

TI_GERICHTE 12.2013.133 vom 3. Juni 2015

TI Tribunale d'appello, 2015-06-03, IT

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_12.2013.133

FR: TI_GERICHTE 12.2013.133 du 3 juin 2015

IT: TI_GERICHTE 12.2013.133 del 3 giugno 2015

Regeste

Banca - responsabilità per gestore esterno - malversazioni (ordini falsi del cliente) a favore del gestore esterno - restituzione delle retrocessioni - prescrizione

Erwägungen

E. 1

Il 18 ottobre 1996 e il 10 gennaio 1997 AO 1, cittadina _____ allora residente in _____, ha aperto presso la succursale _____ di AP 1 i conti _____ Mi _____ rispettivamente _____ Tri _____, su cui ha conferito mandato di gestione a N _____ (cfr. doc. B allegati 5A e 5C, rispettivamente 6A e 6B). Il 22 marzo 1999 essa, per quanto qui interessa, ha quindi aperto presso la medesima banca un ulteriore conto denominato _____ T _____, su cui ha conferito mandato di gestione a V _____, con cui intratteneva allora una relazione sentimentale, e ancora a N _____, a quest'ultima unicamente per la verifica delle operazioni contabili (doc. B allegati 4A e 4B). Sui conti in questione sono stati versati una parte dei suoi risparmi. I mandati di gestione sono poi stati revocati il 3 dicembre 2001.

E. 2

Con petizione 3 febbraio 2004, avversata da AP 1 - che nel frattempo aveva incorporato per fusione AP 1 (cfr. doc. C) -, AO 1 ha convenuto in giudizio quest'ultima innanzi alla Pretura del Distretto di Lugano, sezione 1, per ottenerne la condanna al pagamento di fr. 12'091'256.- oltre interessi al 5% dal 3 aprile 1998 su fr. 167'618.-, dal 14 ottobre 1999 su fr. 64'164.-, dal 23 dicembre 1999 su fr. 267'384.-, dal 16 gennaio 2001 su fr. 163'541.-, dal 28 febbraio 2001 su fr. 639'710.-, dal 16 novembre 2001 su fr. 463'846.- e dal 3 dicembre 2001 su fr. 10'324'993.- nonché il rigetto in via definitiva dell'opposizione interposta al PE n. _____ dell'UE di Zurigo 2 (cfr. doc. L). Essa, in estrema sintesi, ha rimproverato alla convenuta di non averla tempestivamente informata o comunque resa attenta degli atti di amministrazione infedele, degli atti di appropriazione indebita o truffaldina rispettivamente delle operazioni contrarie ai suoi interessi commessi sui suoi conti dai due gestori esterni, in parte già sanzionati penalmente (cfr. doc. II e LL), ciò che le avrebbe causato un danno ingente, che ha quantificato nell'importo di fr. 10'324'993.- perso da V _____ sul conto _____ T _____ (il cui saldo si era ridotto a US\$ 298'374.- a fronte di apporti per circa US\$ 6'500'000.-, ritenuto che in quella perdita, pari a US\$ 6'045'000.-, calcolata tenendo pure conto di un prelevamento illecito di US\$ 156'548.- effettuato da N _____, era altresì compreso l'ammontare delle malversazioni commesse con le operazioni intraday e a 3 giorni nell'ambito del sistema "delivery versus payment", di US\$ 413'256.- rispettivamente di US\$ 580'000.-, nonché il pregiudizio causato da 2 operazioni intraday eccedenti il limite

giornaliero operativo concordato, di US\$ 178'027.50 rispettivamente di US\$ 200'877.45), nelle retrocessioni di fr. 639'710.- versate dalla convenuta a sua insaputa a V _____ e nei _____

E. 5

Con l'appello 5 settembre 2013, che qui ci occupa, la convenuta chiede, se del caso previa assunzione in seconda sede del complemento peritale non ammesso dal Pretore con il decreto 5 dicembre 2011, di riformare il querelato giudizio nel senso di respingere la petizione e in via subordinata di rinviare l'incarto al giudice di prime cure al fine di far assumere quella medesima prova, protestando spese e ripetibili di entrambe le sedi. Essa ribadisce di non essere tenuta a rifondere alla controparte alcunché, tanto più che le nuove pretese attoree formulate in valuta straniera erano prescritte.

E. 6

Della risposta 24 ottobre 2013 con cui l'attrice postula la reiezione del gravame pure con protesta di spese e ripetibili si dirà, se e per quanto necessario, nei prossimi considerandi.

E. 7

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. 8

Mentre la tempestività della risposta è pacifica, l'attrice solleva alcune perplessità sulla tempestività dell'appello chiedendo a questa Camera di volerla esaminare d'ufficio. A torto. Nel suo allegato (p. 3) la convenuta ha in effetti spiegato di aver ricevuto la sentenza pretorile il 24 luglio 2013 ed al proposito, unitamente all'appello, ha prodotto la busta contenente la sentenza, sulla quale risulta essere stato apposto - a tergo - un timbro postale con la data "24 luglio 2013", data di ritiro che è stata per altro confermata anche dall'accertamento del tracciamento degli invii relativo alla raccomandata n. _____. L'atto d'appello, recante la data del 5 settembre 2013, è poi stato da lei consegnato a mano a questo Tribunale effettivamente a quella data, come risulta dal timbro di esibito apposto sull'atto dalla cancelleria del Tribunale. Ritenuto che nelle procedure ordinarie i termini stabiliti dalla legge sono sospesi tra l'altro dal 15 luglio al 15 agosto incluso (art. 145 cpv. 1 lett. a CPC), il termine di impugnazione della sentenza pretorile di 30 giorni (art. 311 cpv. 1 CPC) ha in concreto iniziato a decorrere solo il 16 agosto 2013 e sarebbe giunto a scadenza il 14 settembre 2013, termine che, cadendo di sabato, sarebbe stato prorogato al primo giorno feriale seguente (art. 142 cpv. 3 CPC), ossia a lunedì 16 settembre 2013. L'appello in esame, inoltrato entro quest'ultimo termine, è pertanto tempestivo e può essere vagliato nel merito.

E. 9

Ancorché eccepita solo in via subordinata (con la richiesta di rinvio dell'incarto al Pretore per la completazione dell'istruttoria), la censura della convenuta relativa alla violazione del diritto di essere sentito per la mancata completazione della prova peritale da parte del

Pretore (per altro offerta in via ancor più subordinata anche in questa sede) - che, se fondata, implicherebbe l'annullamento della decisione impugnata e il rinvio della causa al primo giudice per la continuazione della procedura e l'emanazione di una nuova decisione, indipendentemente dalle possibilità di successo nel merito - va trattata preliminarmente (cfr. DTF 137 I 195 consid. 2.2, 135 I 187 consid. 2.2, 127 V 431 consid. 3d, 118 Ia 17 consid. 1a; II CCA 16 ottobre 2012 inc. n. 12.2010.199, 21 febbraio 2013 inc. n. 12.2011.69, 11 marzo 2013 inc. n. 12.2011.101, 18 aprile 2013 inc. n. 12.2011.119, 30 aprile 2013 inc. n. 12.2012.151, 19 agosto 2013 inc. n. 12.2013.115, 31 gennaio 2014 inc. n. 12.2012.86, 9 aprile 2014 inc. n. 12.2012.154, 3 ottobre 2014 inc. n. 12.2013.29).

E. 9.1

Il diritto di essere sentito, sancito dall'art. 29 cpv. 2 Cost., garantisce alle parti la facoltà di offrire mezzi di prova sui fatti rilevanti per il giudizio, di esigerne l'assunzione, di partecipare alla loro assunzione e di potersi esprimere sulle relative risultanze, nella misura in cui essi possano influire sulla decisione (DTF 135 II 286 consid. 5.1, 135 I 279 consid. 2.3; TF 19 maggio 2010 4A_35/2010; II CCA 30 aprile 2013 inc. n. 12.2012.151, 19 agosto 2013 inc. n. 12.2013.115). In linea di principio l'autorità giudicante deve quindi assumere le prove offerte tempestivamente e nelle forme prescritte dal diritto processuale (DTF 106 Ia 162). Tuttavia essa può rinunciare a quei mezzi probatori il cui presumibile risultato non porterebbe nuovi chiarimenti. In altre parole essa può porre termine all'assunzione delle prove ove quelle già esperite le abbiano consentito di formarsi una convinzione e abbia acquistato, in modo esente da arbitrio, in base ad una valutazione anticipata delle prove, la certezza che queste non potrebbero modificare la sua opinione (Cocchi/Trezzini, CPC-TI, m. 1 ad art. 184). Una tale decisione deve essere pronunciata solo nel caso in cui la prova offerta sia manifestamente inefficace o irrilevante (DTF 131 I 153 consid. 3, 130 II 425 consid. 2.1; II CCA 18 agosto 2004 inc. n. 12.2004.3). La valutazione del giudice potrà essere impugnata nell'ambito dei rimedi di diritto contro le sentenze finali allorché il giudice avrà motivato la propria decisione (art. 182 cpv. 2 CPC/TI), ritenuto che il rifiuto ingiustificato di un mezzo di prova costituisce, oltre che una violazione dell'art. 8 CC (DTF 114 II 290), una violazione dei principi di uguaglianza dedotti dall'art. 8 Cost. (Müller, Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse, n. 106 ad art. 4 Cost.). La conseguenza, essendo il diritto di essere sentito di natura formale e indipendente, è l'annullamento della sentenza emanata senza rispettarlo (Müller, op. cit., n. 100 ad art. 4 Cost.), così come del resto previsto dall'art. 142 cpv. 1 lett. b CPC/TI, che commina la nullità dell'atto quando la parte non è stata messa in condizione di rispondere (ossia di essere sentita), oppure anche dall'art. 143 CPC/TI, che dispone l'annullamento degli atti di procedura in urto alle norme del codice di rito, in concreto individuate nell'art. 184 CPC/TI, quando la violazione arreca alla parte un pregiudizio non altrimenti rimediabile (II CCA 18 agosto 2004 inc. n. 12.2004.3, 19 febbraio 2009 inc. n. 12.2008.64, 22 ottobre 2010 inc. n. 12.2010.93, 6 febbraio 2012 inc. n. 12.2010.15, 31 gennaio 2014 inc. n. 12.2012.86, 9 aprile 2014 inc. n. 12.2012.158).

E. 9.2

Il rimprovero mosso dalla convenuta al Pretore di aver violato il suo diritto di essere sentito per non averle permesso di far completare la perizia, ed in particolare di chiedere all'esperto di specificare quale fosse la valuta di generazione dei contestati crediti dell'attrice in valuta straniera rispettivamente l'ammontare di questi ultimi al 23 febbraio 2000 (ritenuto che a suo dire le pretese attoree sorte prima di quella data sarebbero prescritte siccome sorte 10

anni prima dell'inoltro della domanda di mutazione dell'azione 24 febbraio 2010), dev'essere disatteso. La censura è innanzitutto irricevibile per carenza di motivazione (art. 311 cpv. 1 CPC), visto e considerato che con l'appello la convenuta non si è assolutamente confrontata con gli argomenti - esposti nel decreto 5 dicembre 2011 (a cui si rimanda) - che avevano indotto il giudice di prime cure a respingere la domanda di restituzione in intero volta all'assunzione di quella prova, ed in particolare non ha spiegato per quali ragioni di fatto e di diritto quegli argomenti sarebbero errati o comunque non condivisibili, la semplice ricopiatura in questa sede di parte della domanda di restituzione in intero 3 maggio 2011 (in particolare p. 3 e 4) non costituendo una valida motivazione d'appello (Reetz/Theiler in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Kommentar, 2 a ed., n. 36 ad art. 311; DTF 138 III 374, consid. 4.3.1; TF 27 agosto 2012 inc. 5A_438/2012 consid. 2.2; RtiD I-2010 n. 7c p. 683; II CCA 20 agosto 2013 inc. n. 12.2012.31, 26 maggio 2014 inc. n. 12.2013.110, 8 agosto 2014 inc. n. 12.2012.185). Se ciò non bastasse, si osserva che - come si vedrà più avanti - la prova richiesta nell'occasione dalla convenuta non sarebbe stata in ogni caso rilevante per l'esito della lite, per cui la sua assunzione poteva essere rifiutata dal Pretore senza arbitrio. In effetti la valuta di generazione delle pretese attoree in valuta straniera è facilmente determinabile dall'istruttoria e nemmeno si può ritenere, come si dirà più avanti (cfr. consid. 16), che una parte di quelle pretese fosse prescritta al momento dell'inoltro della domanda di mutazione dell'azione e con ciò fosse necessaria una sua quantificazione in modo dettagliato. Tali considerazioni escludono a loro volta che questa prova possa ora essere esperita da questa Camera in applicazione degli art. 316 cpv. 3 e 317 cpv. 1 CPC (II CCA 3 ottobre 2014 inc. n. 12.2013.29).

E. 10

Passando ad esaminare il merito, è innanzitutto incontestabile a questo stadio della lite che nel caso concreto, al quale si applica pacificamente il diritto svizzero in applicazione dell'art. 117 LDIP (vista da una parte la *professio iuris* in tal senso contenuta negli allegati 5A e 5C, 6A e 6B rispettivamente 4A e 4B del doc. B, e dall'altra stante la sede in Svizzera della convenuta, parte che forniva la prestazione caratteristica), le parti siano legate tra loro da dei contratti di conto corrente bancario e da dei contratti di deposito aperto, a cui sono applicabili le regole del mandato, nonché da dei contratti di commissione conclusi per l'esecuzione degli ordini passati alla convenuta per conto dell'attrice dai gestori esterni V_____ e N_____ (cfr. SJ 2001 I 525 consid. 2a; TF 9 dicembre 2002 4C.205/2002 consid. 2.2). Contrariamente a quanto ritenuto dall'attrice, nulla agli atti permette invece di ritenere che i due menzionati gestori, ancorché conosciuti in precedenza dalla convenuta (ciò che vale almeno per N_____) e posti in seguito al beneficio di retrocessioni da parte di quest'ultima con specifiche convenzioni (doc. N p. 1 seg. e U; cfr. pure teste _____ p. 2 seg.), fossero in realtà dei gestori interni alla banca, l'attrice non avendo fornito elementi oggettivi a sostegno della sua tesi, fondata solo su semplici impressioni soggettive. responsabilità della convenuta per l'attività gestionale di V_____

E. 11

Come detto, l'attrice ha rimproverato alla convenuta di non averla tempestivamente informata o comunque resa attenta del fatto che l'attività del gestore esterno V_____, che aveva poi causato importanti perdite sul conto _____ T_____, era costitutiva di atti di rilevanza penale, rispettivamente non corrispondeva ai suoi desiderata, ed era in ogni caso contraria ai suoi interessi. A suo dire, le omissioni

imputate alla convenuta le avrebbero causato un danno di US\$ 6'045'000.- (ritenuto che a fronte di suoi apporti per circa US\$ 6'500'000.-, dai quali andava però dedotto un prelevamento illecito di US\$ 156'548.- effettuato da N _____, il conto presentava un saldo di US\$ 298'374.-), che il Pretore ha in definitiva riconosciuto in ragione di US\$ 1'957'660.50 (rilevando che dalla consistenza del conto a fine novembre 1999, quando cioè la convenuta avrebbe dovuto interrompere l'operatività del gestore esterno, da lui quantificata in US\$ 5'300'000.-, doveva essere dedotto il risultato di gestione ipoteticamente conseguibile in seguito secondo le modalità d'investimento desiderate dall'attrice, ossia la perdita di US\$ 1'086'500.- ottenibile replicando l'indice Nasdaq [sceso del 20.5% dal 22 marzo 1999 al 3 dicembre 2001, ossia da punti 2'495.94 a punti 1'904.90], e il saldo del conto di US\$ 298'179.-, ritenuto che il risultato così ottenuto era poi imputabile alla banca in ragione del 50%, stante l'esistenza di una colpa concomitante a carico dell'attrice) oltre interessi.

E. 11.1

In questa sede la convenuta contesta in primo luogo di poter essere resa responsabile di un'eventuale omissione nei confronti dell'attrice, rilevando che in presenza di un gestore esterno essa non era di principio tenuta ad esaminare il suo operato, rispettivamente che, nell'unico caso in cui avrebbe forse dovuto informare l'attrice in proposito, l'aveva fatto, senza però che quest'ultima avesse rinunciato a bloccare l'attività del gestore.

E. 11.1.1

In base alla giurisprudenza (TF 23 luglio 2002 4C.108/2002 consid. 2b [= doc. PP], 9 dicembre 2002 4C.205/2002 consid. 2.2; 4 novembre 2005 4C.366/2004 consid. 3.1; II CCA 5 ottobre 2005 inc. n. 12.2004.150), la banca che non è al beneficio di un mandato di gestione e si impegna ad eseguire unicamente gli ordini che le sono affidati dal cliente non è in generale tenuta a salvaguardare gli interessi di quest'ultimo. In siffatta evenienza non sussiste in effetti un obbligo generale d'informazione. Di principio la banca è obbligata ad informare il cliente solo se questi ne fa richiesta, ritenuto però che essa dovrà pure renderlo attento nel caso in cui dovesse risultare che egli non ha idea dei rischi che corre. L'obbligo di fedeltà non le impone nemmeno di consigliare spontaneamente sui probabili sviluppi dei suoi investimenti e sulle misure da intraprendere per limitare i suoi rischi. Questi principi s'impongono a maggior ragione allorché la gestione è affidata ad un gestore indipendente. Il Tribunale federale ha del resto ammesso che in presenza di un gestore esterno al beneficio di una procura molto ampia, la banca non deve rendere attento il cliente sui maggiori rischi che egli corre in tal caso, né chiedere la sua autorizzazione prima di procedere ad operazioni impartite dal gestore. In altri termini, il banchiere non è il tutore del suo cliente e deve di principio eseguire gli ordini legittimi che gli sono impartiti. Un obbligo d'informazione è tuttavia dato quando la banca, facendo prova dell'attenzione richiesta, ha riconosciuto o avrebbe dovuto riconoscere che il cliente non ha identificato un pericolo legato all'operatività messa in atto oppure nel caso in cui tra le parti sia sorto un particolare rapporto di fiducia in base al quale il cliente può attendersi, in base alle regole della buona fede, che la banca gli fornisca un consiglio o lo renda attento anche se egli non gliel'ha chiesto.

E. 11.1.2

Prima di esaminare se la convenuta fosse tenuta ad informare l'attrice su determinate tipologie di operazioni effettuate dal gestore esterno V _____ sul conto

_____ T _____, va accertato se l'attrice fosse stata del tutto ignorante e soprattutto a digiuno di conoscenze specifiche del diritto bancario, rispettivamente se V _____ fosse un gestore incompetente, circostanze queste che a suo dire avrebbero imposto un maggior riguardo nei suoi confronti da parte della convenuta. Non è così. In merito alla prima questione, si osserva che l'attrice è la vedova di un ricco industriale _____ e che, sentita in sede testimoniale, si è definita a sua volta un'industriale (doc. 84-87). Ancorché l'istruttoria abbia permesso di accertare che essa era solita delegare ad altri gran parte delle mansioni della vita quotidiana limitandosi perlopiù alla gestione della casa (teste _____ p. 2 seg.), la stessa non può certo essere definita ignorante o sprovveduta, tanto è vero che il presidente delle assise correzionali di Lugano, nella sentenza penale emanata nei confronti di N _____, l'ha per finire definita una persona "non certo poco intelligente o confusa" (doc. II p. 37). Quanto alle sue conoscenze in ambito bancario, le stesse non erano sicuramente approfondite, tant'è che _____, intervenuto quale perito contabile in occasione del procedimento penale nei confronti di V _____ e N _____, ha confermato che essa aveva conoscenze minime o nulle della materia (p. 6; così pure il teste _____ a p. 6) ed anche i funzionari della convenuta hanno per finire ammesso che essa non comprendeva nulla di operatività (doc. N p. 3; teste _____ p. 17); sennonché, come si vedrà, si può in ogni caso ritenere che essa avesse compreso a grandi linee le semplici modalità d'investimento azionario adottate da V _____ (cfr. infra consid. 11.1.2.2), fermo restando che, allorquando si è a suo tempo trattato di farle capire i dettagli di alcune operazioni rispettivamente è stata avvisata delle perdite che si stavano producendo, essa è stata a più riprese oggetto delle necessarie informazioni e spiegazioni da parte di costoro, oggettivamente comprensibili e recepibili, ritenuto che se esse non sono poi state recepite ciò era più che altro dovuto al fatto che essa continuava a riporre la sua totale fiducia nel suo gestore esterno (cfr. infra consid. 11.1.2.2, 11.1.3 e 11.1.4). Quanto al secondo aspetto, lo stesso non necessita di essere approfondito più di tanto, la questione dell'incapacità di V _____ essendo in realtà irrilevante per l'esito della lite, anche perché la stessa attrice ha ammesso che non è stata quella sua presunta incapacità ad aver causato il danno di cui essa si è prevalsa (cfr. risposta all'appello p. 64). Si aggiunga, ad ogni modo, che l'istruttoria ha permesso di accertare che egli aveva ottenuto una laurea in economia ed un master e già si era in precedenza occupato di gestione patrimoniale (replica p. 7), ciò che rende privo di fondamento ogni rimprovero in tal senso.

E. 11.1.2.1

Ciò posto, l'attrice ritiene dapprima che al gestore esterno sarebbe stato conferito l'incarico di effettuare una gestione conservativa e priva di rischi, per cui la convenuta avrebbe dovuto renderla attenta del fatto che sul conto venivano in realtà effettuate perlopiù operazioni nel mercato azionario tecnologico americano. A torto. In occasione dell'apertura della relazione bancaria, essa stessa aveva in effetti comunicato alla banca che il nuovo conto era stato aperto "per trasferire i valori americani azionari della cui gestione si occupa esclusivamente il sig. _____" (cfr. doc. B allegato 4A). Nulla, a parte quanto da lei stessa dichiarato (doc. 84 p. 4), permette dunque di ritenere che essa intendesse operare una gestione conservativa (cfr. oltretutto quanto si dirà nel prossimo considerando).

E. 11.1.2.2

L'attrice rileva in seguito che le operazioni eseguite dal gestore esterno sarebbero state in ogni caso eccessivamente speculative e scriteriate e con ciò tali da comportare dei rischi dei

quali essa mai si sarebbe resa conto e che non avrebbe mai inteso assumersi. Il rilievo è del tutto infondato. Sulla prima questione, si osserva che, a prescindere dai giudizi sostanzialmente negativi formulati dai funzionari della convenuta (doc. N p. 2), l'esperto sentito in occasione del procedimento penale a carico di V _____ ha escluso che l'operatività di quest'ultimo fosse eccessivamente speculativa (doc. F ad quesito 5) o scriteriata, nel senso che fosse priva di logica. Che l'attrice fosse poi a conoscenza e d'accordo con l'operatività molto speculativa ed aggressiva (perizia p. 6 segg.) messa in atto dal gestore esterno risulta invece chiaramente da una serie di circostanze: dal fatto che essa ha dichiarato di sapere che V _____ operava nel mercato borsistico (doc. 86 p. 1), che sapeva essere un po' a rischio (doc. 86 p. 2); dal fatto che essa aveva pacificamente ammesso di essere stata allettata dai guadagni da lui prospettati in oltre US\$ 50'000'000.- (cfr. doc. 84 p. 6 e 85 p. 2); dal fatto che con una tale gestione nei soli primi 6-9 mesi erano stati ottenuti guadagni importanti, dell'ordine di oltre il 50% del capitale investito (perizia p. 9; teste _____ p. 7; si veda in tal senso l'evoluzione del saldo del conto, passato da US\$ 6'172'137.- al 31 marzo 1999 [doc. 48] a US\$ 9'523'162.- al 31 dicembre 1999 [doc. 47]), senza che essa avesse avuto da ridire; dal fatto che essa, allorché nel corso del 1999 era stata informata telefonicamente di una perdita di oltre US\$ 1'500'000.-, l'aveva ratificata sia verbalmente che per scritto senza aver fatto una piega, convinta dal gestore esterno che la borsa saliva e scendeva (doc. 85 p. 2; teste _____ p. 14 seg.); dal fatto che alla stessa veniva costantemente comunicata la consistenza del conto (doc. FF p. 2; teste _____ p. 8 seg.); e dal fatto che essa aveva provveduto a sottoscrivere - in parte tramite N _____ e in parte personalmente (si vedano a quest'ultimo proposito i benestare 7 ottobre 1999, 13 marzo 2000, 16 maggio 2000, 27 settembre 2000 e 8 novembre 2001) - i relativi resoconti mensili (cfr. doc. 60 e N p. 3), riportanti da una parte i saldi del conto (passato dagli US\$ 5'938'257.- nell'ottobre 1999 ai US\$ 9'274'654.- a marzo 2000, per poi scendere a US\$ 3'751'534.- nel maggio 2000 e ancora a US\$ 3'262'828.- nel settembre 2000, ed assestarsi a US\$ 298'145.- nel novembre 2001) e dall'altra l'ammontare del relativo deposito titoli, ratificando con ciò implicitamente quella particolare operatività. In tali circostanze non è necessario esaminare la tesi attorea secondo cui la convenuta sarebbe pure stata responsabile per aver dato seguito agli ordini d'investimento via fax del gestore esterno relativi a queste operazioni, nonostante gli stessi riportassero solo una firma fotocopiata dell'attrice (circostanza questa di cui per altro la convenuta non si era accorta, cfr. teste _____ p. 5), tanto più l'attrice aveva comunque sottoscritto il formulario "manleva per ordini telefonici e telefax" (cfr. doc. B allegato 4A); il perito ha oltretutto dichiarato che nell'ambito di quella particolare operatività neppure era necessario richiedere la firma del titolare del conto, nemmeno a posteriori, in quanto il gestore esterno agiva per delega e quindi gli ordini da lui impartiti erano di per sé vincolanti per il cliente (complemento peritale p. 2).

E. 11.1.2.3

L'attrice ritiene che la controparte avrebbe inoltre dovuto renderla attenta allorché si era accorta che V _____, abusando del sistema "delivery versus payment" (che gli permetteva di trasmettere gli ordini direttamente al broker americano, ritenuto però che egli comunicava alla banca il giorno dopo - quando l'operazione eseguita durante il giorno [intraday] era già terminata - rispettivamente al più tardi entro 3 giorni - quando l'operazione era rimasta aperta 1 o 2 giorni - il conto a cui attribuire l'operazione effettuata, cfr. doc. B p. 13 seg. e F ad quesito 3.2), accreditava per lo più a sé stesso (sul suo conto

_____ prima e sul conto _____ poi) le operazioni intraday e a 3 giorni concludenti con un utile ed addebitava a lei e ad altri suoi clienti gestiti secondo quelle medesime modalità (i titolari dei conti _____ e _____) quelle concludenti con una perdita. A ragione. V _____ è stato condannato per amministrazione infedele continuata, ripetuta e aggravata per aver in tal modo danneggiato l'attrice ed altri clienti con le operazioni intraday (cfr. doc. LL, mentre i danni causati con le operazioni a 3 giorni non sono stati approfonditi nell'ambito del procedimento penale). I funzionari della convenuta hanno dichiarato di essersi accorti che qualcosa non funzionava con tutte quelle operazioni verso fine 1999 - inizio 2000 (teste _____ p. 5), rispettivamente nel maggio 2000 (teste _____ p. 7 e 9). Nonostante a quel momento non avessero la certezza che V _____ stesse effettuando atti di rilevanza penale nei confronti dei suoi clienti, essi hanno inequivocabilmente affermato di aver nutrito dei dubbi in tal senso (doc. T p. 3; teste _____ p. 8 e 12). Tanto basta, in base alla giurisprudenza (cfr. pure Cocchi, La responsabilità della banca nell'ambito di gestioni patrimoniali esterne, in: RSPC 2003 p. 79 seg.), per imporre alla convenuta di informare l'attrice.

E. 11.1.2.4

Per quest'ultima, la convenuta avrebbe infine dovuto avvisarla anche del fatto che l'operatività posta in atto da V _____ era frenetica e sembrava finalizzata a fargli maturare importanti retrocessioni di commissioni, più che a farle guadagnare qualcosa. Il rilievo è sostanzialmente fondato. Nonostante il sistema "delivery versus payment" fosse stato a suo tempo proposto dalla convenuta a V _____ proprio per ridurre l'entità delle commissioni a carico dell'attrice (doc. N p. 3; cfr. perizia p. 7) sicché si poteva ritenere che la banca, avendolo proposto, e il gestore esterno, avendolo recepito, non volessero lucrare a danno della stessa, si osserva in effetti che i funzionari della convenuta hanno riferito di aver preso atto con una certa preoccupazione, nella primavera 2000 (teste _____ p. 15), del fatto che V _____ svolgeva un'attività di compravendita di azioni febbrile e forsennata (teste _____ p. 4, 8 e 15 seg.), che si concludeva spesso con perdite, tale da creare comunque importanti commissioni bancarie a carico dell'attrice (teste _____ p. 15). Pure questa circostanza imponeva loro di chiarire la situazione con lei.

E. 11.1.3

Appurato con ciò che la convenuta avrebbe dovuto informare l'attrice del dubbio che V _____ stesse effettuando atti di amministrazione infedele nei suoi confronti con le operazioni intraday e a 3 giorni nell'ambito del sistema "delivery versus payment" rispettivamente del fatto che costui svolgeva un'attività febbrile e forsennata tale da creare importanti retrocessioni a suo favore, si tratta ora di stabilire se essa abbia tempestivamente e correttamente adempiuto al suo obbligo di informazione. Al quesito va data una risposta affermativa. Sul primo aspetto l'istruttoria ha in effetti permesso di accertare che i funzionari della convenuta, dopo essersi dapprima rivolti al gestore esterno (teste _____ p. 10) e vista in seguito l'assenza di riscontri ad un'informazione in tal senso indirizzata all'attrice tramite N _____ (doc. 84 p. 6; teste _____ p. 7 e 10), sono riusciti finalmente ad incontrarla solo il 27 settembre 2000 e a quel momento le hanno comunicato i loro dubbi sull'operato di V _____ nell'ambito del sistema "delivery versus payment" (teste _____ p. 6, 10 e 18): nonostante l'attrice abbia dichiarato di non aver allora capito che i vantaggi così risultanti al

gestore esterno comportassero pure un inganno ai suoi danni (doc. 85 p. 3), dal fatto che essa abbia aggiunto che il direttore della convenuta le aveva detto, sia pure in modo “diplomatico”, che V _____ sfruttava in tal modo la situazione “per giocare a suo favore, rispettivamente a mio sfavore” (doc. 85 p. 3) e che costui attribuiva al proprio conto operazioni andate bene e al suo conto quelle che andavano male (doc. 84 p. 6), si può senz’altro ritenere che l’informazione fornitale fosse corretta e conforme alla situazione reale e con ciò tale da permetterle di decidere sul da farsi con cognizione di causa, anche se allora non le erano state date le cifre concrete (doc. N p. 3, cifre queste che del resto erano difficilmente determinabili senza una perizia contabile, che è poi stata esperita solo nell’ambito del procedimento penale). Sulla seconda questione, ovvero sull’entità delle commissioni percepite dal gestore esterno, a quel momento non si è discusso. La stessa attrice ha tuttavia ammesso che la convenuta le aveva già segnalato in precedenza che il gestore esterno faceva tante operazioni (doc. 85 p. 2) e che la sua operatività era frenetica (doc. 85 p. 3).

E. 11.1.4

A seguito di questo incontro, l’attrice, dopo due giorni di riflessione, ha per finire deciso di non revocare il mandato al gestore esterno (doc. N p. 3), con cui aveva una relazione sentimentale e in cui continuava a nutrire una fiducia totale, e ciò nonostante fosse allora stata informata che il saldo del conto si era ridotto in soli 6 mesi da US\$ 9'274'654.- a US\$ 3'262'828.- (doc. 60; teste _____ p. 7). Nell’occasione essa, su richiesta della convenuta, si è limitata ad accordarsi con lei nel senso che da quel momento avrebbe accettato le operazioni in perdita solo se le fossero state attribuite entro il giorno successivo, ossia che non avrebbe più accettato le operazioni a 3 giorni in perdita (doc. S; teste _____ p. 7). Stando così le cose, pare addirittura scontato che anche nel caso in cui la convenuta avesse segnalato già in precedenza all’attrice direttamente e non solo indirettamente (tramite N _____) i suoi dubbi su quell’operatività (che oltretutto a quel momento sarebbero stati meno seri), essa avrebbe verosimilmente deciso di confermargli comunque la sua fiducia. Del resto in maniera analoga si erano risolte altre precedenti segnalazioni della convenuta, e meglio quelle in merito all’utilizzo esagerato da parte di V _____ di carte di credito garantite dall’attrice (doc. N p. 3 e 85 p. 3; teste _____ p. 7). Non è dunque vero che l’attrice, se fosse stata debitamente informata delle irregolarità commesse da V _____, l’avrebbe immediatamente “buttato fuori di casa” (come invece da lei dichiarato con enfasi in sede penale, cfr. doc. 85 p. 5) e gli avrebbe revocato il mandato. Se nel dicembre 2001 ha deciso di agire diversamente, è perché la loro relazione sentimentale si era frattanto interrotta (teste _____ p. 6).

E. 11.2

La convenuta censura in seguito il calcolo del danno così causato e l’entità del risarcimento posto a suo carico dal Pretore.

E. 11.2.1

In base alla giurisprudenza il danno da risarcire in caso di omissioni imputabili alla banca consiste di principio nella differenza tra il patrimonio attuale del cliente e quello che sarebbe stato ipoteticamente conseguito nel caso in cui tale omissione non vi fosse stata (II CCA 26 marzo 2015 inc. n. 12.2013.23).

E. 11.2.2

Nel caso di specie, la modalità di calcolo del danno adottata dal Pretore non può essere condivisa già per il fatto che l'attrice aveva espressamente dichiarato di rinunciare "a far valere il mancato guadagno che una gestione corretta avrebbe portato" (replica p. 4) ossia al risarcimento dell'interesse positivo poi riconosciutole dal giudice di prime cure, optando invece - a torto, come si vedrà qui di seguito - per la rifusione del solo interesse negativo, per altro nemmeno più riproposto in questa sede. In effetti, l'attrice non ha reso sufficientemente verosimile che, nel caso in cui alla convenuta potesse essere rimproverata una carente informazione in merito a determinate operazioni svolte da V _____, essa non solo avrebbe provveduto a revocargli il mandato di gestione (cfr. anzi quello che si è detto sopra al consid. 11.1.4), ma avrebbe anche rinunciato a proseguire, eventualmente tramite altri gestori esterni, l'operatività in azioni tecnologiche americane con lui concordata (a tal proposito si osserva che essa, nel doc. 86 p. 1, aveva dichiarato di essere stata a un certo momento contraria a che N _____ effettuasse pure operazioni in borsa, ma ciò solo per il fatto che delle stesse si occupava V _____; e oltretutto dal doc. B, e meglio dalle sue p. 10 e 19 segg., si evince che N _____ era comunque stata autorizzata ad effettuare investimenti azionari su altri suoi conti in misura del 30%).

E. 11.2.3

Ma, a prescindere da quanto precede, si osserva da una parte che, diversamente da quanto ritenuto dal Pretore, come punto di partenza per la determinazione dell'eventuale danno non si sarebbe dovuto prendere in considerazione la consistenza del conto a fine novembre 1999 ma semmai quella a fine 1999 - inizio 2000 o meglio ancora nella primavera 2000, quando cioè i dubbi della convenuta sulla correttezza dell'operatività messa in atto dal gestore esterno si erano fatti viepiù importanti; e che dall'altra neppure è poi corretto dedurre, oltre beninteso al saldo del conto, il risultato di gestione ipoteticamente conseguibile in seguito in base alle modalità d'investimento desiderate dall'attrice intraviste in un investimento che replicava l'indice Nasdaq: nulla - e del resto nemmeno l'attrice l'aveva preteso negli allegati preliminari - permette in effetti di ritenere che la modalità d'investimento adottata da V _____, che consisteva in investimenti fiduciari e soprattutto in operazioni di compravendita di azioni americane intraday, a 3 giorni e di più lunga durata (doc. F ad quesito 5), corrispondesse di fatto a un investimento replicante quel particolare indice, tanto più che il Pretore, anziché considerare il valore dell'indice Nasdaq a fine novembre 1999 o quello a fine 1999 - inizio 2000 o meglio nella primavera 2000 (che in quel periodo aveva persino superato i 5'000 punti, cfr. teste _____ p. 13), ha nell'occasione preso in considerazione quello risultante al 22 marzo 1999 (pari a soli 2'395,94 punti, cfr. perizia p. 14). Sennonché l'attrice, gravata dell'onere della prova (art. 8 CC), non ha ritenuto di quantificare ancor prima di provare i dati e gli importi rilevanti per questo calcolo (il che sarebbe invero stato possibile nell'ambito della prova peritale ed esclude così la possibilità di applicare a suo favore la facilitazione della prova dell'art. 42 cpv. 2 CO), ciò che impone di decidere a suo sfavore. Questo, senza oltretutto dimenticare - come si è visto sopra - che l'attrice, nonostante l'eventuale violazione contrattuale imputabile alla convenuta, per altro esclusa (cfr. consid. 11.1.3), aveva in ogni caso deciso di confermare il mandato al gestore esterno per il futuro (e con ciò anche per il passato), ciò che di fatto la rendeva priva di conseguenza pratiche (non potendosi così ritenere che la convenuta ad un certo momento, a fine novembre 1999, a fine 1999 - inizio 2000 o ancora nella primavera 2000, avrebbe dovuto interrompere l'attività del gestore esterno nel mercato borsistico americano).

E. 12

Ciò non significa però ancora che la convenuta non possa essere resa responsabile, in parte, per l'operato di V_____. L'attrice, nella sede petizionale, aveva in effetti indicato che nell'importo complessivo di fr. 10'324'993.-, poi modificato in US\$ 6'045'000.-, perso da V_____ sul conto _____ T_____ e da lei rivendicato, erano compresi tutta una serie di altri importi, lasciando con ciò intendere che la controparte era in ogni caso tenuta a rifonderle almeno quelli (petizione p. 10).

E. 12.1

Nella domanda di risarcimento complessivo per l'operatività di V_____ era in primo luogo compreso un importo di US\$ 413'256.-, corrispondente alle somme da lui malversate a danno dell'attrice con le operazioni intraday nell'ambito del sistema "delivery versus payment". Sennonché, contrariamente a quanto ritenuto dall'attrice, non si può ritenere che quelle somme possano essere poste a carico della convenuta. Al proposito va immediatamente evidenziato che il fatto che al gestore esterno fosse stato permesso di operare secondo quelle modalità, ossia di attribuire ai clienti la relative operazioni solo a fine giornata, era di per sé conforme alla prassi bancaria (perizia p. 4 seg.; anche se, per il perito, la stessa non era sufficiente e idonea ad evitare eventuali abusi, di modo che sarebbe stato auspicabile e logico in base al buon senso adottare una diversa linea di condotta, a suo dire comunque non prevista dalla prassi bancaria e fors'anche nemmeno tecnicamente possibile). Ciò detto, l'attrice ha ragione ad affermare che quell'importo corrisponde al danno causatole da V_____, per il quale quest'ultimo era stato condannato penalmente (doc. LL). Quel pregiudizio, che è in sostanza costituito dalla differenza tra l'utile spettante all'attrice - calcolato tenendo conto delle relative percentuali che sarebbero spettate a V_____ e _____ in considerazione del volume delle operazioni effettuate (secondo il conteggio peritale di cui al doc. M; cfr. pure petizione p. 12) - di US\$ 160'638.- (cfr. doc. D, M e LL) e la perdita da lei in realtà incassata di US\$ 252'618.- (cfr. perizia p. 8; doc. B p. 14 e 16 e allegato 20, doc. D, M e LL) a seguito di quelle operazioni, si è prodotto durante l'intera operatività di V_____, cioè dall'agosto 1999 al febbraio 2001 (doc. B p. 14 e 17 e allegato 20, doc. D e LL; teste _____ p. 4). Ritenuto, come detto, che la convenuta ha iniziato ad aver dubbi sulla correttezza di V_____ solo a fine 1999 - inizio 2000 rispettivamente nella primavera del 2000, l'importo per cui essa - nella peggiore per lei delle ipotesi - potrebbe essere resa responsabile dovrebbe già per questo motivo essere ridotto in ragione del 50% circa (cfr. doc. B p. 16, da cui si evince che metà delle perdite si era verificata prima del 31 gennaio 2000), ad un importo di circa US\$ 200'000.-. Ma nemmeno tale somma, in larga misura corrispondente a quella persa con l'operazione relativa all'acquisto di 14'000 azioni "SDL" che verrà esaminata più avanti (cfr. consid. 12.3), può a ben vedere essere posta a suo carico. Come detto (cfr. consid. 11.1.3 e 11.1.4), non si può in effetti ritenere che essa abbia violato l'obbligo di informazione, visto che, dopo aver cercato invano di contattare l'attrice in precedenza tramite N_____, è finalmente riuscita ad informarla il 27 settembre 2000; tanto più che, nonostante quell'informativa, l'attrice non ha ritenuto di interrompere per il futuro quell'operatività, lasciando intendere che non aveva da ridire nemmeno in merito a quella messa in atto nel passato.

E. 12.2

Nella domanda di risarcimento complessivo per l'operatività di V _____ era pure compreso un importo di US\$ 580'000.-, pari all'ammontare delle malversazioni da lui asseritamente commesse a danno dell'attrice con le operazioni a 3 giorni nell'ambito del sistema "delivery versus payment", che sono in realtà continuate anche dopo la firma del già menzionato doc. S (teste _____ p. 10). La pretesa risulta in parte fondata. Rilevante è qui il fatto che l'attribuzione ai clienti di queste operazioni solo entro 3 giorni (doc. N p. 3) - non già le relative operazioni, che di per sé sono lecite - non avrebbe in realtà dovuto essere permessa dalla convenuta (la quale riteneva erroneamente ammissibile un tale modo di procedere, cfr. testi _____ p. 6 seg. e _____ p. 6), visto e considerato che la prassi bancaria imponeva un'attribuzione ai clienti già entro lo stesso giorno (perizia p. 4). Ciò non significa però ancora che l'intera somma rivendicata dall'attrice debba esserle risarcita. Quella somma costituisce in effetti la differenza tra l'utile di US\$ 249'710.- ricavato da V _____ (perizia p. 8; doc. F ad quesito 3.2 e allegato 1) e la perdita di US\$ 336'571.- da lei registrata (perizia p. 8; doc. F ad quesito 3.2 e allegato 2) con quelle operazioni, ma non rappresenta il danno vero e proprio da lei subito, che, analogamente a quanto valeva per le operazioni intraday (cfr. doc. M), dev'essere calcolato tenendo conto del volume delle operazioni effettuate e della conseguente percentuale di utile / perdita che sarebbe spettata all'attrice stessa, il tutto a fronte del risultato effettivamente a lei attribuito. Ora, ritenuto che dall'allegato 4 al doc. F si è potuto evincere che per conto di V _____ erano state effettuate operazioni di quel genere con un volume complessivo di US\$ 12'710'000.- e che per conto dell'attrice ne erano invece state effettuate per un volume complessivo di US\$ 50'940'000.-, si ha che a quest'ultima sarebbe spettato circa l'80% del risultato conseguito da entrambi. Appurato che quel risultato era in realtà una perdita di US\$ 86'861.- (utile di US\$ 249'710.- ricavato da V _____ ./ perdita di US\$ 336'571.- subita dall'attrice), all'attrice avrebbe così dovuto essere registrata una perdita di US\$ 69'488.80 (80% di US\$ 86'861.-). Preso atto che alla stessa è invece stata caricata una perdita di ben US\$ 336'571.-, il suo danno può in definitiva essere quantificato in US\$ 267'082.20 (US\$ 336'571.- ./ US\$ 69'488.80), che va risarcito dalla convenuta. Quest'ultima non può in effetti celarsi dietro la presunta ratifica delle relative operazioni da parte dell'attrice, ritenuto che la loro irregolarità da questo punto di vista non era evincibile dai resoconti da lei sottoscritti, né le era stata altrimenti comunicata (la dottrina e la giurisprudenza hanno in effetti avuto modo di stabilire che nel diritto societario - ma le conclusioni possono essere estese a tutti i campi del diritto - una dichiarazione di scarico è operante solo nella misura in cui si riferisce a fatti che erano stati resi noti al debitore o che erano comunque a sua conoscenza al momento in cui la stessa è stata resa [cfr. DTF 78 II 155, 95 II 320 consid. IV.2; TF 29 giugno 2005 4C.107/2005; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, p. 435 n. 129; Böckli, Schweizer Aktienrecht, 3^a ed., p. 2143 n. 451; Watter/Dubs, Der Déchargebeschluss, in: AJP 2001 p. 911 seg.; Bachmann, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit im Konkurs, in: AJP 2003 p. 502], ritenuto che gli stessi principi valgono del resto anche per una dichiarazione di ratifica [cfr. II CCA 16 giugno 2006 inc. n. 10.2004.8, 20 marzo 2009 inc. n. 10.2002.17]).

E. 12.3

Nella richiesta di risarcimento complessivo per l'operatività di V _____ erano infine compresi anche due importi di US\$ 178'027.50 e di US\$ 200'877.45, corrispondenti a due operazioni intraday che erano state accettate dalla convenuta nonostante il loro ammontare eccedesse il limite giornaliero operativo di US\$ 5'000'000.- a

suo tempo concordato. La pretesa è parzialmente fondata. Come giustamente evidenziato dall'attrice, il 22 marzo 1999 (doc. R) essa si era in effetti accordata con la convenuta nel senso che da quel momento V _____ sarebbe stato autorizzato a passare ordini al broker americano del valore di US\$ 5'000'000.- giornalieri. Nonostante i funzionari della convenuta abbiano dichiarato in sede testimoniale che un tale limite, stabilito quando il gestore esterno passava gli ordini tramite la banca stessa, non era più operativo con l'entrata in vigore del sistema "delivery versus payment" (teste _____ p. 13) rispettivamente non aveva più alcun senso in caso di utilizzo di quel sistema (teste _____ p. 7), essi hanno per finire ammesso di non aver affrontato questi dettagli con l'attrice (teste _____ p. 13), che in tal modo poteva ritenere in buona fede che la banca si sarebbe comunque attenuta a quel limite (in tal senso, cfr. pure perizia p. 3). Ora, rilevato che in data 22 novembre 1999 era stato effettuato un acquisto di 45'000 azioni "American online" per un importo di US\$ 7'217'853.50 che aveva poi causato una perdita di US\$ 178'027.50 (teste _____ p. 4; doc. B allegato 20 p. 1 n. 22), rispettivamente che il 27 luglio 2000 erano state acquistate altre 14'000 azioni "SDL" per un importo di US\$ 6'075'912.- operazione che aveva poi comportato una perdita di US\$ 200'877.45 (teste _____ p. 5; doc. B allegato 20 p. 2 n. 61), la convenuta dev'essere obbligata a risarcire il danno causato alla controparte, che non corrisponde tuttavia alla totalità delle perdite subite nell'occasione dall'attrice, bensì solo alla maggior perdita da lei patita rispetto a quella che essa avrebbe dovuto assumersi qualora la banca avesse agito correttamente, ossia avesse limitato la sua operatività giornaliera a US\$ 5'000'000.-. La convenuta è così tenuta a rifondere US\$ 54'703.10 (US\$ 178'027.50 ./ [US\$ 5'000'000.- : US\$ 7'217'853.50 x US\$ 178'027.50]) per la prima operazione e US\$ 35'571.05 (US\$ 200'877.45 ./ [US\$ 5'000'000.- : US\$ 6'075'912.- x US\$ 200'877.45]) per la seconda. Anche in questo caso essa non può in effetti nascondersi dietro la presunta ratifica di quelle operazioni da parte dell'attrice, ritenuto che queste ultime, e soprattutto la loro non conformità con l'istruzione a suo tempo fornita, non era evincibile dai resoconti da lei sottoscritti, né le era stata altrimenti comunicata. restituzione delle retrocessioni concesse a V _____

E. 13

Nella sentenza il Pretore ha pure condannato la convenuta a rifondere all'attrice le retrocessioni, di US\$ 390'451.-, da lei versate a sua insaputa al gestore esterno V _____. In questa sede la convenuta ribadisce l'infondatezza della pretesa sia per motivi d'ordine che di merito.

E. 13.1

La censura secondo cui la pretesa sarebbe stata già irricevibile per il fatto che la stessa non poteva essere oggetto della domanda di mutazione dell'azione 24 febbraio 2010 (siccome non basata su un credito fondato su una valuta diversa) e pertanto risultava essere stata formulata per la prima volta solo in sede conclusionale è chiaramente infondata, persino al limite del temerario. Non è in effetti vero che la relativa pretesa non fosse mai stata oggetto della procedura pretorile e si fondasse dunque su fatti diversi, la stessa essendo in realtà stata esposta, sia pure in valuta svizzera (fr. 639'710.-; cfr. doc. U, da cui risulta, tra l'altro, che la pretesa era originariamente sorta proprio in US\$), a p. 18 seg. e 26 della petizione.

E. 13.2

Nel merito la convenuta ha rilevato che l'istruttoria non aveva dimostrato l'esistenza di alcuna circostanza costitutiva di una violazione degli obblighi contrattuali da parte sua, che le retrocessioni versate al gestore esterno non avevano nulla di anomalo o di eccessivo e che la controparte non aveva dimostrato a quanto ammontavano le retrocessioni di apporto (per le quali non poteva esserle rimproverata alcuna violazione contrattuale) e quelle che invece erano riferite ai ristorni. Mentre da una parte il fatto che le retrocessioni versate al gestore esterno non avessero nulla di anomalo o di eccessivo è del tutto irrilevante per l'esito della lite anche perché l'attrice o il Pretore mai avevano preteso il contrario, e dall'altra il fatto che quelle qui rivendicate non costituissero retrocessioni di apporto ma fossero effettivamente riferite ai ristorni bancari era chiaramente provato dal tenore del doc. U, è senz'altro a ragione che la convenuta contesta di aver violato il contratto che la legava all'attrice e di essere con ciò tenuta a restituire le retrocessioni (ossia parte delle commissioni bancarie) che essa aveva provveduto a versare al gestore esterno. L'obbligo di restituzione delle retrocessioni percepite, fondato sul contratto di mandato (art. 400 cpv. 1 CO), incombe in effetti unicamente al gestore patrimoniale che le ha a suo tempo ricevute (DTF 137 III 393). Nel caso - come quello in esame - in cui l'attività di gestione sia stata svolta da un gestore esterno, è quindi a quest'ultimo e non certo alla banca che gli ha versato quelle commissioni che il cliente è tenuto a rivalersi, ritenuto che nel caso di specie nemmeno risulta che una tempestiva informativa sul tema delle retrocessioni da parte della banca avrebbe permesso il recupero di parte di quelle somme. Diversa sarebbe stata la situazione per le eventuali retrocessioni che la convenuta avesse ricevuto da terzi, da lei poi trattenute o riversate al gestore esterno: senonché, a parte il fatto che non risulta che ne abbia percepite (cfr. doc. U), si osserva che le stesse nemmeno sono state rivendicate con la presente causa. responsabilità della convenuta per i trasferimenti e prelevamenti illeciti effettuati da N_____

E. 14

L'attrice ha infine rimproverato alla convenuta da una parte di non averla resa attenta del fatto che il gestore esterno N_____ fosse disonesto rispettivamente del fatto che quest'ultima stesse effettuando atti di rilevanza penale a suo danno e dall'altra, soprattutto, di avervi dato seguito. A suo dire, le violazioni contrattuali imputate alla convenuta, che di fatto avevano permesso a N_____ di effettuare 5 trasferimenti o prelevamenti illeciti dai suoi conti, per i quali era stata condannata penalmente, in 2 casi per appropriazione indebita (cfr. doc. II) - e meglio l'ordine di prelevamento dal conto _____ Tri_____ di Lit. 80'000'000 il 14 ottobre 1999 (cfr. doc. B allegato 29A.2) e l'ordine di prelevamento dal conto _____ T_____ di Lit. 300'000'000 il 23 dicembre 1999 (cfr. doc. B allegato 29A.1) - e in 3 casi per truffa (cfr. doc. II) - e meglio l'ordine di bonifico dal conto _____ Mi_____ al conto _____ presso _____ di Lit. 200'000'000 il 3 aprile 1998 (cfr. doc. B allegato 29A.6), l'ordine di bonifico dal conto _____ Mi_____ al conto _____ di US\$ 100'000.- il 16 gennaio 2001 (cfr. doc. B allegato 29A.7) e l'ordine di bonifico dal conto _____ Mi_____ al conto _____ presso _____ di GB£ 195'000.- il 16 novembre 2001 (cfr. doc. B allegato 29A.8), ritenuto che N_____ risultava essere la titolare dei conti _____ e _____ (cfr. doc. B p. 10 e 12 e allegati 14A e 19A) rispettivamente l'avente diritto economico del conto _____ (cfr. doc. B p. 9 e allegato 9) - imponevano il risarcimento di € 103'291.- (pari a Lit. 200'000'000), US\$ 100'000.-, GB£ 195'000.-, US\$ 156'548.- e US\$ 44'621.-, che il giudice di prime cure, tenendo conto della sua importante concolpa, aveva in definitiva

ammesso in ragione del 30% e meglio per € 30'983.70, US\$ 30'000.-, GB£ 58'500.-, US\$ 46'964.40 e US\$ 13'386.30.

E. 14.1

Il rimprovero mosso alla convenuta di non essersi accorta, e con ciò di non aver informato l'attrice, del fatto che N _____, scelta da quest'ultima come gestore esterno dei conti _____ Mi _____ e _____ Tri _____, fosse una persona incapace e disonesta e dunque da sconsigliare, rispettivamente del fatto che essa stesse effettuando i 5 atti di appropriazione indebita o di truffa a suo danno è ampiamente infondato. Sulla prima questione, senza che occorra approfondire la questione dell'incapacità di N _____ - irrilevante per l'esito della lite, anche perché non è stata quella circostanza ad aver causato il danno di cui si prevale ora l'attrice -, si osserva che i funzionari della convenuta hanno dichiarato di non aver mai pensato, almeno fino a che nel dicembre 2001 l'attrice aveva contestato di aver ordinato alcuni trasferimenti o prelievi andati a favore di N _____, che quest'ultima fosse una persona disonesta (doc. N p. 1 seg., NN p. 4). L'attrice non ha in ogni caso versato agli atti alcuna prova atta a comprovare una loro eventuale conoscenza della sua disonestà, che essa stessa avrebbe semmai avuto motivo di sospettare essendo stata informata nel corso del 2000 da un'amica, tale _____, invero a suo dire non del tutto attendibile (doc. 85 p. 8), che N _____ le avrebbe in precedenza sottratto Lit. 1'000'000'000, poi successivamente restituiti (doc. FF p. 2 e 85 p. 7; teste _____ p. 6): a questo proposito risulta in effetti che ai funzionari della convenuta sia stato semplicemente accennato che N _____ aveva avuto non meglio precisati problemi con dei conoscenti (doc. N p. 2). Sulla seconda, si osserva che nulla agli atti permette di confermare che la convenuta fosse consapevole che N _____ in occasione dei 5 trasferimenti e prelievi qui in discussione stesse agendo a scapito della cliente (teste _____ p. 19). Per altro neanche in questo caso l'attrice è stata in grado di fornire delle prove a sostegno della sua tesi.

E. 14.2

Resta da esaminare se la convenuta possa essere resa responsabile per aver dato seguito alle 5 operazioni di trasferimento o prelievo qui litigiose.

E. 14.2.1

Il denaro depositato su un conto bancario aperto a nome di un cliente è di proprietà della banca, verso la quale il cliente ha unicamente un credito. Pertanto, girando o versando questi soldi a un terzo, la banca trasferisce il proprio denaro. Quando lo fa in esecuzione di un ordine del cliente essa, nella misura in cui regolarmente esegua il mandato, acquisisce verso di lui un credito dell'importo corrispondente (art. 401 cpv. 1 CO). Per contro, quando la banca esegue l'ordine di pagamento senza ordine del cliente, per esempio sulla base di un ordine di un terzo non autorizzato, non nasce alcun credito di rimborso verso il cliente non implicato nell'operazione: il danno derivante dal pagamento indebito rimane un danno della banca, non del cliente, e la questione della riparazione del danno subito da quest'ultimo in relazione con una violazione del dovere di diligenza della banca non si pone. Tutt'al più la banca può chiedere il risarcimento del proprio danno al cliente, nella misura in cui egli abbia contribuito colpevolmente a crearlo, segnatamente nel caso in cui quest'ultimo ha in qualche modo incitato o indotto la banca a procedere al pagamento illecito; ma, al di fuori di questa ipotesi il cliente non deve sopportare il pregiudizio, nemmeno in difetto di una

colpa della banca (cfr. sull'intera questione DTF 132 III 449 consid. 4; TF 29 gennaio 2008 4A_438/2007 consid. 5.1, 23 febbraio 2010 4A_398/2009 consid. 5.1.1).

E. 14.2.2

L'attrice ha pacificamente ammesso che i 2 prelevamenti sanzionati nell'ambito del reato di appropriazione indebita (quelli di US\$ 44'621.- il 14 ottobre 1999 e di US\$ 156'548.- il 23 dicembre 1999) sono avvenuti sulla base di altrettanti ordini di prelevamento da lei sottoscritti a favore di N_____ con l'indicazione del conto di partenza lasciata in bianco (doc. 84 p. 4, 85 p. 6 seg., 87 p. 2; cfr. pure verbale del dibattimento penale del 25 marzo 2004 p. 4), posizione questa che è poi stata completata da N_____ (sull'intera questione, cfr. doc. II p. 39-42), e che, analogamente, anche i 3 trasferimenti sanzionati nell'ambito del reato di truffa (quelli di Lit. 200'000'000 il 3 aprile 1998, di US\$ 100'000.- il 16 gennaio 2001 e di GB£ 195'000.- il 16 novembre 2001) sono avvenuti sulla base di altrettanti ordini di bonifico sottoscritti dall'attrice con l'indicazione del conto di partenza ed ora anche di arrivo lasciate in bianco (doc. 83 p. 9 e 15, 84 p. 4, 85 p. 6 seg., 87 p. 4 seg.; cfr. pure verbale del dibattimento penale del 25 marzo 2004 p. 4; testi _____ p. 3 seg. e _____ p. 18), posizioni queste che sono in seguito state a loro volta completate da N_____ (sull'intera questione, cfr. doc. II p. 28-31 e 32-39). Come ammesso dalla stessa attrice e accertato in sede penale, le firme da lei apposte su quei documenti erano autentiche e non erano state fotocopiate da N_____. È pure stato appurato che ad un certo momento, che può essere individuato a far tempo dal 2000 (l'attrice stessa, che in un primo tempo aveva ricondotto l'episodio al 1998 [doc. 85 p. 7], ha in effetti poi ritenuto corretta la sua datazione al 2000 [doc. FF p. 2 e 4], sostanzialmente confermata dai funzionari della convenuta [cfr. teste _____, che a p. 2 seg. del doc. FF parla appunto di quell'anno, nonostante il teste _____, a p. 18 seg. della sua testimonianza e a p. 2 del doc. N, pareva propenso a farlo risalire già al 1999]), essa aveva dato istruzioni alla convenuta nel senso che i prelevamenti e i trasferimenti dai suoi conti potessero avvenire solo previa conferma telefonica, di cui per altro non sono stati regolamentati i dettagli operativi. Nel seguito la convenuta si è attenuta a questa istruzione (doc. FF p. 2 e 85 p. 7), chiedendo regolarmente all'attrice di confermarle l'esistenza dell'ordine e l'importo, senonché, per motivi di riservatezza, essa in occasione delle verifiche telefoniche non le ha mai chiesto di indicare il conto partenza - che per altro era evidente (doc. N p. 2) - e soprattutto quello di destinazione, quest'ultimo indicato solo con il termine della città verso cui doveva avvenire il bonifico (sul tema, cfr. doc. N p. 2, FF p. 2, NN p. 3, 85 p. 7 seg., II p. 30; testi _____ p. 18 e _____ p. 10), ciò che non ha in definitiva permesso di individuare le malversazioni effettuate da N_____.

E. 14.2.3

Sulla base di questi fatti, si possono trarre le seguenti conclusioni sulle pretese risarcitorie dell'attrice.

E. 14.2.3.1

La convenuta non può essere condannata a rifondere la somma di Lit. 200'000'000 [ora corrispondenti a € 103'291.-] relativa all'ordine di bonifico del 3 aprile 1998. A quel momento non era in effetti ancora stata imposta la verifica telefonica del relativo ordine di bonifico, che concretamente era stato allestito in bianco proprio dall'attrice, fermo restando che il rischio della sua illecita completazione da parte di terzi doveva rimanere a suo carico

(TF 15 dicembre 2003 4C.28/2003 consid. 3.2.1 [= doc. 90], 26 novembre 2014 9C_141/2014 consid. 4.3, 24 febbraio 2015 9C_464/2014 consid. 3.3). In base ai principi rammentati in precedenza la convenuta, pacificamente in buona fede al momento dei fatti (la buona fede è per altro presunta, art. 3 cpv. 1 CC), ha dunque acquisito verso l'attrice un credito dell'importo corrispondente a quello oggetto dell'ordine di bonifico.

E. 14.2.3.2

È pure escluso che la convenuta possa essere condannata a rifondere all'attrice le due somme di US\$ 44'621.- e US\$ 156'548.- relative agli ordini di prelevamento di Lit. 80'000'000 il 14 ottobre 1999 e di Lit. 300'000'000 del 23 dicembre 1999. Da una parte, in applicazione dell'art. 84 CO, l'attrice avrebbe in effetti dovuto chiedere il risarcimento del relativo pregiudizio nella valuta in cui lo stesso si è prodotto, che è ovviamente quello indicato negli ordini di prelevamento illeciti, ossia in Lit. (ora €), e non - come invece da lei fatto - in US\$, poco importando se quelle somme, in forza di un'operazione di cambio necessaria per tener conto della valuta del conto, siano poi state addebitate sul conto dell'attrice in quest'ultima moneta (cfr. doc. B p. 31 seg. e allegati 29A.2 e 29A.1). Dall'altra, si osserva che anche in questo caso i relativi ordini di prelevamento sono stati impartiti prima che le parti avessero previsto l'esigenza della verifica telefonica, per cui vale per analogia quanto si è appena detto con riferimento all'ordine di bonifico del 3 aprile 1998. Ma quand'anche, per ipotesi, si volesse ammettere che gli stessi fossero stati impartiti dopo il conferimento di quell'istruzione, resta comunque il fatto che quest'ultima non avrebbe permesso di impedire l'appropriazione indebita da parte di N_____, visto e considerato che gli ordini di prelevamento erano per loro natura da effettuare a favore di N_____ che li aveva presentati alla banca e che l'abuso da parte di costei non era dunque stato causato dalla mancata verifica del conto di destinazione (che, in presenza di un ordine di prelevamento, neppure esisteva), ma dal fatto che in seguito sono stati da lei trattenuti e non sono stati invece utilizzati in base alle istruzioni fornite dell'attrice.

E. 14.2.3.3

Più complesso è il discorso per la domanda di risarcimento delle somme di US\$ 100'000.- e di GB£ 195'000.- relative agli ordini di bonifico del 16 gennaio 2001 e del 16 novembre 2001, che sono stati incontestabilmente impartiti dopo che l'attrice aveva dato alla convenuta l'istruzione di eseguirli solo previa conferma telefonica da parte sua. Già si è detto in precedenza che non era chiaro quali fossero le modalità operative per effettuare una tale verifica. Atteso però che lo scopo dell'istruzione era quello di evitare che la banca desse seguito ad eventuali ordini illeciti, appare ad ogni modo scontato che la stessa dovesse essere la più completa ed accurata possibile ed in particolare dovesse avere per oggetto anche l'identificazione del conto partenza e soprattutto di destinazione. Come si è visto, la convenuta non ha in realtà ritenuto, per motivi di riservatezza invero comprensibili ma non comunque non tali da escludere la sua responsabilità, di effettuare anche quelle verifiche (non essendo ancora sufficiente per l'identificazione l'indicazione della città dove avrebbe dovuto essere versato il denaro, comunque utile), ed in tal modo è venuta meno agli obblighi contrattuali che le erano stati imposti. Ritenuto però che la situazione di rischio di pagamento erroneo a terzi, che alla luce dei principi menzionati in precedenza doveva in tal caso rimanere a carico della convenuta, era stata concretamente provocata dall'attrice, la quale - come detto - aveva allestito gli ordini di bonifico in bianco (tali cioè da essere completati da terzi in modo abusivo), appare giustificato, sempre in base ai principi esposti

in precedenza, porre parzialmente a carico dell'attrice il danno subito dalla convenuta. Quanto alla misura di questa "concolpa", questa Camera, alla luce delle circostanze che precedono, ritiene di poter senz'altro confermare la percentuale del 70% indicata dal Pretore; tanto più che quando il giudice applica le regole del diritto e dell'equità nei casi in cui la legge gli riserva il libero apprezzamento o quando lo incarica di decidere secondo le circostanze, come nel concreto caso, l'autorità d'appello può riesaminare una tale valutazione con estrema prudenza, intervenendo solo quando le decisioni del primo giudice siano manifestamente ingiuste o di un'iniquità scioccante (DTF 109 II 391 consid. 3, 123 III 10 consid. 4c/aa; II CCA 8 novembre 2010 inc. n. 12.2009.123, 24 novembre 2010 inc. n. 12.2009.215, 4 febbraio 2011 inc. n. 12.2009.207, 30 maggio 2011 inc. n. 12.2009.48, 28 agosto 2012 inc. n. 12.2011.14) , ciò che non è manifestamente il caso nella presente fattispecie.

E. 14.2.3.4

Per le operazioni effettuate da N _____ la convenuta è così tenuta a rifondere all'attrice US\$ 30'000.- e GB£ 58'500.-. Anche in questo caso essa non può in effetti nascondersi dietro la presunta ratifica delle operazioni da parte dell'attrice, ritenuto che queste ultime, e soprattutto la loro irregolarità, non era evincibile dai resoconti da lei sottoscritti, né le era stata altrimenti comunicata. pretese compensatorie della convenuta

E. 15

Irricevibile, siccome proposto per la prima volta solo in sede conclusionale (art. 78 CPC/TI e contrario), e comunque ampiamente infondato è invece l'assunto della convenuta secondo cui dagli eventuali crediti spettanti alla controparte nei suoi confronti dovrebbero in ogni caso essere dedotti gli utili ottenuti dall'attrice nell'ambito della gestione del conto _____ Mi _____, effettuata dalla sola N _____ rispettivamente, in precedenza (dal 2 ottobre 1997 al 22 marzo 1999, cfr. doc. B p. 7 e allegato 5B), da lei e da V _____ congiuntamente. eccezione di prescrizione

E. 16

La convenuta ha infine riproposto in questa sede l'eccezione di prescrizione, rilevando in sostanza come le pretese attoree trasformate in valuta straniera in occasione della domanda di mutazione dell'azione del 24 febbraio 2010 fossero inesorabilmente prescritte, siccome a far tempo dal 23 febbraio 2000 non vi erano stati atti interruttivi della prescrizione, il cui termine aveva già iniziato a decorrere in precedenza. Se da una parte essa ha senz'altro ragione laddove rimprovera al Pretore di aver ritenuto irricevibile la relativa eccezione da lei sollevata in occasione della domanda di restituzione in intero 3 maggio 2011, in realtà perfettamente ammissibile in virtù dei combinati disposti degli art. 80 cpv. 1 lett. b e 138 CPC/TI rispettivamente dell'art. 80 cpv. 2 CPC/TI, dall'altra resta comunque il fatto che, come rilevato abbondanzialmente dal giudice di prime cure, l'eccezione è chiaramente infondata. La convenuta dà giustamente atto, sia pure in maniera implicita, che il termine di prescrizione applicabile nella presente fattispecie è quello generale di 10 anni dell'art. 127 CO. Ritenuto che il termine di prescrizione per le pretese in esame inizia a decorrere dal momento in cui il contratto con la banca è giunto a scadenza (DTF 99 II 442 consid. 5c, 133 III 37 consid. 3.2; TF 24 febbraio 2012 5A_30/2009 consid. 4.4.2; II CCA 26 giugno 2013 inc. n. 12.2011.167) e che nel caso concreto lo stesso era ancora in essere in data 3 dicembre 2001, quando cioè ai gestori esterni sono stati revocati i relativi mandati di

gestione, è incontestabile che le pretese attoree trasformate in valuta straniera non erano ancora prescritte allorché il 24 febbraio 2010 sono state finalmente azionate (tanto più che il decreto pretorile che aveva ammesso la mutazione dell'azione era stato reso il 13 aprile 2011, cioè entro 10 anni da quella data). Se ciò non bastasse, si osserva che il termine di prescrizione decennale era in ogni caso stato interrotto ai sensi dell'art. 135 n. 2 CO l'8 aprile 2002 e il 3 aprile 2003 con l'inoltro nei confronti della convenuta di due precetti esecutivi di fr. 11'102'000.- oltre interessi al 5% dal 13 febbraio 2002 (doc. L), ritenuto che in entrambi i casi negli atti esecutivi era stato indicato che quella somma corrispondeva a US\$ 6'500'000.-, sicché da quel momento giusta l'art. 137 cpv. 1 CO aveva in ogni caso cominciato a decorrere un nuovo termine decennale, non ancora scaduto al momento dell'inoltro della domanda di mutazione dell'azione, rispettivamente del suo accoglimento.

E. 17

Alla luce di quanto precede, la petizione, in parziale accoglimento dell'appello, deve pertanto essere ammessa nel senso della condanna della convenuta al pagamento di US\$ 357'356.35 (US\$ 267'082.20 + US\$ 54'703.10 + US\$ 35'571.05) oltre interessi al 5% dal 3 dicembre 2001, di US\$ 30'000.- oltre interessi al 5% dal 16 gennaio 2001 e di GB£ 58'500.- oltre interessi al 5% dal 16 novembre 2001 e nel senso che l'opposizione interposta al PE deve essere rigettata per fr. 492'437.05 oltre interessi al 5% dal 3 dicembre 2001, per fr. 41'340.- oltre interessi al 5% dal 16 gennaio 2001 e per fr. 126'360.- oltre interessi al 5% dal 16 novembre 2001. Le spese processuali e le ripetibili di entrambe le sedi seguono la rispettiva soccombenza delle parti (art. 148 CPC/TI e 106 CPC), fermo restando che per la procedura di primo grado questa Camera, onde non statuire ultra petita (art. 58 cpv. 1 CPC), può riconoscere alla convenuta solo l'indennità ripetibile di fr. 451'430.- da lei qui rivendicata (appello p. 6 e 8). Per determinare le spese e le ripetibili della procedura di secondo grado si è tenuto conto di un valore litigioso di US\$ 2'438'462.20 (US\$ 13'386.30 + US\$ 46'964.40 + US\$ 30'000.- + US\$ 390'451.- + US\$ 1'957'660.50), di € 30'983.70 e di GB£ 58'500.-. Per i quali motivi, richiamati l'art. 106 CPC e la TG decide: I. L'appello 5 settembre 2013 di AP 1 è parzialmente accolto. Di conseguenza la sentenza 23 luglio 2013 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 pagare a AO 1 US\$ 357'356.35 oltre interessi al 5% dal 3 dicembre 2001, US\$ 30'000.- oltre interessi al 5% dal 16 gennaio 2001 e GB£ 58'500.- oltre interessi al 5% dal 16 novembre 2001. 2. L'opposizione interposta al PE n. _____ dell'UE di Zurigo 2 è rigettata in via definitiva limitatamente a fr. 492'437.05 oltre interessi al 5% dal 3 dicembre 2001, a fr. 41'340.- oltre interessi al 5% dal 16 gennaio 2001 e a fr. 126'360.- oltre interessi al 5% dal 16 novembre 2001. 3. La tassa di giustizia di fr. 60'000.- e le spese di fr. 49'000.-, da anticipare così come anticipate, sono poste a carico dall'attrice per 19/20 e della convenuta per 1/20. L'attrice rifonderà alla convenuta fr. 451'430.- a titolo di ripetibili. II. Le spese processuali di fr. 40'000.- sono a carico dell'appellante per 1/5 e per 4/5 sono poste a carico dell'appellata, che rifonderà alla controparte fr. 40'000.- 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.