore esterno  
cessionario

### **Volltext**

Ticino Tribunale di appello diritto civile La seconda Camera civile 18.06.2009 12.2008.42

Banca - responsabilità - falsificazioni del gestore esterno - concolpa del gestore esterno  
cessionario

Incarto n. 12.2008.42 Lugano 18 giugno 2009 In nome della Repubblica e Cantone Ticino La seconda Camera civile del Tribunale d'appello composta dei giudici: Epiney-Colombo, presidente, Walser e Pellegrini segretario: Bettelini, vicecancelliere sedente per statuire nella causa - inc. n. OA.2005.322 della Pretura del Distretto di Lugano, sezione 1 - promossa con petizione 29 aprile 2005 da AP 1, ora AP 1 rappr. da RA 2 contro AO 1 rappr. da RA 1 con cui l'attrice ha chiesto la condanna della convenuta al pagamento di fr. 4'338'400.- oltre interessi; domanda avversata dalla convenuta che ha postulato la reiezione della petizione, e che il Pretore con sentenza 11 gennaio 2008 ha respinto; appellante l'attrice con atto di appello 4 febbraio 2008, con cui chiede la riforma del querelato giudizio nel senso di accogliere la petizione, protestando spese e ripetibili di entrambe le sedi; mentre la convenuta con osservazioni 10 marzo 2008 postula la reiezione del gravame pure con protesta di spese e ripetibili; letti ed esaminati gli atti ed i documenti prodotti ritenuto in fatto e in diritto: 1. Il 4 agosto 1998, su richiesta della società \_\_\_\_\_ AP 1, che in precedenza già ne aveva curato la costituzione, e in presenza di S \_\_\_\_\_, sua impiegata con mansioni di assistenza alla clientela rispettivamente di collaboratrice nella gestione di società off-shore, la società \_\_\_\_\_ M \_\_\_\_\_ SA (in seguito: M \_\_\_\_\_ SA) ha aperto presso la sede \_\_\_\_\_ di AO 1 la relazione bancaria \_\_\_\_\_, conferendo diritto di firma individuale ai suoi beneficiari economici, i cittadini \_\_\_\_\_ Se \_\_\_\_\_ e la madre \_\_\_\_\_. In quell'occasione, la titolare del conto, oltre ad aver conferito procura amministrativa ad AP 1, designata pure quale destinataria della posta, ha sottoscritto le condizioni generali, l'autorizzazione generale per investimenti fiduciari, le lettere di manleva per ordini telefoni e tramite telefax e una "corporation - resolution" (cfr. doc. D). Il 13 giugno 2000, con modalità sostanzialmente identiche, la società delle \_\_\_\_\_ F \_\_\_\_\_ Limited (in seguito: F \_\_\_\_\_ Ltd) ha aperto presso AO 1 la relazione bancaria \_\_\_\_\_, conferendo diritto di firma individuale a Se \_\_\_\_\_ e al beneficiario economico del conto, il cittadino \_\_\_\_\_. Diversamente da M \_\_\_\_\_ SA, la titolare del conto non risulta però aver qui conferito formale procura amministrativa ad AP 1 (cfr. doc. E). 2. Come si è potuto accertare solo in seguito (cfr. doc. C), tra l'ottobre 1997 ed il febbraio 2002 S \_\_\_\_\_ ha effettuato tutta una

serie di malversazioni sui conti dei clienti di AP 1, tra i quali, dal 16 agosto 2000 al 27 luglio 2001, M\_\_\_\_\_ SA e F\_\_\_\_\_ Ltd per USD 1'850'000.- rispettivamente USD 1'340'000.-. Essa, in particolare, aveva provveduto, in 9 occasioni per M\_\_\_\_\_ SA (il 16 agosto 2000 per USD 370'000.-, il 28 agosto 2000 per USD 300'000.-, il 5 settembre 2000 per USD 100'000.-, il 29 settembre 2000 per USD 120'000.-, il 20 dicembre 2000 per USD 300'000.-, il 22 marzo 2001 per USD 350'000.-, il 29 maggio 2001 per USD 100'000.-, il 19 giugno 2001 per USD 180'000.- e il 27 luglio 2001 per USD 30'000.-, cfr. doc. H-R) e in 6 per F\_\_\_\_\_ Ltd (l'8 febbraio 2001 per USD 350'000.-, il 28 febbraio 2001 per USD 350'000.-, il 10 aprile 2001 per USD 300'000.-, il 9 maggio 2001 per USD 100'000.-, il 25 maggio 2001 per USD 100'000.- e il 19 giugno 2001 per USD 140'000.-, cfr. doc. S-Z), a compilare altrettanti ordini di bonifico all'indirizzo di AO 1, indicanti gli estremi del conto "So\_\_\_\_\_ Ltd c/o Banca A\_\_\_\_\_" - sul quale aveva diritto di firma individuale - quale beneficiario e recanti diverse firme false di Se \_\_\_\_\_, realizzate con la tecnica del "collage", che aveva poi trasmesso alla banca per telefax dal suo ufficio, allegandovi una "cover sheet" da lei sottoscritta. Queste malversazioni sono venute alla luce solo nel marzo 2002, allorché il beneficiario economico di M\_\_\_\_\_ SA si è lamentato presso AP 1 per l'impossibilità di dar seguito, per mancanza di copertura, a un ordine di bonifico. Sui conti erano rimasti USD 25'972.- rispettivamente USD 27'760.-. 3. Con la petizione in rassegna, promossa dopo lo stralcio per transazione di un procedimento arbitrale avviato a suo tempo da M\_\_\_\_\_ SA e F\_\_\_\_\_ Ltd contro AP 1 (cfr. doc. I° rich.), quest'ultima, che frattanto si era fatta cedere le relative pretese creditorie dalle due clienti (doc. A e B) e che nelle more della causa ha poi modificato la sua ragione sociale in AP 1, ha chiesto la condanna di AO 1 al pagamento di fr. 4'338'400.- più interessi, somma pari al controvalore di quanto addebitato sui conti dei due clienti (USD 3'190'000.-) a seguito delle malversazioni effettuate da S\_\_\_\_\_. In estrema sintesi, essa ha rimproverato all'istituto di credito una grave negligenza per aver eseguito i predetti ordini di bonifico, che nelle particolari circostanze dovevano essere ritenuti anomali. La convenuta si è opposta alla petizione, contestando di aver violato il suo obbligo di diligenza in occasione dell'esecuzione degli ordini di bonifico. Essa si è inoltre prevalsa della lettera di manleva per ordini tramite telefax, della clausola liberatoria per mancato accertamento di falsificazioni contenuta all'art. 3 delle condizioni generali e della dichiarazione di piena indennità contenuta nella "corporation - resolution". Ha infine addebitato alla controparte una colpa esclusiva per non aver controllato S\_\_\_\_\_ e per il fatto che i due clienti cedenti mai avevano esaminato e controllato la documentazione bancaria inviata a suo tempo all'attrice. 4. Il Pretore, con la sentenza qui impugnata, ha respinto la petizione, caricando all'attrice la tassa di giustizia e le spese, di complessivi fr. 15'500.-, e l'indennità ripetibile di fr. 86'800.-. Il giudice di prime cure ha innanzitutto ritenuto che nelle particolari circostanze gli ordini di bonifico, che erano stati oggetto di puntuale verifica da parte della convenuta, non erano tali da destare sospetti. Stando così le cose, escluso che alla banca potesse essere ascritta una colpa per il mancato riconoscimento della falsificazione della firma del cliente, ha pertanto concluso che essa poteva senz'altro prevalersi della clausola, contenuta nella lettera di manleva per ordini impartiti tramite telefax, mediante la quale il rischio di eventuali falsificazioni veniva ribaltato sui clienti. Assodato l'agire diligente ed in buona fede della convenuta, egli ha inoltre ammesso, in assenza di qualsiasi contestazione dei clienti o dell'attrice, l'applicazione dell'altra clausola, contenuta questa volta all'art. 2 delle condizioni generali, che prevedeva la tacita

ratificazione in caso di mancata contestazione nel termine di un mese. A suo giudizio, infine, il fatto che nel corso della procedura arbitrale promossa contro l'attrice le due clienti avessero dichiarato di non imputare alla banca alcuna negligenza e di nulla vantare nei suoi confronti, faceva sì che nessuna pretesa creditoria potesse poi essere oggetto di una successiva cessione all'attrice da parte loro.

5. Dell'appello che qui ci occupa, con cui l'attrice chiede di riformare il querelato giudizio nel senso di accogliere la petizione, e delle osservazioni, con cui la convenuta postula la reiezione del gravame, si dirà, per quanto necessario, nei prossimi considerandi.

6. Dovendosi innanzitutto qualificare giuridicamente il contratto tra la convenuta e i clienti cedenti, pacificamente retto dal diritto svizzero, si osserva che nel rapporto contrattuale che viene in essere con l'apertura di un conto corrente si ritrovano caratteristiche tipiche del contratto di deposito, di prestito e di mandato, sicché 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 essa 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 delle pattuizioni, pur nella loro diversità, presentano elementi che si rifanno al mandato ( 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 consid. 1, 110 II 286 consid. 1). Ne consegue che la presente fattispecie può essere di principio esaminata sotto l'ottica del contratto di mandato (art. 394 e segg. CO; Fellmann , op. cit., ibidem; NRCP 2003 250 con rif.; II CCA 21 febbraio 2001 inc. n. 10.1998.22, 12 giugno 2002 inc. n. 12.2001.94, 9 novembre 2004 inc. n. 10.2002.18, 25 luglio 2005 inc. n. 12.2004.94, 9 febbraio 2006 inc. n. 12.2005.45).

7. 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 da lui 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 263 consid. 1a e 1b, 112 II 450 consid. 3a, 132 III 449 consid. 2; TF 8 maggio 2001 4C.357/2000 consid. 3, 2 maggio 2006 4C.315/2005 consid. 3.2; sentenze NRCP e II CCA citate). 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 (DTF 112 II 450 consid. 3a, 132 III 449 consid. 2; TF 8 maggio 2001 4C.357/2000 consid. 3, 1° luglio 2002 4C.81/2002 consid. 2, 2 maggio 2006 4C.315/2005 consid. 4; Rep. 1997 p. 206; sentenze NRCP e II CCA citate). Per costante giurisprudenza, a questo genere di clausole torna applicabile, per analogia, l'art. 100 CO, che disciplina la preventiva esclusione di responsabilità per inadempimento del contratto (DTF 112 II 450 consid. 3a, 132 III 449 consid. 2; TF 8 maggio 2001 4C.357/2000 consid. 3, 1° luglio 2002 4C.81/2002 consid. 2, 2 maggio 2006 4C.315/2005 consid. 5). Una simile clausola è pertanto priva di ogni portata qualora alla banca sia imputabile un dolo o una colpa grave (art. 100 cpv. 1 CO). In caso di colpa lieve della banca, la cui attività è di fatto assimilabile a quella di un'industria sottoposta a pubblica concessione, il giudice potrà pure considerarla nulla secondo il suo prudente criterio (art. 100 cpv. 2 CO), fermo restando però che non potrà procedere in tal senso se la colpa lieve è imputabile a un ausiliario dell'istituto di credito (art. 101 cpv. 3 CO; DTF 112 II 450 consid. 3a, 132 III 449 consid. 2). 8. In questa sede l'attrice ritiene in primo luogo che la convenuta non poteva prevalersi della lettera di manleva per ordini impartiti tramite telefax sottoscritta dai clienti, per quattro motivi. 8.1 A detta dell'attrice, innanzitutto, la manleva in questione - del seguente tenore letterale " con la presente vi informiamo che potremo trovarci nella necessità di impartirvi istruzioni per l'esecuzione di operazioni bancarie anche per telefax (vale a dire attraverso trasmissione per via telefonica di copia dei nostri ordini regolarmente firmati). In relazione a quanto precede siete richiesti espressamente di accettare, sotto la nostra totale responsabilità, tali istruzioni per telefax aventi la/e firma/e nostra/e e/o nostro(i) procuratore(i) e/o procuratore(i) amministrativo(i) ed al riguardo vi scarichiamo sin d'ora, assumendole in proprio, da ogni responsabilità anzitutto in ordine all'autenticità degli ordini stessi e della(e) nostra(e) firma(e) apposta(e) sui medesimi, firma(e) da voi controllabile(i) solo in copia e comunque per qualsiasi conseguenza possa derivare dal fatto di aver voi accettato dette istruzioni per telefax " - costituiva una clausola di esonero della responsabilità della banca e non una clausola di ribaltamento del rischio al cliente, per cui non era applicabile nel caso di specie, in cui era stata avviata una causa di adempimento del contratto e non di risarcimento del danno. L'argomentazione è al limite del temerario. Con la petizione (p. 9 seg.) la stessa attrice aveva in effetti pacificamente ammesso che la manleva per ordini tramite telefax sottoscritta dai clienti era una clausola contrattuale volta a trasferire il rischio di indebito pagamento a carico del cliente. Anche il Tribunale federale (DTF 112 II 450 consid. 3a) ha del resto specificato che, nonostante la loro infelice formulazione, queste clausole da un punto di vista giuridico devono essere intese come clausole di trasferimento del rischio (cfr. pure Gauch, Die Vertragshaftung der Banken und ihre AVB, in: recht 2006 p. 79). Altrimenti, alla luce di quanto si è detto in precedenza (consid. 7), una clausola del genere sarebbe sempre inapplicabile e dunque priva di senso. 8.2 A detta dell'attrice, la clausola di manleva era inoltre "chiaramente onerosa e financo vessatoria" per cui doveva essere considerata nulla in applicazione dell'art. 27 CC (appello p. 11). La censura è infondata, già per il fatto che le clausole di ribaltamento del rischio sono di principio ammissibili, salvo nel caso in cui le stesse vincolino in modo eccessivo una delle parti (Weber, Berner Kommentar, N. 75 ad art. 100 CO). Che poi in concreto ci si trovi effettivamente in quest'ultima eccezionale situazione non è stato assolutamente provato, le circostanze che imporrebbero di concludere per un vincolo eccessivo dei clienti essendo in effetti state evocate dall'attrice, oltretutto in modo vago, per la prima volta solo in questa sede, dal che la loro irricevibilità (art. 321 cpv. 1 lett. b CPC). Si aggiunga che, accettando ordini impartiti

tramite telefax, la banca offre in sostanza al cliente che glielo ha richiesto, e solo a quest'ultimo, un servizio potenzialmente pericoloso per l'istituto di credito: la clausola di manleva costituisce in definitiva il giusto contraltare per una situazione di potenziale pericolo non imposta dalla banca, ma espressamente voluta dal cliente stesso. 8.3 Per l'attrice, la controparte non poteva comunque prevalersi di questa manleva già per il fatto di aver adempiuto in modo del tutto insufficiente, e con ciò negligente, le formalità di apertura dei conti dei clienti: nei documenti di apertura mancava in effetti il passaporto degli amministratori delle due società off-shore e dei beneficiari economici rispettivamente aventi diritto di firma e soprattutto mancava il profilo del cliente. Il rilievo è irricevibile, essendo stato evocato per la prima volta solo in questa sede (art. 321 cpv. 1 lett. b CPC), tanto più che, agendo in tal modo, l'attrice non ha permesso alla controparte di eventualmente confutare quelle circostanze, portando le necessarie prove. Non si vede del resto come queste eventuali mancanze possano essere rilevanti per l'esito della lite ed in particolare possano dimostrare una negligenza della convenuta nell'aver poi dato seguito ai bonifici falsi effettuati sul conto dei clienti. 8.4 L'attrice ritiene in ogni caso che la manleva per ordini impartiti tramite telefax non era comunque applicabile, atteso che i 15 ordini di bonifico falsi riguardavano operazioni anomale e sospette, tali cioè da imporre alla banca ulteriori accertamenti. 8.4.1 Essa evidenzia dapprima il fatto che tutti gli ordini di bonifico presupponevano il disinvestimento dei depositi fiduciari a quel momento in essere, il che avrebbe dovuto imporre alla convenuta di richiedere istruzioni al riguardo all'ordinante, oppure, nel caso di M\_\_\_\_\_ SA, all'attrice, e per essa alle persone accreditate per la gestione dei conti, tra le quali non figurava S\_\_\_\_\_, nella sua qualità di gestore esterno. La censura è infondata. Come detto, i due clienti avevano a suo tempo sottoscritto l'autorizzazione generale per investimenti fiduciari (doc. D, E). In forza della stessa la banca veniva autorizzata ad effettuare, a suo nome, ma per conto e a rischio dei clienti, investimenti su base fiduciaria, ritenuto che essa era libera di scegliere il debitore, l'ammontare, la moneta e la durata, premesso che da parte dei clienti non fossero pervenute affatto o in tempo utile (ovvero almeno cinque giorni prima della scadenza dell'investimento in corso) istruzioni diverse. Ora, nel caso di specie è pacifico che gli averi dei clienti erano stati investiti dalla convenuta in depositi fiduciari a pronto, della durata di 48 ore e rinnovabili automaticamente. Confrontata con la richiesta del procuratore dei conti - poi rivelatasi falsa - di effettuare un ordine di bonifico, la convenuta poteva pertanto ritenere in buona fede che la stessa costituisse un'istruzione "diversa" ai sensi dell'autorizzazione generale per investimenti fiduciari, tale cioè da impedire il rinnovo automatico degli investimenti fiduciari che andavano con ciò rimborsati, il tutto senza che fosse necessaria una nuova richiesta di disinvestimento da parte dei titolari, dei procuratori o dei procuratori amministrativi dei conti. In quest'ottica appare pertanto condivisibile l'assunto dei funzionari della convenuta (teste G\_\_\_\_\_ p. 2), che nell'ordine di bonifico impartito avevano intravisto implicitamente - come del resto era stato il caso già per gli ordini di bonifico "buoni" (cfr. operazioni del 28 maggio 1999 e del 16 agosto 2000 nel plico doc. BB) - anche una richiesta di disinvestire le somme eventualmente ancora investite a titolo fiduciario. In tali circostanze, il fatto che i funzionari della convenuta possano forse aver parlato con S\_\_\_\_\_ in merito ai disinvestimenti è irrilevante, essa nell'occasione non avendo comunque impartito alcuna nuova istruzione alla banca (cfr. teste C\_\_\_\_\_ p. 2). L'attrice non ha per altro contestato in questa sede l'assunto addotto in via subordinata del Pretore, che deve essere con ciò ritenuto assodato ( Cocchi/Trezzini , CPC-TI, m. 30 ad art.

307), secondo cui nelle particolari circostanze la banca sarebbe comunque stata senz'altro legittimata a ritenere che S \_\_\_\_\_, da sola, potesse rappresentare il cliente in occasione della trasmissione degli ordini, come per altro era già avvenuto per altri ordini "regolari" (sentenza p. 7).

8.4.2 Per l'attrice, in merito alla relazione bancaria di M \_\_\_\_\_ e SA, che prima e durante la "stagione degli ordini falsificati" aveva pacificamente vissuto un'importante movimentazione in entrata e in uscita, il che poteva creare nella banca l'apparenza della compatibilità degli ordini falsi (appello p. 18), la convenuta non poteva comunque non aver notato importanti segnali d'allarme, segnatamente il fatto che già un mese dopo il primo bonifico falso e anche in seguito, nel novembre 2000 e nel marzo 2001, dopo altri bonifici falsi, il conto era andato in dare per USD 83'059.32, USD 86'290.58 rispettivamente USD 182'780.65 (doc. BB), senza che vi fosse stata alcuna reazione della banca. La circostanza, addotta per la prima volta solo in questa sede, è irricevibile (art. 321 cpv. 1 lett. b CPC). E comunque il fatto che il conto fosse allora andato in dare non poteva essere di per sé indizio di particolari sospetti, anche perché la posizione complessiva del cliente era comunque attiva grazie agli investimenti fiduciari in essere (nel settembre 2000 di USD 100'000.-, nel novembre 2001 di USD 367'000.- e nel marzo 2001 di USD 369'000.-, cfr. doc. BB). Pure nuova, e con ciò irricevibile, è la circostanza evocata in questa sede dall'attrice secondo cui la famiglia \_\_\_\_\_ fosse proprietaria di una banca a \_\_\_\_\_ e che dunque per le sue necessità a breve termine di liquidità non avrebbe per forza dovuto far capo al conto in Svizzera, ma avrebbe tranquillamente potuto far capo all'istituto bancario \_\_\_\_\_.

8.4.3 L'attrice ribadisce poi che le operazioni di addebito del conto di F \_\_\_\_\_ a Ltd non erano all'evidenza compatibili né con il profilo del cliente (doc. 4) né con la struttura conservativa e accumulativa del conto. Effettivamente sul conto in questione, prima delle operazioni con firma falsa, mai erano stati impartiti ordini di bonifico, la movimentazione essendosi limitata a bonifici in entrata e ad investimenti fiduciari a pronto (cfr. doc. AA). Dalla comunicazione fornita dall'attrice alla convenuta al momento dell'apertura del conto di F \_\_\_\_\_ a Ltd si evinceva però che "per il momento i fondi che arriveranno verranno messi a deposito fiduciario" e che "in un secondo tempo deciderà il cliente se fare degli investimenti diversi" (doc. 4). Alla luce di quanto precede, il fatto che dopo 8 mesi dall'apertura della relazione bancaria e con attivi in conto di USD 1'200'000.- vi sia stata una modifica della strategia iniziale d'investimento, che per altro prevedeva l'effettuazione di investimenti rapidamente monetizzabili, e in particolare sia stato ordinato un ordine di bonifico di USD 350'000.-, non poteva essere considerato sorprendente. E nemmeno lo era il fatto che quell'ordine fosse stato impartito da parte del procuratore autorizzato Se \_\_\_\_\_, tramite l'impiegata dell'attrice che aveva a suo tempo presenziato all'apertura del conto e che era l'interlocutore del cliente. Innanzitutto si osserva che il titolare del conto F \_\_\_\_\_ Ltd aveva a suo tempo dichiarato di essere amico della famiglia \_\_\_\_\_ (doc. 4), tanto da aver conferito a Se \_\_\_\_\_ il diritto di firma individuale sulla relazione bancaria. La convenuta era inoltre a conoscenza che i beneficiari economici dei due conti svolgevano delle attività commerciali (teste G \_\_\_\_\_ p. 3 e I \_\_\_\_\_ p. 4). Ma soprattutto essa a quel momento sapeva che Se \_\_\_\_\_ aveva già effettuato sul conto M \_\_\_\_\_ SA non meno di altri 5 ordini di bonifico, di complessivi USD 1'290'000.-, a favore del medesimo beneficiario So \_\_\_\_\_ Ltd, senza che nessuno, né il titolare del conto, né il procuratore amministrativo destinatario della posta, avesse avuto da ridire. Proprio l'assenza di obiezioni da parte dell'attrice

costituiva un ulteriore motivo di tranquillità, siccome quest'ultima - come detto - costituiva il punto di riferimento dei due clienti e, intervenendo come messaggera (cfr. verbale 15 maggio 2002 di P\_\_\_\_\_ [C 39] p. 3 nel plico doc. I°), agiva nei confronti della banca quale "filtro" di questi ultimi, come se si trattasse di un "garante" dell'autenticità dei loro ordini, tanto più che i bonifici litigiosi avvenivano a favore di un cliente della Banca A\_\_\_\_\_, entità giuridica a lei assai vicina. In tali circostanze, la convenuta poteva dunque ritenere in buona fede da un lato che le operazioni sul conto M\_\_\_\_\_ SA, per altro - come detto - per nulla anomale e dunque non sospette, erano regolari e dall'altro che anche il nuovo pagamento a favore di So\_\_\_\_\_ Ltd da parte di F\_\_\_\_\_ Ltd rientrava verosimilmente in quell'operazione commerciale, concordata con l'amico di famiglia. Si aggiunga che la banca, in base al "corporation - resolution" (cfr. doc. D, E), era comunque stata liberata dall'obbligo di indagare sulla tipologia delle operazioni che venivano eseguite sul conto. Quanto ai successivi 4 ordini di bonifico falsi, agli occhi della banca gli stessi non risultavano a loro volta anomali per quelle medesime ragioni, ritenuto oltretutto che i bonifici nel frattempo effettuati sul conto M\_\_\_\_\_ SA e sul conto F\_\_\_\_\_ Ltd non erano stati contestati né dai titolari dei conti, né dall'attrice, depositaria della corrispondenza bancaria e, per il solo conto M\_\_\_\_\_ SA, procuratrice amministrativa.

8.4.4 L'attrice ravvisa infine il carattere anomalo e sospetto delle operazioni nel fatto che tutti i 15 ordini di bonifico falsi erano stati compilati sul modulo ufficiale AO 1, per importi notevolissimi, in evidente erosione dei conti, con la comunicazione "d'ordine un cliente" all'epoca non più usata e nemmeno accettata nel traffico interbancario, sempre a favore dello stesso beneficiario e quasi sempre con l'istruzione "urgente", il tutto senza che la banca, interessatasi solo presso S\_\_\_\_\_ sulla provenienza dei fondi in entrata ma non sulla destinazione dei fondi in uscita, avvertisse l'esigenza di plausibilizzare quelle operazioni. La censura, nella misura in cui non si fonda su circostanze evocate irrispettivamente, è infondata. Irricevibili, siccome adottati per la prima volta solo in questa sede (art. 321 cpv. 1 lett. b CPC), sono innanzitutto il fatto che gli ordini falsi fossero stati allestiti tutti su formulari AO 1 mentre quelli "buoni" siano stati allestiti solo in parte su quei documenti; il fatto che in un ordine "buono" sia stato indicato il nome \_\_\_\_\_ Ltd anziché il nome F\_\_\_\_\_ Ltd; il fatto che, diversamente da quelli "buoni", tutti gli ordini falsi, tranne uno (doc. T), portassero come comunicazione la scritta "d'ordine un cliente"; il fatto che questa particolare comunicazione già a quel tempo non fosse più in uso ed anzi non fosse più accettata nel traffico interbancario; il fatto che alcuni bonifici "buoni" fossero in franchi svizzeri anziché in dollari americani, valuta di riferimento. Per il resto, il fatto che gli ordini di bonifico falsi fossero stati allestiti per importi notevolissimi, in evidente erosione dei conti e quasi sempre con l'istruzione "urgente", non costituisce di per sé un motivo di sospetto. E neppure lo è il fatto che essi riportassero sempre lo stesso beneficiario So\_\_\_\_\_ Ltd, circostanza che stava anzi a provare l'esistenza di una relazione duratura con quella società, invero già ipotizzata dal Pretore e non oggetto di contestazione in questa sede. Quanto alla necessità di plausibilizzare quelle operazioni, già si è detto che la banca non aveva particolare motivo di sospetto, potendo ritenere in buona fede che i pagamenti a favore di So\_\_\_\_\_ Ltd rientrassero in un rapporto commerciale, tanto più che in base al "corporation - resolution" era stata liberata dall'obbligo di indagare sulle operazioni che venivano eseguite sul conto.

8.5 Visto quanto precede, ritenuto oltretutto che i clienti \_\_\_\_\_, allo scopo di rimanere in secondo piano e di non essere contattati, avevano costituito delle società

“esotiche”, a cui avevano poi intestato i conti, facendo inoltre sì che i contatti con la banca fossero tenuti solo per il tramite dell’attrice (cfr. TF 23 luglio 2002 4C.108/2002 consid. 2b), non si può assolutamente rimproverare alla convenuta un dolo o una negligenza grave per non averli contattati e soprattutto per aver dato seguito nelle particolari circostanze ai 15 ordini di bonifico litigiosi, così che quest’ultima, giusta l’art. 100 cpv. 1 CO, può senz’altro prevalersi della manleva per ordini impartiti tramite telefax (cfr. supra consid. 7). Del resto, quand’anche si dovesse attribuire alla banca una colpa lieve, la stessa non potrebbe in ogni caso portare all’invalidazione della predetta clausola di ribaltamento del rischio teoricamente possibile secondo il prudente criterio del giudice (art. 100 cpv. 2 CO), atteso che nella fattispecie quell’eventuale negligenza sarebbe stata commessa dai suoi ausiliari (art. 101 cpv. 3 CO, cfr. supra consid. 7). 9. Ma, a prescindere da quanto precede, la petizione doveva in ogni caso essere respinta già per un altro motivo, non considerato dal giudice di prime cure, e meglio per il fatto che la convenuta poteva opporre all’attrice, datrice di lavoro della malversatrice S \_\_\_\_\_, una pretesa volta al risarcimento del danno da lei eventualmente subito a quel momento (art. 55 CO; II CCA 28 marzo 1994 inc. n. 2454/2614). Dal punto di vista giuridico, la pretesa attorea risulta così estinta per compensazione ( Hardegger , op. cit., p. 119 seg.; DTF 111 II 263 consid. 1c e 2; II CCA 28 marzo 1994 inc. n. 2454/2614). 9.1 Nella fattispecie è incontestabile che l’attrice debba rispondere degli atti illeciti commessi dalla sua dipendente S \_\_\_\_\_, cui erano stati internamente attribuiti i due clienti M \_\_\_\_\_ SA e F \_\_\_\_\_ Ltd (cfr. doc. EE p. 1 e 6; teste S \_\_\_\_\_ p. 4), segnatamente per non aver dato prova della necessaria “ cura in custodiendo ” nei suoi confronti, tanto più che questa mancanza di controllo ha reso possibile l’allestimento e l’esecuzione degli ordini di bonifico falsi nonché ha impedito la scoperta delle malversazioni. Nella sentenza penale (doc. C) con cui S \_\_\_\_\_ è stata condannata per ripetuta truffa, ripetuta appropriazione indebita e ripetuta falsità in documenti, la Corte delle assise criminali ha chiaramente evidenziato come la sua attività delinquenziale sia stata favorita dal fatto che “mai risultano essere stati messi in atto controlli o verifiche di sorta della sua attività” da parte dell’attrice (p. 20 e 29). La stessa S \_\_\_\_\_, che non aveva ormai più interesse a mentire e deve dunque essere considerata perfettamente attendibile nella sua esposizione dei fatti rilevanti (anche laddove la sua versione è contestata da altri testimoni, interessati più o meno direttamente all’esito della lite), ha in effetti ammesso che le veniva concessa una libertà di manovra ben più ampia di quella attribuitale formalmente tanto che di fatto agiva come gestore, che i controlli erano rari e superficiali e che le malversazioni sarebbero state senz’altro venute alla luce in caso di semplici controlli (cfr. dichiarazione 7 dicembre 2004 [C 63] p. 2 segg. nel plico doc. I° rich.; verbale 7 febbraio 2003 nel plico doc. I°; doc. EE p. 3 segg.; cfr. pure verbale 14 maggio 2002 di K \_\_\_\_\_ [C 40] p. 2 segg. nel plico doc. I° rich.). Emblematico in tal senso è il fatto che le operazioni di “ collage ” alla base delle firme false siano avvenute nell’ufficio dell’attrice (cfr. dichiarazione 7 dicembre 2004 p. 3 nel plico doc. I° rich.; doc. EE p. 2); che gli ordini di bonifico falsi siano partiti dall’apparecchio telefax dell’attrice durante gli orari lavorativi (dichiarazione 7 dicembre 2004 p. 4 nel plico doc. I° rich.), senza per altro che l’attrice abbia in precedenza ritenuto di avvisare la banca del fatto che solo i fax recanti un numero progressivo (teste M \_\_\_\_\_ p. 2) e recanti la sigla di una persona autorizzata (teste S \_\_\_\_\_ p. 4) potevano essere ritenuti vincolanti; che a quegli ordini siano state allegate “ cover sheet ” originali dell’attrice; che gli estratti conto inviati

dalla convenuta e menzionanti le operazioni litigiose siano dapprima passati nelle mani del direttore responsabile dell'attrice (teste S \_\_\_\_\_ p. 4), il quale, essendosi limitato ad un rapido controllo (teste S \_\_\_\_\_ p. 4), nulla però ha eccepito; che quegli estratti siano poi stati smistati e consegnati a S \_\_\_\_\_, la quale li ha regolarmente classati negli ordinatori dei clienti (cfr. doc. EE p. 3; dichiarazione 7 dicembre 2004 p. 4 nel plico doc. I° rich.; teste S \_\_\_\_\_ p. 5; di diverso parere: teste M \_\_\_\_\_ p. 2 seg.); che essa abbia in seguito provveduto ad allestire, questa volta su carta intestata dell'attrice, dei nuovi estratti all'indirizzo dei clienti, "epurati" delle operazioni contestate, che poi inseriva pure negli ordinatori, questa volta all'inizio del relativo classatore (cfr. doc. EE p. 3; dichiarazione 7 dicembre 2004 nel plico doc. I° rich.). Se a questo si aggiunge che a S \_\_\_\_\_ in alcune qualifiche era stata talora rimproverata una mancanza di ordine, di rigore e di attenzione (verbale 13 febbraio 2003 [C 42] p. 3 seg. nel plico doc. I° rich.), e che essa manteneva un tenore di vita, se non esagerato, quanto meno tale da destare l'attenzione dei colleghi (verbale 15 maggio 2002 di P \_\_\_\_\_ p. 8 nel plico doc. I° rich.; doc. C p. 21), ben si può concludere per l'assenza dei necessari controlli nei suoi confronti. A maggior ragione se si pensa che l'attrice, in quanto affiliata all'organo di autodisciplina della \_\_\_\_\_, sottostava a degli obblighi per vari controlli, ed in particolare il doppio controllo sulle operazioni, controlli da parte di membri della direzione su posta in entrata e in uscita, controlli in merito all'archiviazione dei documenti, controlli a campione su operazioni giudicate inusuali (teste M \_\_\_\_\_ p. 2). Se ciò non bastasse, ad ulteriore conferma della completa inefficacia dei controlli messi in atto, se esistenti, si osserva che la dipendente ha in definitiva potuto tranquillamente malversare in danno dell'attrice e/o di una decina di suoi clienti in circa 100 distinte occasioni nell'arco di tempo di ben 4 anni e 5 mesi, causando perdite ingentissime, di fr. 10'797'573.46 (doc. C p. 29), e che le malversazioni hanno preso fine non a seguito di un controllo dell'attrice, ma solo in quanto uno dei clienti si è lamentato per il fatto che gli era stato rifiutato dalla banca un ordine di bonifico (doc. C p. 24; verbale 17 dicembre 2002 di \_\_\_\_\_ [C 10] p. 4 nel plico doc. I°). 9.2 L'attrice, pur non contestando di per sé l'esistenza di una sua responsabilità ex art. 55 CO, ritiene che la controparte non potrebbe prevalersene, siccome l'eccezione di compensazione, da lei oltretutto sollevata per la prima volta, e quindi irrualmente (art. 78 CPC), solo in sede conclusionale, avrebbe dovuto essere proposta in via riconvenzionale e in quanto la pretesa della convenuta sarebbe prescritta. 9.2.1 È incontestato che nell'allegato responsivo la convenuta aveva postulato la reiezione della petizione addebitando tra l'altro all'attrice una colpa grave ed esclusiva per non aver a suo tempo controllato S \_\_\_\_\_. Di principio, non essendo - come detto (cfr. supra consid. 7) - confrontati con un'azione di risarcimento del danno ma con un'azione in adempimento del contratto, le regole sulla riduzione del risarcimento (art. 99 cpv. 3 e 44 cpv. 3 CO) non sono direttamente applicabili al caso di specie (DTF 112 II 450 consid. 4). Ciò non significa però che un'eventuale colpa del creditore sia priva di rilevanza, ritenuto che la stessa giustifica nondimeno di respingere o ridurre la pretesa attorea (DTF 111 II 263 consid. 1c e 2, 112 II 450 consid. 4; cfr. pure Hardegger, op. cit., ibidem, secondo cui la reiezione o la riduzione della pretesa deve in tal caso essere fatta valere in via di compensazione o in via riconvenzionale). Nel caso di specie, dal particolare tenore dell'allegato responsivo, ben si può ritenere che la reiezione rispettivamente la riduzione della pretesa attorea era effettivamente stata fatta valere in via di compensazione (così pure

in DTF 111 II 263), nonostante nell'allegato stesso quest'ultimo istituto non sia stato formalmente menzionato (l'eccezione può in effetti essere fatta valere per atti concludenti: Peter, Basler Kommentar, 3<sup>a</sup> ed., N. 4 ad art. 124 CO). In tali circostanze, l'assunto dell'attrice secondo cui l'eccezione di compensazione sarebbe stata evocata dalla convenuta per la prima volta solo con le conclusioni di causa non può essere condiviso. Per il resto, neppure è vero che la reiezione o la riduzione della pretesa debba essere fatta valere in via riconvenzionale (Hardegger, op. cit., ibidem; II CCA 28 marzo 1994 inc. n. 2454/2614): ciò costituisce una semplice facoltà (Peter, op. cit., ibidem).

9.2.2 Per l'attrice, la convenuta non potrebbe comunque opporre in compensazione la sua pretesa, quest'ultima essendo prescritta. La tesi dell'attrice è irricevibile, essendo stata adottata per la prima volta solo in sede d'appello (art. 321 cpv. 1 lett. b CPC), ritenuto che la relativa eccezione, non ravvisabile d'ufficio (art. 142 CO), avrebbe semmai dovuto essere sollevata nell'allegato di replica, in realtà non presentato. Si aggiunga che al momento dell'inoltro della risposta di causa, nel luglio 2005, la pretesa della convenuta non era affatto prescritta, atteso che il termine annuale di prescrizione (art. 60 CO) aveva iniziato a decorrere solo dall'inoltro della petizione o comunque dalla data della cessione (doc. A e B), ovvero dal marzo/aprile 2005. In effetti, sino ad allora, in assenza di qualsiasi contestazione da parte dei clienti, la convenuta poteva senz'altro ritenere che essi avessero accettato la perdita addebitata sui loro conti in forza delle clausole di ribaltamento del rischio pattuite contrattualmente, sicché essa non aveva di fatto subito alcun danno. Con la cessione all'attrice e l'inoltro della petizione, la situazione è invece radicalmente cambiata ed essa ha ora dovuto prendere atto che la perdita sarebbe in realtà rimasta a suo carico. Solo da quel momento essa è quindi venuta a conoscenza dell'esistenza di un danno a suo carico, per cui il termine annuale inizia per lei a decorrere solo da allora.

10. Ne discende la reiezione del gravame, senza che sia necessario esaminare se la convenuta poteva prevalersi dell'art. 2 delle condizioni generali che prevede la tacita approvazione delle operazioni non contestate dai clienti entro il termine di un mese (cfr. doc. 1), rispettivamente se il fatto che le due clienti nella procedura arbitrale promossa contro l'attrice avessero a suo tempo dichiarato di non vantare alcunché nei confronti della banca (cfr. memoire de replique 10 dicembre 2004 p. 11 segg. e 21 segg. nel plico doc. I°) faceva sì che nessuna pretesa creditoria potesse poi essere da loro ceduta. La tassa di giustizia, le spese e le ripetibili della procedura d'appello, calcolate su un valore litigioso di fr. 4'338'400.-, seguono la soccombenza (art. 148 CPC). Per i quali motivi, richiamati gli art. 148 CPC e la TG dichiara e pronuncia I. L'appello 4 febbraio 2008 di AP 1 è respinto. II. Le spese della procedura d'appello consistenti in: a) tassa di giustizia fr. 20'000.- b) spese fr. 50.- Totale fr. 20'050.- da anticiparsi dall'appellante, restano a suo carico con l'obbligo di rifondere alla parte appellata fr. 40'000.- per ripetibili. III. Intimazione: - - Comunicazione alla Pretura del Distretto di Lugano, sezione 1 Per la seconda Camera civile del Tribunale d'appello La presidente Il segretario 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)..