

TI_GERICHTE 12.2011.167 vom 26. Juni 2013

TI Tribunale d'appello, 2013-06-26, IT

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_12.2011.167

FR: TI_GERICHTE 12.2011.167 du 26 juin 2013

IT: TI_GERICHTE 12.2011.167 del 26 giugno 2013

Regeste

Gestione patrimoniale - responsabilità della banca - calcolo del danno - benchmark

Erwägungen

E. 1

Il 1° gennaio 2011 è entrato in vigore il nuovo codice di diritto processuale civile svizzero (CPC; RS 272). Ritenuto che la procedura innanzi al Pretore è stata avviata prima di quella data, la stessa, fino alla sua conclusione, resta disciplinata dal diritto cantonale previgente (art. 404 cpv. 1 CPC) e meglio dal codice di procedura civile ticinese (CPC/TI; RL 3.3.2.1). Non così invece la procedura ricorsuale in rassegna, che, avendo preso avvio a seguito di una decisione pretorile comunicata dopo quella data, è retta dalle nuove disposizioni federali (art. 405 cpv. 1 CPC).

E. 2

A questo stadio della lite è pacifico che tra le parti sia venuto in essere un contratto di gestione patrimoniale, retto dal diritto svizzero, e meglio dalle norme del mandato (art. 394 segg. CO). Il mandatario è così responsabile verso il mandante della buona e fedele esecuzione degli affari affidatigli (art. 398 cpv. 2 CO; DTF 131 III 377 consid. 4.1). La sua responsabilità sottostà, in generale, alle medesime regole di responsabilità del lavoratore nel rapporto di lavoro. Egli deve quindi eseguire diligentemente il compito e salvaguardare fedelmente gli interessi legittimi della controparte (art. 321a cpv. 1 CO). La diligenza necessaria si valuta più severamente allorché il mandatario fornisce servizi professionali contro remunerazione e accetta di determinare lui stesso gli investimenti che verranno effettuati con i fondi del mandante (DTF 124 III 155 consid. 3a, 119 II 333 consid. 5a).

E. 3

Nel caso di specie - come già accennato in precedenza - l'attrice ha principalmente rimproverato a M_____ e per esso alla convenuta quattro violazioni contrattuali, ed in particolare di aver illecitamente prelevato almeno fr. 1'200'000.- (se non fr. 1'350'000.-), di aver malversato un importo di Lit. 200'000'000 destinato a un "club di investitori" poi rivelatosi inesistente, di aver allestito dei "ricapitolativi" falsi che avevano indotto i suoi beneficiari economici ad effettuare prelevamenti "eccessivi" e di aver gestito il suo patrimonio in modo deficitario, al di sotto del benchmark conservativo che essa avrebbe dovuto assicurarle.

E. 3.1

A questo stadio della lite il rimprovero mosso alla convenuta di aver prelevato illecitamente, non disponendo cioè del necessario diritto di firma sul conto dell'attrice, un importo di almeno fr. 1'200'000.- (se non fr. 1'350'000.-), non è più problematico. A parte il

fatto che tutti i prelevamenti in questione erano comunque poi stati ratificati dai beneficiari economici o dagli stessi organi dell'attrice (cfr. doc. 3, 14 e 15, M184-M191; cfr. pure, a mo' di verifica, doc. 19 e 20), negli allegati preliminari l'attrice, pur avendo evocato il tema dei prelevamenti senza valida firma, si era poi limitata sul tema a fare riferimento alla perizia di parte dell'esperto contabile _____ (doc. S) - ammettendo anzi in replica, p. 8, 10, 15 e 17, le posizioni "uscite riconosciute" contenenti anche quelle posizioni (da lui indicate in fr. 3'517'543.-) - il quale non aveva però ritenuto di contestare quelle somme, ma di mettere in dubbio per quel motivo solo un importo di circa fr. 277'000.- addebitato verso il conto _____. Tale contestazione è stata in seguito risolta dal Pretore con il riconoscimento della legittimità dello storno di parte dell'addebito verso quel conto e meglio per l'importo di fr. 247'609.15 (di cui fr. 164'000.- nel 1998, fr. 83'500.- nel 1999 e fr. 109.15 nel 2001). E in questa sede nessuna delle parti ha ritenuto di censurare quella sua conclusione (per la convenuta, cfr. appello p. 19, anche se poi nel suo calcolo, a p. 24 seg., sembra aver ammesso un importo di soli fr. 247'500.-; per l'attrice, cfr. osservazioni p. 11), di cui dunque si dovrà tener conto nel prosieguo di questo esposto.

E. 3.2

Il rimprovero mosso alla convenuta di aver malversato un importo di Lit. 200'000'000 destinato ad un "club di investitori" poi rivelatosi inesistente è a sua volta privo di rilevanza in questa sede. Quella malversazione era in effetti avvenuta, con due versamenti in contanti di Lit. 100'000'000, nel 1990 (cfr. doc. U). Senonché negli allegati preliminari l'attrice, facendo propria la già menzionata ricostruzione dell'esperto contabile _____ (doc. S e T), aveva unicamente preteso, oltre ad altre posizioni di danno che qui non interessano, il rimborso della differenza di performance di gestione dal 1° gennaio 1992 al 31 dicembre 2001, poi aggiornata al 31 dicembre 2004 (e meglio la differenza tra la performance ipotetica e quella effettiva risultante dai dati contabili): in tal modo essa non ha pertanto chiesto la rifusione delle somme malversate in precedenza, nel 1990, che in effetti non erano mai state contabilizzate nel suo conto e tanto meno erano comprese nell'importo di fr. 3'027'181.-, sostanzialmente corrispondente al dato contabile a quella stessa data (di fr. 3'031'016.-, cfr. perizia allegato 9), indicato dall'esperto contabile _____ quale punto di partenza, al 31 dicembre 1991, per la sua ricostruzione (doc. S). Ma se anche così non fosse e per ipotesi si volesse ammettere che la pretesa attorea era effettivamente oggetto della causa, al riconoscimento della stessa, sorta in valuta estera ma quantificata in causa in valuta svizzera, avrebbe in ogni caso ostato l'art. 84 cpv. 2 CO (DTF 134 III 151 consid. 2.4; TF 27 marzo 2009 4A_230/2008 consid. 5.3.1, 6 ottobre 2010 4A_218/2010 consid. 5.1 in: RtiD I-2011 25c p. 677). E comunque l'attrice non ha chiesto che il giudizio pretorile, che non aveva a suo tempo ammesso quella pretesa, dovesse ora essere riformato nel senso del suo riconoscimento.

E. 3.3

L'attrice ha in seguito rimproverato alla convenuta di aver allestito dei "ricapitolativi" falsi (doc. 3), che avevano indotto i suoi beneficiari economici ad effettuare prelevamenti "eccessivi", di cui ha preteso il rimborso. La questione è ancora una volta priva di rilevanza in questa sede. Pacifico da una parte che l'allestimento dei "ricapitolativi" falsi costituisca un atto illecito e incontestabile dall'altra che lo stesso possa in linea teorica aver causato un danno ai beneficiari economici nella misura in cui essi potevano essere stati in tal modo indotti a prelevare dal conto più di quanto avrebbero dovuto, resta però il fatto che l'attrice, oltre a non aver dimostrato che i beneficiari avrebbero voluto prelevare solo il reddito senza

scalfire il patrimonio, nemmeno ha allegato a quanto ammontassero questi eventuali prelevamenti “eccessivi”, ovvero quelli eccedenti il solo reddito conseguito, né soprattutto lo ha provato, nulla potendosi evincere in tal senso né dalla perizia di parte dell’esperto contabile _____ (doc. S), né dalla perizia giudiziaria, ove non è stato fatto un raffronto tra i prelevamenti per così dire “ammissibili” e quelli “eccessivi”. Del resto, nella più volte menzionata perizia di parte dell’esperto contabile _____ (doc. S), sulla base della quale l’attrice ha poi formulato le sue pretese di causa, tutti i prelevamenti effettuati dal conto erano stati considerati leciti, tranne quelli - di cui già si è detto in precedenza (cfr. supra consid. 3.1) - verso il conto _____ e soprattutto non vi era stata alcuna richiesta creditoria per questi presunti prelevamenti “eccessivi”.

E. 3.4

La violazione contrattuale più importante rimproverata alla convenuta, e soprattutto dalle conseguenze più rilevanti, è in definitiva quella di aver gestito il patrimonio dell’attrice in modo deficitario, al di sotto del benchmark conservativo che essa avrebbe dovuto assicurarle. Il tema necessita dunque di essere esaminato in modo approfondito. Qui di seguito, dopo aver riassunto i principi giuridici che disciplinano la questione (consid. 3.4.1), si procederà pertanto a passare in rassegna le singole censure sollevate dalle parti, e meglio quella di carente allegazione della violazione contrattuale rispettivamente delle circostanze che ne starebbero alla base (consid. 3.4.2), quella inerente il benchmark applicabile (consid. 3.4.3 e 3.4.4), quella relativa alla prescrizione, all’inizio del calcolo del pregiudizio ed alla modalità di aggiornamento del danno con effetto al 31 dicembre 2004 (consid. 3.4.5, 3.4.6 e 3.4.7), per poi terminare, dopo aver trattato la problematica relativa alle commissioni di gestione (consid. 3.4.8), il tema dell’accredito dei fr. 400'000.- dal conto _____ (consid. 3.4.9) e la questione dell’eventuale concolpa imputabile alla convenuta (consid. 3.4.10), con la ricostruzione del saldo effettivamente dovuto all’attrice (consid. 3.4.11).

E. 3.4.1

In caso di gestione patrimoniale in urto con la linea scelta dal cliente, il pregiudizio deve di principio essere calcolato tenendo conto del risultato che sarebbe stato ottenuto da un gestore medio, facente prova di diligenza (Lombardini , Droit bancaire suisse, 2^a ed., p. 818 n. 63). Il confronto deve avvenire sulla base di una gestione simile a quella voluta dal cliente, ma non eseguita dalla banca (e meglio, secondo la giurisprudenza del Tribunale federale, confrontando il risultato del portafoglio amministrato in violazione del mandato con quello di un portafoglio ipotetico della medesima ampiezza gestito durante il medesimo periodo conformemente alle istruzioni del contratto, cfr. TF 15 gennaio 2008 4A_351/2007 consid. 3.2.2, 30 novembre 2006 4C.295/2006 consid. 5.2.2, 10 novembre 2006 4C.158/2006 consid. 4.3 e 4.4, 3 dicembre 2004 4C.18/2004 consid. 2; II CCA 24 agosto 2009 inc. n. 12.2008.122), ritenuto che in tal caso il cliente deve essere molto preciso nell’indicare gli atti di gestione che avrebbero dovuto essere fatti e che invece sono stati omessi (Lombardini , op. cit., p. 818 n. 65; cfr. pure Schaller , Der perfekte Vermögensverwaltungsvertrag, in: AJP 2012 p. 62). Di fronte a portafogli ben diversificati e costituiti tenendo presente un certo indice di referenza (benchmark), il compito del cliente è più facile, la performance della banca potendo essere direttamente paragonata a quella dell’indice: nella misura in cui la divergenza tra il portafoglio detenuto e la composizione dell’indice assurga ad una violazione degli obblighi di diligenza, basterà così indicare tale discrepanza per poter calcolare il danno (Lombardini , op. cit., p. 807 n. 23 e p. 819 n. 67).

E. 3.4.2

Contrariamente a quanto ritenuto dalla convenuta, non è innanzitutto vero che negli allegati preliminari non le sarebbe mai stato formulato alcun rimprovero di mala gestione, l'attrice avendo al contrario sollevato tale tesi a diverse riprese in petizione (specialmente - come si vedrà - a p. 6; ma anche, sia pure in modo più generico e sfumato, a p. 10, 11, 12 e 14). La stessa convenuta aveva del resto preso atto dell'esistenza di un tale rimprovero in sede di risposta (p. 14) e di duplica (p. 15). Tutt'altra questione, pure eccepita in questa sede dalla convenuta, è quella di sapere se le allegazioni alla base di questa violazione contrattuale fossero sufficienti per ammettere un obbligo di risarcimento del danno in base alla giurisprudenza. Il quesito dev'essere risolto affermativamente. A sostegno della domanda di risarcimento per la mala gestione a suo danno, l'attrice, negli allegati preliminari, aveva in effetti evidenziato, sia pure in modo succinto, che la convenuta dal 1992 al 2002, rispettivamente al 2004, aveva conseguito un "posizionamento reale del portafoglio della AO 1 ... al di sotto del c.d. benchmark" - da lei poi individuato nell'indice PICTET LPP-93 (cfr. petizione p. 8 e 14) -, "che la banca avrebbe dovuto assicurare, tramite una gestione conservativa" sin dall'inizio ben conosciuta dalla controparte (cfr. petizione p. 5 e replica p. 4), rispettivamente "in forza della tipologia della cliente e del mandato di amministrazione ricevuto" (petizione p. 6). In tal modo essa ha chiaramente lasciato intendere di contestare la gestione effettuata sul suo conto in quel periodo nella misura in cui quest'ultima aveva permesso di ottenere una performance al di sotto di quanto un gestore medio avrebbe potuto e dovuto conseguire nelle medesime circostanze. Tanto basta per ritenere ossequiato il suo onere di allegazione sul tema.

E. 3.4.3

Secondo il Pretore, con un giudizio censurato in questa sede dalla convenuta, l'attrice avrebbe diritto al risarcimento della differenza di performance di gestione già per il fatto che la controparte nei doc. M129 e 12 avrebbe pacificamente ammesso che in data 17 maggio 2002 rispetto al saldo contabile vi era una differenza pari a fr. 3'402'257.-, poi aggiornata al 31 dicembre 2004 a fr. 3'005'418.10. La censura della convenuta è fondata. Le parti erano in effetti concordi che la dichiarazione vincolante di cui al doc. M129, firmata per la banca da M_____ e dal vicedirettore _____ ed attestante al 27 settembre 2001 un patrimonio di € 2'944'717.-, pari ad un importo di fr. 4'349'641.50, era in realtà falsa (per l'attrice, cfr. petizione p. 8 seg. e 18, conclusioni p. 33 e osservazioni p. 6; per la convenuta, cfr. risposta p. 8, duplica p. 10). Quanto alla presunta ammissione della convenuta, nel rapporto interno di cui al doc. 12, del fatto che il conto presentava al 17 maggio 2002 una differenza di € 2'314'461.- (€ 2'944'717.- ./ € 630'256.-), pari a fr. 3'402'257.-, la stessa non è in realtà tale: nonostante a quel momento, a pochi giorni cioè dal suicidio di M_____ e senza che fossero ancora stati chiariti i motivi di questa differenza, i funzionari della succursale avessero preavvisato internamente in modo favorevole quella differenza, con quello scritto essi si erano in effetti limitati, al fine di ridurre il danno della cliente e di evitare l'inoltro di una denuncia penale a loro carico, a chiedere alla sede centrale l'autorizzazione a fornire alla cliente una conferma del saldo così rettificato, autorizzazione che però non risulta mai essere stata fornita (cfr. pure teste _____ p. 9 e 11).

E. 3.4.4

Escluso con ciò che l'attrice possa pretendere il risarcimento della differenza di performance di gestione adducendo che la convenuta avrebbe ammesso l'ammontare dei

saldi, si tratta di esaminare se un tale risarcimento possa esserle riconosciuto per il fatto che la controparte non aveva raggiunto la redditività riferita ad un particolare benchmark e, se del caso, quale. Ora, nel caso di specie è pacifico (cfr. replica p. 4) che i mandati di amministrazione e di gestione stipulati tra le parti (doc. M32, poi sostituito dal doc. M42) non menzionavano alcunché in merito al profilo degli investimenti rispettivamente al rischio a carico del cliente. In questa sede la convenuta, confermando quanto già ritenuto dal Pretore, ha tuttavia ammesso (appello p. 2) che l'attrice le aveva a suo tempo conferito un mandato di gestione con profilo conservativo. Atteso poi che lo statuto dell'attrice, a suo tempo depositato in banca (circostanza evocata a p. 5 della petizione, non contestata in risposta e con ciò ammessa dalla convenuta, art. 170 cpv. 2 CPC/TI), prevedeva una gestione con scienza e coscienza e con la diligenza di un normale commerciante (doc. F art. 12 cpv. 2: "Er verwaltet das Stiftungsvermögen nach bestem Wissen und Gewissen und mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes im Rahmen der Richtlinien der Statuten und allfälliger Beistatuten und Reglemente"), appare così evidente che la convenuta era tenuta ad effettuare una gestione conservativa ed oculata. Quale fosse la gestione oculata e conservativa esigibile dalla convenuta nelle particolari circostanze lo ha poi chiarito il perito giudiziario, il quale ha ritenuto consono alla stessa quella risultante da un investimento in obbligazioni della Confederazione (perizia p. 18 seg., complemento peritale p.

E. 3.4.5

La convenuta ribadisce in seguito la tesi secondo cui le pretese derivanti dalle differenze sulla performance di gestione precedenti al 9 marzo 1995, ossia 10 anni prima dell'inoltro della petizione, primo atto interruttivo della prescrizione, sarebbero prescritte nella misura in cui si riferivano al cattivo adempimento del mandato. La censura è infondata. Nel querelato giudizio il Pretore, riferendosi alle sentenze pubblicate in DTF 91 II 442 e 133 III 37, ha ricordato che il termine decennale di prescrizione del diritto di ottenere la restituzione degli averi depositati su di un conto comincia a decorrere solo dal momento in cui le relazioni contrattuali tra le parti prendono fine, ciò che in concreto non era ancora avvenuto. Ora, in quelle decisioni il Tribunale federale aveva avuto modo di stabilire che poco importava se in precedenza la banca si fosse appropriata indebitamente di quel denaro oppure se se ne fosse spossessata contro la sua volontà, determinante essendo il suo obbligo di riconsegnare alla fine del contratto (DTF 91 II 442 consid. 5c e 133 III 37 consid. 3.2). In una recente decisione l'Alta Corte ha precisato questa giurisprudenza, equiparando il danno derivante dalla mancata restituzione a quello derivante dalla mala gestione e che aveva avuto per effetto di diminuire illecitamente il patrimonio che doveva essere restituito (TF 24 febbraio 2012 5A_30/2009 consid. 4.4.2). Non essendovi dunque motivo di trattare diversamente quei due pregiudizi, nel caso di specie, visto che il mandato di gestione tra le parti non è stato ancora disdetto, le pretese risarcitorie dell'attrice non sono così prescritte.

E. 3.4.6

In questa sede la convenuta non spiega di per sé per quale motivo sarebbe errato e con ciò da riformare l'assunto pretorile secondo cui il calcolo del danno doveva essere fatto già dal 1° gennaio 1992. Essa si limita più che altro ad evidenziare che, qualora in causa fossero stati censurati solo gli addebiti verso il conto _____, il calcolo avrebbe dovuto essere fatto dal 4 dicembre 1995 (data del bonifico di fr. 29'500.-, non stornato dal Pretore) o addirittura dal 31 marzo 1998 (date degli altri addebiti poi oggetto dello storno, cfr. supra consid. 3.1). Quell'ipotesi non essendosi in realtà verificata, dato che - come detto (cfr.

supra consid. 3.4.2) - alla convenuta era pure stata rimproverata una mala gestione, non vi è ragione per modificare la data di decorrenza per il calcolo del 1° gennaio 1992. Il Pretore non si è per altro accorto che la decorrenza dal 1° gennaio 1992 del calcolo del danno per carente performance avrebbe dovuto comportare una riduzione di circa fr. 800'000.- (già solo per il capitale, cioè senza gli interessi) delle spettanze da lui riconosciute all'attrice. I dati risultanti dal doc. M129 (al 27 settembre 2001) e dal doc. 12 (al 17 maggio 2002), da lui ritenuti vincolanti, corrispondevano in effetti sostanzialmente, come ammesso dalla stessa attrice (conclusioni p. 6), a quelli di cui ai "ricapitolativi" del plico doc. 3 (cfr. doc. 3.99 e doc. 3.106, 11.1 e II). Sennonché, i dati di quel plico indicavano che al 31 dicembre 1991, data d'inizio del calcolo, il patrimonio dell'attrice avrebbe dovuto essere già di fr. 3'830'000.- (doc. 3.9), quando invece il dato contabile corretto, per altro fatto sostanzialmente proprio anche dal perito di parte attrice, era in realtà di fr. 3'031'016.- (cfr. perizia p. 13 e allegato 9) rispettivamente di fr. 3'027'181.- (doc. S). Detto altrimenti, riconoscendo all'attrice gli importi di cui ai doc. M129 e 12, il Pretore, contrariamente a quanto da lui stesso sostenuto e soprattutto da quanto preteso dalla stessa attrice, non ha calcolato il suo pregiudizio dal 1° gennaio 1992, ma di fatto già a far tempo dal 1° gennaio 1991 o addirittura dal 1° gennaio 1990 (cfr. doc. 3.1), quando una mala gestione in quei due anni nemmeno era stata allegata, né per la stessa era stato preteso un risarcimento. Il medesimo "errore concettuale" è stato per altro fatto anche dal perito giudiziario, il quale nelle sue varie ricostruzioni è sempre partito dal presupposto che al 31 dicembre 1991 il patrimonio dell'attrice fosse già di fr. 3'830'000.- (cfr. perizia allegati 8.3 e, soprattutto, 8.2). Di tale circostanza bisognerà tener conto in occasione del calcolo della ricostruzione finale del conto.

E. 3.4.7

La convenuta contesta poi il giudizio con cui il Pretore, per il periodo dal 1° gennaio 2002 al 31 dicembre 2004, aveva optato per un adeguamento del saldo al 31 dicembre 2001 secondo l'indice PICTET LPP-93. La censura deve essere disattesa. In realtà, nonostante quanto da lui affermato in sentenza, il Pretore non ha in effetti provveduto ad un aggiornamento in base all'indice PICTET LPP-93, correttivo questo che per altro nemmeno era stato proposto dall'attrice negli allegati preliminari, bensì, come da lei meglio precisato nelle sue conclusioni (p. 27), secondo i rendimenti previsti dal mercato obbligazionario svizzero per la banche commerciali (cfr. complemento peritale allegato 1) anziché quelli previsti dal mercato obbligazionario esterno proposti dall'attrice negli allegati preliminari con riferimento al doc. T. In tali circostanze non si vede proprio come la convenuta possa ora lamentare una carenza di allegazione sul tema da parte dell'attrice.

E. 3.4.8

Il giudizio pretorile in merito alle commissioni di gestione che sarebbero state esposte durante 12 anni qualora fosse stata pattuita una gestione secondo un determinato benchmark è assai stringato, il primo giudice, dopo aver evidenziato che gli accordi contrattuali non precisavano l'entità della commissione annuale per cui doveva fare stato il minimo di fr. 250.- annui (doc. M42), essendosi limitato a confermare la correttezza dell'importo di fr. 2'390.- annui proposto dal perito giudiziario (perizia p. 26). In questa sede la convenuta chiede di aumentare ad almeno lo 0.5% annuo dell'importo investito la commissione a lei dovuta, mentre l'attrice ritiene di dovere alla controparte solo l'importo annuo minimo di fr. 250.-. La censura dell'attrice merita di essere accolta. Nel suo giudizio il Pretore, facendo proprio l'assunto del perito giudiziario (perizia p. 22 seg. e 27), ha in sostanza preso atto

che i contratti tra le parti, nella loro ultima versione (doc. M42), prevedevano una trattenuta annuale dello 0.5% della somma depositata (minimo fr. 250.-) per l'esecuzione del mandato permanente per depositi fiduciari all'estero, una commissione annua di fr. 250.- per l'esecuzione del mandato di amministrazione e una tassa annuale di fr. 140.- per la locazione della cassetta di sicurezza, di modo che, visto che in depositi fiduciari all'estero erano stati mediamente investiti fr. 375'000.- con una relativa commissione di circa fr. 2'000.-, si otteneva per l'appunto un importo annuale complessivo di fr. 2'390.-. L'attuale proposta della convenuta di applicare l'accordo precedente che stabiliva una commissione di gestione dello 0.5% (doc. M32) non considera il fatto che in seguito lo stesso era stato sostituito dall'accordo che prevedeva solo una commissione minima di fr. 250.- annui. Quella dell'attrice tiene invece correttamente conto che la gestione conservativa e oculata che avrebbe dovuto esserle garantita, e meglio quella con investimenti in obbligazioni della Confederazione, poteva essere ottenuta senza investimenti fiduciari e senza far capo alla cassetta di sicurezza.

E. 3.4.9

Nel querelato giudizio il Pretore ha ampiamente esposto, in oltre una pagina e mezza, le ragioni che lo avevano indotto a ritenere ingiustificato, e con ciò a stornare, l'accredito di fr. 400'000.- effettuato nel 2000 dal conto _____, rilevando in sostanza, sulla base della perizia giudiziaria, che tra l'attrice ed il titolare di quel conto non vi era alcun legame di parentela o una qualsiasi altra relazione, rispettivamente che dalla documentazione bancaria non erano emersi segnali o indicazioni che permettessero di stabilire con certezza che l'accredito rappresentava un parziale rientro dei fondi oggetto della malversazione di Lit. 200'000'000. In questa sede l'attrice si è limitata a ribadire di aver a suo tempo ritenuto che quell'accredito costituiva in realtà il parziale indennizzo della gestione effettuata con i Lit. 200'000'000 malversati a suo tempo da M _____ . La sua censura dev'essere disattesa. Oltre a non essersi confrontata con l'assunto pretorile secondo cui quella tesi era stata smentita dalla perizia giudiziaria, dal che la sua irricevibilità per carenza di una sufficiente motivazione (art. 311 cpv. 1 CPC), essa non ha in effetti addotto alcuna prova a sostegno della sua diversa tesi, rimasta con ciò non provata.

E. 3.4.10

La convenuta ritiene infine che alla controparte dovesse essere ascritta un'importante concolpa per non aver a suo tempo verificato la corrispondenza, speditale almeno fino ad inizio 1995, e in seguito trattenuta in banca, ed essersi fidata sui "ricapitolativi" allestiti su carta bianca. A torto. La giurisprudenza ha in effetti già avuto modo di stabilire che le clausole - come nella fattispecie quella contenuta nelle condizioni generali della convenuta (doc. M34 e M42) - che istituiscono la tacita accettazione da parte del cliente in caso di mancata o tardiva reazione, pur essendo di per sé lecite, possono eccezionalmente essere ritenute inefficaci, qualora la banca sia consapevole che il cliente non sia stato informato in modo adeguato sul fatto che essa non aveva seguito le sue istruzioni, ovvero che il silenzio del cliente non andava considerato come un'accettazione (TF 4 agosto 2006 4C.175/2006 consid. 2.1), rispettivamente qualora la finzione dell'accettazione conduca a un risultato iniquo o contrario al senso di giustizia, ciò che in particolare avviene qualora la banca abbia agito intenzionalmente o con grave negligenza a detrimento del cliente (cfr., in generale, Lombardini, op. cit., p. 351 n. 104; Mazzucchelli, Il contratto di mandato nel diritto bancario, in: AAVV, Il contratto di mandato nell'ordinamento giuridico, p. 75 seg.; TF 31 agosto 2010 4A_482/2009 consid. 3.3.1; NRCP 2003 p. 255; II CCA 21 settembre 2012

inc. n. 12.2010.100). Nel caso di specie la convenuta non può prevalersi della mancata tempestiva contestazione della corrispondenza, che pure era stata trasmessa all'attrice e meglio ai suoi organi formali ma non ai suoi beneficiari economici fino ad inizio 1995, alla stessa potendo essere imputato da una parte l'agire gravemente illecito di M _____ che in quanto direttore della succursale era anche da un punto di vista funzionale un organo della convenuta (II CCA 26 aprile 1993 inc. n. 97/92, 7 novembre 2001 inc. n. 12.2001.54, 16 giugno 2006 inc. n. 10.2004.8; cfr. DTF 97 I 596 consid. 4a, 104 II 190 consid. 3b, 105 II 289 consid. 3-5), rispettivamente la conoscenza, tramite quest'ultimo, del fatto che quanto veniva comunicato ai beneficiari economici dell'attrice con i "ricapitolativi" non corrispondeva a ciò che veniva invece trasmesso ai suoi organi formali, con la conseguenza che il suo silenzio non poteva valere quale tacita accettazione. La convenuta non ha del resto mai preteso che gli organi formali dell'attrice avrebbero potuto accorgersi delle violazioni contrattuali commesse già tramite una semplice lettura degli estratti conto (da cui risultava pur sempre al 31 dicembre 1994 un saldo di fr. 2'565'309.-, cfr. perizia allegato 9) che venivano loro inviati e che in tal modo le stesse erano da loro conosciute e comunque riconoscibili (cfr. Lombardini, op. cit., p. 822 n. 76). Quanto al rimprovero mosso all'attrice di essersi fidata sui "ricapitolativi" allestiti su carta bianca, lo stesso, visto per altro che la pratica era molto diffusa per i clienti stranieri nel periodo che qui interessa (cfr. doc. S, teste _____ p. 3), non è tale da comportare una concolpa della cliente, trattandosi per l'appunto di una modalità operativa adottata per ingannarla.

E. 3.4.11

In considerazione di quanto si è detto, il conto dell'attrice può pertanto essere ricostruito (con arrotondamenti al franco inferiore) nei seguenti termini: al 31 dicembre 1992: fr. 3'031'016.- saldo iniziale al 1° gennaio (perizia p. 13 e allegato 9) fr. 191'560.- rendimento 6.32% (perizia allegato 8.2) ./ fr. 191'739.- uscite (perizia allegati 4 [p. 2] e 6.2) ./ fr. 250.- commissione di gestione fr. 3'030'587.- saldo al 31 dicembre al 31 dicembre 1993: fr. 3'030'587.- saldo iniziale al 1° gennaio fr. 190'926.- rendimento 6.30% (perizia allegato 8.2) ./ fr. 298'301.- uscite (perizia allegati 4 [p. 2] e 6.2) ./ fr. 250.- commissione di gestione fr. 2'922'962.- saldo al 31 dicembre al 31 dicembre 1994: fr. 2'922'962.- saldo iniziale al 1° gennaio fr. 169'531.- rendimento 5.80% (perizia allegato 8.2) ./ fr. 230'565.- uscite (perizia allegati 4 [p. 2] e 6.2) fr. 3'184.- entrate (perizia allegati 4 e 6.2) ./ fr. 250.- commissione di gestione fr. 2'864'862.- saldo al 31 dicembre al 31 dicembre 1995: fr. 2'864'862.- saldo iniziale al 1° gennaio fr. 166'161.- rendimento 5.80% (perizia allegato 8.2) ./ fr. 224'877.- uscite (perizia allegato 6.2) ./ fr. 250.- commissione di gestione fr. 2'805'896.- saldo al 31 dicembre al 31 dicembre 1996: fr. 2'805'896.- saldo iniziale al 1° gennaio fr. 157'971.- rendimento 5.63% (perizia allegato 8.2) ./ fr. 276'544.- uscite (perizia allegato 6.2) ./ fr. 250.- commissione di gestione fr. 2'687'073.- saldo al 31 dicembre al 31 dicembre 1997: fr. 2'687'073.- saldo iniziale al 1° gennaio fr. 129'785.- rendimento 4.83% (perizia allegato 8.2) ./ fr. 458'794.- uscite (perizia allegato 6.2) ./ fr. 250.- commissione di gestione fr. 2'357'814.- saldo al 31 dicembre al 31 dicembre 1998: fr. 2'357'814.- saldo iniziale al 1° gennaio fr. 110'817.- rendimento 4.70% (perizia allegato 8.2) ./ fr. 490'603.- uscite (perizia allegato 6.2) fr. 164'000.- storno uscita (consid. 3.1) ./ fr. 250.- commissione di gestione fr. 2'141'778.- saldo al 31 dicembre

al 31 dicembre 1999: fr. 2'141'778.- saldo iniziale al 1° gennaio fr. 106'874.-
 rendimento 4.99% (perizia allegato 8.2) ./ fr. 330'342.- uscite (perizia allegato 6.2)
 fr. 83'500.- storno uscita (consid. 3.1) ./ fr. 250.- commissione di
 gestione fr. 2'001'560.- saldo al 31 dicembre al 31 dicembre 2000: fr.
 2'001'560.- saldo iniziale al 1° gennaio fr. 102'680.- rendimento 5.13%
 (perizia allegato 8.2) ./ fr. 749'811.- uscite (perizia allegato 6.2) fr.
 400'000.- entrate (perizia allegati 4 e 6.2) ./ fr. 400'000.- storno entrata
 (consid. 3.4.9) ./ fr. 250.- commissione di gestione fr. 1'354'179.- saldo al
 31 dicembre al 31 dicembre 2001: fr. 1'354'179.- saldo iniziale al 1° gennaio fr.
 73'261.- rendimento 5.41% (perizia allegato 8.2) ./ fr. 282'881.- uscite
 (perizia allegato 6.2) fr. 445'000.- entrate (perizia allegati 4 e 6.2) fr.
 109.- storno uscita (consid. 3.1) ./ fr. 250.- commissione di gestione fr.
 1'589'418.- saldo al 31 dicembre al 31 dicembre 2002: fr. 1'589'418.- saldo
 iniziale al 1° gennaio fr. 53'944.- rendimento 3.394%
 (complemento peritale allegato 1) ./ fr. 12'917.- uscite
 in fr. (conclusioni attrice p. 27, doc. T) ./ fr. 236'614.-
 uscite in € (conclusioni attrice p. 27, cfr. doc. T) ./ fr. 250.- commissione di
 gestione fr. 1'393'581.- saldo al 31 dicembre al 31 dicembre 2003: fr.
 1'393'581.- saldo iniziale al 1° gennaio fr.
 36'553.- rendimento 2.623% (complemento peritale
 allegato 1) ./ fr. 13'260.- uscite in fr. (conclusioni
 attrice p. 27, doc. T) ./ fr. 19'404.- uscite in €
 (conclusioni attrice p. 27, cfr. doc. T) ./ fr. 250.- commissione di gestione fr.
 1'397'220.- saldo al 31 dicembre al 31 dicembre 2004: fr. 1'397'220.- saldo
 iniziale al 1° gennaio fr. 36'453.- rendimento 2.609%
 (complemento peritale allegato 1) ./ fr. 365'216.- uscite
 in fr. (conclusioni attrice p. 27, doc. T) ./ fr. 37'277.-
 uscite in € (conclusioni attrice p. 27, cfr. doc. T) ./ fr. 250.- commissione di
 gestione fr. 1'030'930.- saldo al 31 dicembre ritenuto che al 31 dicembre 2004 risulta
 così esservi un saldo a favore dell'attrice di fr. 1'030'930.-, a fronte di un saldo contabile di
 fr. 223'090.- (cfr. doc. M97, perizia allegato 9), con una differenza di fr. 807'840.-.

E. 4

Con le osservazioni all'appello l'attrice chiede altresì che le sia attribuito un ulteriore importo di fr. 138'900.- per il fatto che la convenuta, nonostante il saldo contabile al 31 dicembre 2004 ammontasse a fr. 223'090.- (doc. M97, perizia allegato 9), le aveva comunicato di ammettere un saldo di soli fr. 84'190.- (doc. 10; risposta p. 11 e 14, duplica p. 10). Chiaramente infondato l'assunto pretorile - invero poco comprensibile - secondo cui l'attrice poteva evidentemente ritirare quei suoi fr. 223'090.- ma non poteva pretendere che la convenuta ne versasse di suoi in suo favore, la richiesta dell'attrice è senz'altro fondata. L'istruttoria ha in effetti dimostrato che il saldo contabile al 31 dicembre 2004, di fr. 223'090.-, era dovuto (ed anzi doveva essere aumentato ad un importo di fr. 1'030'930.- cfr. supra consid. 3.4.11), così che la convenuta, avendo impedito all'attrice di prelevare ogni importo eccedente i fr. 84'190.-, le aveva in definitiva rifiutato, a torto, la rifusione di somme in realtà di sua spettanza, proprio in ragione di fr. 138'900.-.

E. 5

Resta ancora da esaminare se all'attrice, come ritenuto dal Pretore e contestato in questa sede dalla convenuta, possa essere riconosciuto anche il risarcimento dell'imposta liberatoria derivante dallo "scudo fiscale" di fr. 108'329.- e i 9/10 della nota professionale del _____ di fr. 11'201.-. Non è così. È in effetti a ragione che la convenuta contesta di essere ora tenuta a rifondere queste somme, e ciò - a prescindere dal buon fondamento o meno delle altre ragioni esposte nell'appello - già solo per il fatto che le pretese relative alle stesse, pacificamente sorte in valuta straniera (in €, cfr. doc. CC e UU), in violazione dell'art. 84 cpv. 2 CO erano state azionate in franchi svizzeri anziché nella valuta straniera (DTF 134 III 151 consid. 2.4; TF 27 marzo 2009 4A_230/2008 consid. 5.3.1, 6 ottobre 2010 4A_218/2010 consid. 5.1 in: RtiD I-2011 25c p. 677). Oltretutto, per quanto riguarda la nota professionale del _____, non è in realtà stato provato che la stessa, per i 9/10 riconosciuti dal Pretore, si riferisse alla pratica qui in esame.

E. 6

Riassumendo tutto quanto si è detto, si ha che l'attrice può in definitiva pretendere dalla convenuta il pagamento di fr. 946'740.- (fr. 807'840.- differenza tra il saldo effettivo e quello contabile + fr. 138'900.- differenza tra il saldo contabile e quello inferiore riconosciuto a suo tempo dalla convenuta) oltre interessi al 5% dal 31 dicembre 2004.

E. 7

L'appello deve pertanto essere parzialmente accolto nel senso che la petizione può essere ammessa solo in questa misura. Gli oneri processuali e le ripetibili di entrambe le sedi seguono la rispettiva soccombenza delle parti (art. 148 CPC/TI e 106 CPC), ritenuto che per il giudizio in questa sede si è tenuto conto di un valore litigioso di fr. 2'943'877.25. Per i quali motivi, richiamati l'art. 106 CPC e la TG, decide: I. L'appello 14 settembre 2011 di AP 1 è parzialmente accolto. Di conseguenza la sentenza 27 luglio 2011 della Pretura del Distretto di Lugano, sezione 1, è così riformata: 1. La petizione è parzialmente accolta e di conseguenza AP 1, _____, è condannata a versare a AO 1, _____, l'importo di fr. 946'740.- oltre interessi al 5% dal 31 dicembre 2004. 2. La tassa di giustizia di fr. 20'000.- e le spese, da anticipare così come anticipate, sono poste a carico dell'attrice per il 71.6% e della convenuta per il 28.4%. L'attrice rifonderà alla convenuta fr. 65'884.25 a titolo di ripetibili. 3. La cauzione processuale di fr. 129'281.- depositata dall'attrice verrà liberata, una volta cresciuta in giudicato la presente decisione e pagate le ripetibili alla parte convenuta. II. Gli oneri processuali di complessivi fr. 20'000.- restano a carico dell'appellante per 1/3 e per 2/3 sono a carico dell'appellata, che rifonderà alla controparte fr. 15'000.- per ripetibili di appello. III. Notificazione: - - Comunicazione alla Pretura del Distretto di Lugano, sezione 1 Per la seconda Camera civile del Tribunale d'appello La presidente
Il vicecancelliere Rimedi giuridici Nelle cause a carattere pecuniario con un valore litigioso superiore a fr. 30'000.- è dato ricorso in materia civile al Tribunale federale, 1000 Losanna 14, entro 30 giorni dalla notificazione del testo integrale della decisione (art. 74 cpv. 1 e 100 cpv. 1 LTF).

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