

# GR\_GERICHTE ZK2 2013 4 vom 3. August 2017

GR Gerichte, 2017-08-03, IT

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr\\_gerichte\\_ZK2\\_2013\\_4](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_ZK2_2013_4)

FR: GR\_GERICHTE ZK2 2013 4 du 3 août 2017

IT: GR\_GERICHTE ZK2 2013 4 del 3 agosto 2017

## Regeste

adempimento contrattuale (pretesa di credito) | Berufung OR Allgemeine Bestimmungen

## Erwägungen

### E. 5

Come previamente considerato, le rivendicazioni di parte appellante mirano all'annullamento della decisione impugnata e la pretesa materiale verte sull'adempimento del contratto. Rilevante nella presente evenienza è la conseguenza legale che subentra in caso di procura apparente. A tal proposito l'appellata prevede una ripartizione della responsabilità nelle sue condizioni generali. Nel seguito verrà innanzitutto analizzata la natura giuridica della clausola trasferente il rischio del danno subito incisa nelle condizioni bancarie dell'appellata. Secondariamente si procederà ad accertare se nell'ambito della presente fattispecie appena costatata si sia ottemperato agli obblighi di diligenza previsti o riconosciuti dalla legge, rispettivamente, se ciò non fosse il caso, in quale misura tali obblighi siano stati violati e se ciò comporti la nullità della clausola in questione.

### E. 5.1

Si è detto sopra che, come l'istanza inferiore, non si ritiene qui necessario qualificare dettagliatamente la relazione contrattuale tra le parti. Ciò sostanzialmente giacché è sufficiente constatare il principio secondo cui se la banca ha consegnato il denaro depositato a una persona non legittimata, l'obbligazione nei confronti del deponente fondamentalmente non si estingue. Nel caso concreto è soltanto controversa la questione se questa regola sia stata sostituita mediante condizioni generali di contratto divergenti. Parte convenuta appoggia questa visione, precisando che sarebbe sufficiente chiarire chi porta il rischio in caso di transazioni non autorizzate. Parte attrice dal canto suo vuole invece qualificare tale rapporto contrattuale quale deposito ai sensi degli artt. 472 segg. CO. Ora, in una relazione d'affari con una banca si ritrovano caratteristiche tipiche del contratto di deposito, di prestito e di mandato, sicché non è in definitiva errato parlare di un contratto misto. Ciò premesso, la dottrina e la giurisprudenza hanno rinunciato a una qualificazione giuridica esatta di simili accordi, ritenendo che essa dipenda in definitiva dalle particolarità del singolo contratto concluso tra la banca e il cliente. Per quanto riguarda la responsabilità della banca si è tuttavia potuto constatare che la maggior parte delle pattuizioni, pur nella loro diversità, presentano elementi che si rifanno al mandato. Ne consegue che la presente fattispecie può di principio essere esaminata sotto l'ottica del contratto di mandato ai sensi degli artt. 394 segg. CO (vedi la già citata sentenza della seconda Camera civile del Tribunale d'appello del Canton Ticino 12.2004.94 del 25 luglio 2005 consid. 7 con diversi rinvii; cfr. in particolare WALTER FELLMANN, in Berner Kommentar, vol. VI/2/2, Der einfache Auftrag – Art. 394-406 OR, Berna 1992, n. 430 ad art. 398 CO). È con questo in mente che si proseguirà nell'analisi del caso in giudizio.

### **E. 5.2**

Il diritto privato è di principio di natura dispositiva. In altre parole, le parti possono derogarvi, nei limiti stabiliti dalla legge e dalla giurisprudenza. Stante il carattere dispositivo anche della regolamentazione sulla ripartizione del rischio, le banche hanno a più riprese cercato, con l'adozione di particolari clausole nelle loro condizioni generali di contratto, di ribaltare sul cliente il rischio di un'errata prestazione. In quelle escludono di regola la propria responsabilità, salvo per casi di colpa grave. Con la sottoscrizione del contratto concreto, al quale sono regolarmente allegati a punto le condizioni generali di contratto, il cliente accetta – o meglio deve accettare – di assumersi il rischio. Tuttavia l'art. 100 CO, il quale si applica per analogia a tali clausole ed è di natura vincolante (WOLFGANG WIEGAND, in *Basler Kommentar zum Obligationenrecht I*, 6a ed., Basilea 2015, n. 1 ad art. 100 CO), pone dei limiti a un tale ribalto del rischio sul cliente. Nella misura in cui escludono la responsabilità per colpa grave, delle simili clausole sono senza portata sin dall'inizio (cpv. 1). Inoltre, la preventiva rinuncia alla responsabilità dipendente da colpa leggera può essere considerata nulla, secondo il prudente criterio del giudice, qualora al momento della rinuncia la parte rinunciante fosse al servizio dell'altra o qualora la responsabilità consegua dall'esercizio di un'industria sottoposta a pubblica concessione (cpv. 2). Secondo la giurisprudenza costante (dalla DTF 112 II 450 in poi), anche le banche costituiscono una tale industria ai sensi di detta norma, sebbene in effetti siano in possesso di un'autorizzazione di polizia. La questione è dunque regolarmente se nel caso concreto la clausola di trasferimento del rischio del danno produca effetto giuridico, partendo dall'analisi del grado di colpa e tenendo conto delle circostanze concrete secondo apprezzamento del giudice, in particolare nel caso vi fosse solo una colpa lieve.

### **E. 5.3**

Nell'occorrenza la banca convenuta ha escluso la responsabilità per colpa lieve nelle sue condizioni d'affari generali. Trattasi di sapere se tale esclusione è valida. In applicazione della regola dell'insolita nel contesto dell'interpretazione di condizioni generali di contratto (cfr. l'art. 8 della Legge federale contro la concorrenza sleale del 19 dicembre 1986 [LCSI; RS 241]), l'appellante postula qui in particolare un'opinione di dottrina (vedi il saggio di PETER GAUCH, *Die Vertragshaftung der Banken und ihre AVG*, in *recht* 2006, quaderno 3, pagg. 77 segg.), secondo la quale l'esclusione di colpa lieve nelle condizioni generali di contratto preformulate non sarebbe rilevante nemmeno in caso di negligenza lieve. A sostegno di tale tesi l'autore ritiene che la maggioranza della clientela di una banca in ogni caso non dovrebbe aspettarsi che nelle condizioni preformulate la banca rifiuti di rispondere pienamente di completa diligenza, dopo che persino l'allora Commissione delle banche [nel frattempo sostituita dalla FINMA] al

pagina 32 — 47 momento della concessione dell'autorizzazione a esercitare l'attività si attendeva che le persone incaricate dell'amministrazione e direzione della banca avrebbero garantito un'attività irreprensibile (vedi l'art. 3 cpv. 2 lett. c della Legge federale sulle banche e le casse di risparmio dell'8 novembre 1934 [Legge sulle banche, LBCR; RS 952.0]). In merito alla finzione di approvazione delle clausole di contestazione, inoltre, la maggioranza della clientela sarebbe verosimilmente colta di sorpresa dalla finzione di un'approvazione e/o delle sue conseguenze, previste dalle condizioni generali di contratto in caso di contestazione tardiva, sapendo che la tardività verrebbe anch'essa definita dalle

stesse condizioni generali di contratto (vedi per il tutto PETER GAUCH, op. cit., pag. 83). La giurisprudenza, comunque, – finora – non si è (ancora) pronunciata favorevolmente in tal senso, lasciando aperta la questione se, in applicazione delle norme del mandato, sia possibile effettuare un'esclusione di responsabilità, siccome essa contraddirebbe la responsabilità del mandatario per la fedele e diligente esecuzione degli affari affidatigli stabilita dalla legge (art. 398 cpv. 2 CO); l'opinione nella dottrina è invece controversa (cfr. la DTF 124 III 155 consid. 3.c con i riferimenti alla dottrina). Riassumendo, l'attuale prassi del Tribunale federale consente quindi di principio di prevedere delle clausole bancarie atte a trasferire il rischio di responsabilità, dovendo tuttavia sottoporle ciononostante perlomeno al controllo di compatibilità con la normativa dell'art. 100 CO, applicato per analogia in casi simili (cfr. DTF 132 III 149 consid. 2). Basilarmente, nel caso in esame la clausola di trasferimento del rischio, firmata dall'attore al momento dell'apertura del conto di deposito, è stata integrata nel rapporto giuridico tra le parti ed è dunque principalmente valida. Ugualmente è da ritenersi fondamentalmente vincolante per entrambe le parti anche la clausola n. 10 di finzione di approvazione correlata fra l'altro alla clausola n. 8 disponente l'effetto della modalità 'fermo banca' in quanto alle comunicazioni.

#### **E. 5.4**

La disposizione principalmente rilevante, oggetto del presente contenzioso e ancorata nelle 'condizioni d'affari generali' sottoscritte dall'appellante, è il n. 6 che prevede l'assunzione dal cliente dei danni derivanti da difetti di legittimazione sfuggiti al controllo nonché da falsificazioni, a meno che non vi sia colpa grave da parte della banca (vedi A. supra). Qui non d'interesse è una colpa con dolo. In merito alla convenuta entra in considerazione solamente un atto negligente. Una negligenza grave viene assunta quando vengono trascurati gli imperativi di cautela più elementari e con ciò l'agire della persona in fallo appare del tutto incomprensibile. Con grave negligenza agisce colui che non intraprende le misure che avrebbero dovuto apparire chiare a ogni persona ragionevole posta nella pagina 33 — 47 stessa situazione e nelle stesse circostanze. Di conseguenza secondo la dottrina maggioritaria la negligenza è soltanto lieve se non è grave, benché di recente si sia anche cominciato a introdurre un livello intermedio di colpa (cfr. CHRISTIAN HEIERLI/ANTON K. SCHNYDER, in Basler Kommentar zum Obligationenrecht I, op. cit., n. 49 e 50 ad art. 41 CO con riferimento a pregiudizi). Nell'esercizio del suo potere d'apprezzamento, in applicazione delle regole del diritto e dell'equità di cui all'art. 4 CC, il giudice deve esaminare la clausola di trasferimento del rischio tenendo conto di ulteriori stipulazioni contrattuali e dell'insieme di circostanze del caso specifico. Deve inoltre considerare da una parte il bisogno di protezione dei clienti contro le clausole unilateralmente preformulate, le quali i clienti praticamente non possono discutere, così come figurano nelle condizioni generali di contratto, e dall'altra l'interesse che può avere la banca a premunirsi contro determinati rischi, la cui realizzazione è difficile da evitare (DTF 132 III 449 consid. 2; sentenza del Tribunale federale 4C.315/2005 del 2 maggio 2006 consid. 7.1; DTF 112 II 450 consid. 3.a).

#### **E. 5.5**

L'appellante sostiene che la colpa della banca convenuta, rispettivamente quella addossatale proveniente dall'agire delle due persone ausiliari, sarebbe grave, di conseguenza il danno emerso andrebbe assunto dalla banca qui appellata. La banca lo contesta, fa valere di non aver agito con colpa e rinvia per il resto alla sua clausola di esclusione della responsabilità.

Va esaminata l'argomentazione delle parti nel quadro giuridico e tenendo conto delle risultanze probatorie.

#### **E. 5.5.1**

Al fine di valutare un'eventuale colpa dell'appellata, l'appellante ricorre fra l'altro alle direttive dell'Associazione Svizzera dei Banchieri (ASB) e alle disposizioni della Legge federale relativa alla lotta contro il riciclaggio di denaro e il finanziamento del terrorismo del 10 ottobre 1997 (Legge sul riciclaggio di denaro, LRD; RS 955.0). Può senz'altro essere utile servirsi di una base legale indicante la diligenza presumibilmente esigibile dalla banca, facendo capo non solo alle direttive interne e del settore, ma, se necessario, sussidiariamente anche all'art. 398 CO. Sebbene nel caso delle direttive dell'ASB si tratti di un accordo interno tra un'associazione e le banche sottoscriventi nonché, in virtù del suo carattere obbligatorio, quelle non sottoscriventi, quindi di per sé autodisciplinante, secondo la dottrina le direttive ivi contenute servono a complemento per la concretizzazione dei doveri di diligenza delle banche (cfr. WALTER FELLMANN, op. cit., n. 432 ad art. 398 CO; MONIKA ROTH, Die Standesregeln der Schweizer Banken und ihre Relevanz für eine Haftung aus Vertrag und aus Delikt, Basilea 2004, pagg. 189

pagina 34 — 47 segg.). Per il presente caso fa dunque stato anche la Convenzione relativa all'obbligo di diligenza delle banche vigente allora, ovvero la CDB 03 del 2 dicembre 2002. I primi giudici si sono inoltre pronunciati sulla non applicabilità delle disposizioni dell'Ordinanza dell'allora competente Commissione delle banche relativa alla lotta contro il riciclaggio di denaro del 18 dicembre 2002 (RU 2003 554, abrogata il 1° gennaio 2011), in quanto vi mancherebbe un nesso tematico con la fattispecie in questione. Del resto hanno giudicato che le misure di diligenza previste da detta ordinanza sarebbero state comunque intraprese o sarebbero state inservibili a impedire i versamenti. In sede d'appello, l'attore propone ora le normative della relativa legge (LRD), in particolare in connessione con l'obbligo di documentazione, il quale l'appellata, stando a lui, non avrebbe adempiuto. Tale legge parte da un approccio materiale del concetto di diligenza in merito agli intermediari finanziari (cfr. l'art. 1 LRD; vedi inoltre il Messaggio del Consiglio federale del 17 giugno 1996 in FF 1996 III 1009 ad art. 1; RALPH WYSS, in DANIEL THELESKLAFF/RALPH WYSS/DAVE ZOLLINGER, Kommentar zum Geldwäschereigesetz, Zurigo 2003, n. 1, 2 e 5 ad art. 1 LRD). Nella misura in cui sono pertinenti al caso di specie, le disposizioni della LRD, come quelle della CDB 03, possono quindi senz'altro contribuire alla concretizzazione degli obblighi di diligenza.

#### **E. 5.5.2**

Stando alla previgente CDB 03, di regola, quando il cliente si presenta di persona, la banca accerta l'identità del contraente prendendo visione di un documento di legittimazione con fotografia (passaporto, carta d'identità, licenza di condurre o simili) che viene fotocopiato annotando i dati richiesti secondo la n. 22 (n. 9 CDB 03). Se l'identità del contraente è già stata accertata, non è necessario ripetere tale procedura (n. 19 CDB 03). Inoltre la banca deve seguire gli obblighi di diligenza ordinari con rispetto a documenti contraffatti. Alla persona addetta allo sportello devono in tal senso perlomeno essere noti gli attributi del documento da esaminare, ed è consigliata anche la conoscenza delle comuni differenze tra contraffazione e originale. Tuttavia il mero fatto di accettare invece documenti d'identità professionalmente falsificati, la cui contraffazione non è riconoscibile a occhio nudo, non può essere reputato un'infrazione alle disposizioni della CDB 03 (vedi BARBARA

BRÜHWILER/KATHRIN HEIM, Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken 2003 – Praxiskommentar, Zurigo 2006, n. 3 pag. 27). Giusta l'art. 3 cpv. 1 CDB 03 la banca deve determinare l'avente diritto economico usando la diligenza richiesta dalle circostanze. Quando sussistono dubbi sul fatto che il contraente coincida con l'avente diritto economico, le banche devono esigere dal contraente una dichiarazione scritta, per mezzo del formulario A, con la quale egli attesti chi sia l'avente diritto economico. Analogamente, l'art. 4 cpv. 1

pagina 35 — 47 lett. a LRD statuisce altresì che l'intermediario finanziario deve richiedere alla controparte una dichiarazione scritta indicante l'avente economicamente diritto, se non c'è identità tra la controparte e l'avente diritto economico o se sussistono dubbi in merito. Sussistono dubbi e deve essere pretesa la compilazione del formulario A segnatamente nel caso in cui venga rilasciata procura in favore di una persona la quale, manifestamente, non ha rapporti sufficientemente stretti con il contraente oppure quando la banca rilevi, nel corso del rapporto con il cliente, delle circostanze insolite (art. 3 cpv. 1 CDB 03 in combinato disposto con la n. 25 cpv. 2 lemmi 1 e 3 CDB 03). Altrimenti la banca è legittimata a presumere che il contraente coincida con l'avente diritto economico (n. 25 cpv. 1 CDB 03). In generale si può partire dal presupposto che esista una relazione stretta se il cliente esprime una corrispondente spiegazione. I requisiti per l'identificazione variano però a dipendenza della situazione (cfr. BARBARA BRÜHWILER/KATHRIN HEIM, op. cit., n. 6 pag. 110). Anche se il contraente è già stato identificato, occorre ripetere la procedura d'identificazione quando nel corso delle relazioni d'affari sorgono dubbi: riguardanti l'esattezza delle indicazioni date sull'identità del contraente, se il contraente sia lui stesso l'avente diritto economico, o se la dichiarazione riguardante l'avente diritto economico corrisponda alla realtà (art. 6 cpv. 1 lemma 1 CDB 03). Va inoltre osservato che il procuratore non soggiace a un'identificazione ufficiale – anche se egli può disporre autonomamente della relazione di clientela del contraente –, poiché non è parte contraente della relazione tra banca e cliente. Per motivi di diritto civile però, proseguono le commentatrici della CDB 03, si imporrebbe invece ovviamente perlomeno di verificare la legittimità anche di queste persone (cfr. BARBARA BRÜHWILER/KATHRIN HEIM, op. cit., n. 6 pag. 13). Va infine definita la posizione giuridica del procuratore alla stregua della CDB 03, onde poter giudicare gli obblighi d'identificazione. L'avente diritto economico è colui che, di fatto, può disporre dei valori patrimoniali ed è la persona a cui tali valori appartengono dal punto di vista economico (DTF 125 IV 139 consid. 3.c). In egli risiedono la possibilità nonché la volontà di dominio sugli averi depositi in banca. Costui va distinto dal concetto di 'contraente' oppure 'cliente', il quale è la parte contraente di una banca nel contesto di un negozio finanziario. Questa terminologia non va confusa con il potere di rappresentanza del procuratore. Quest'ultimo difatti è legittimato a effettuare liberamente delle operazioni concernenti i beni della relazione bancaria del mandante, tuttavia soltanto a nome e per conto del contraente titolare del conto. Nel caso che qui ci occupa X.\_\_\_\_\_ è il cliente/contraente nonché avente diritto economico della relazione bancaria in discussione, mentre il 'falso Z.\_\_\_\_\_ ' è il preteso procuratore.

pagina 36 — 47

### **E. 5.5.3**

Come si è dovuto constatare, nell'occorrenza non è provato cos'abbiano fatto in concreto B.\_\_\_\_\_ e A.\_\_\_\_\_. In base alle risultanze dell'apprezzamento delle prove si è concluso sopra già che il comportamento delle impiegate della convenuta, sotto un'ottica generale,

non è stato particolarmente diligente. A maggior ragione si deve giudicare qui come gravemente negligente l'agire della banca, tenuta questa a garantire un procedere ben più cauto sotto l'aspetto di diligenza che una persona qualsiasi che prenda in consegna del denaro nell'ambito di un semplice contratto di prestito fra privati, in particolare se si consulta le norme applicabili nel campo bancario. Dal punto di vista della legislazione antiriciclaggio, ma anche della CDB 03 e la prassi in merito, ad esempio, l'identificazione delle due persone presentatesi allo sportello quel famigerato 18 maggio 2004 e del falsus procurator quei quattro episodi nel mese successivo non può essere ritenuta sufficiente. Vi sono diversi elementi che avrebbero dovuto destare seri dubbi riguardo alle persone presenti e alla conoscenza del vero titolare di ciò che stava per accadere e che avrebbero reso necessario fare degli accertamenti o almeno chiedere ulteriori informazioni. Al momento del conferimento della procura, la sede di O.1 \_\_\_\_\_ della banca appellata disponeva, è vero, di una valida copia della carta d'identità di X. \_\_\_\_\_, fotocopiata il giorno dell'apertura del conto. Giusta le CDB 03, strettamente parlando B. \_\_\_\_\_ fondamentalmente non sarebbe dunque stata tenuta a richiedere al 'falso X. \_\_\_\_\_' un documento d'identità munito di fotografia; avrebbe bastato consultare la copia agli atti, soprattutto la fotografia. Tuttavia se si considera la scarsa qualità della fotocopia a sua disposizione, per plurimi motivi sarebbe senz'altro stato indicato farlo comunque e allestire una fotocopia del documento lì presentato, da poi conservare anch'esso negli atti. Perlomeno però sarebbe stato imperativo accostare la foto sulla copia del documento d'identità agli atti a quella della carta d'identità presentata allo sportello, se veramente lo è stata, nonché alla persona presente, poi confrontare gli altri dati riportati sul documento agli atti con quello asseritamente chiesto, in particolare il numero del documento. Si può ammettere con elevata certezza che procedendo correttamente, si sarebbe potuto riconoscere che del vero X. \_\_\_\_\_ non poteva trattarsi, o almeno notare dei punti che manifestamente non quadravano e così avere ragione sufficiente per procedere ad altri passi, ad esempio avvertire innanzitutto la direzione se non addirittura le forze dell'ordine. Poco importa a tal riguardo se l'art. 7 LRD richieda davvero che anche le semplici visualizzazioni nell'applicazione della banca debbano essere documentate, come lo sostiene l'appellante. L'obbligo di allestimento di documenti pretende comunque la conservazione di tutti gli atti in merito all'identificazione del cliente e la determinazione dell'avente diritto

pagina 37 — 47 economico nonché il rapporto di fondo (cfr. BARBARA BRÜHWILER/KATHRIN HEIM, op. cit., n. 2 pag. 69 con riferimento all'art. 7 LRD e al rapporto sulla prassi della Commissione di vigilanza sulle banche 2001-2005 C/1.6, di cui ve n'è un estratto in act. TDB.II.37). Per ciò che attiene al procuratore, è assodato che B. \_\_\_\_\_ ha chiesto una carta d'identità alla persona fattasi passare per Z. \_\_\_\_\_ e che ne ha fatto una fotocopia per gli atti. Questo documento era però manifestamente invalido, poiché non era firmato dal titolare. Questo fatto avrebbe bastato già da solo per fermare l'operazione, dato che darebbe adito ad accertamenti addirittura di natura penale, tanto più se considera anche che questo tipo di documento cartaceo è rimasto invariato da decenni, è abbastanza facilmente falsificabile e, difatti, viene frequentemente contraffatto. Inoltre, la relazione fra le due persone allo sportello non era sufficientemente stretta da poter rinunciare a far compilare il modulo A, visto il cognome diverso, a prescindere da quello che i due tizi abbiano potuto affermare. Ma anche lo stralcio successivo della procura a favore della moglie lascia perplessi, essendo avvenuto per telefono. Visto in globo, il 18 maggio 2004 vi sono state diverse cose che sono andate storte, ma secondo questo Tribunale una gran parte poteva essere evitata abbastanza facilmente se si avesse seguito le

norme applicabili e le regole elementari di precauzione.

#### **E. 5.5.4**

Per quanto attiene alle operazioni successive del mese di giugno 2004, pure esse hanno dato adito a censure, come si è visto. A.\_\_\_\_\_ ad esempio non ha notato neppure lei la mancanza della firma e non si è insospettita nemmeno quando il 'falso Z.\_\_\_\_\_' ha dimostrato di non essere in grado di firmare più volte allo stesso modo, le sue firme essendo manifestamente molto diverse fra loro (cfr. anche MARKUS STEINMANN, *Kundenidentifikation durch Code und ihre rechtliche Bedeutung im Bankwesen*, Zurigo 1994, pagg. 6 e 18 segg.; ROLF H. WEBER, in *Basler Kommentar zum Obligationenrecht I*, op. cit., n. 29 ad art. 398 CO con riferimenti a pregiudizi). Non solo, vi è anche il fatto che il procuratore in pochi giorni ha svuotato quasi completamente tutti i conti del titolare, ritirando gli importi in contanti in EUR, il che dovrebbe di per sé già essere un atteggiamento assai sospetto sotto l'ottica del riciclaggio di denaro, poiché interrompe il paper trail. Non vi è stata nessuna spiegazione plausibile data all'impiegata allo sportello – ma neanche l'ha chiesta – perché i soldi dovrebbero necessariamente essere ritirati in contanti per poi essere investiti nell'asserito acquisto di una casa, se quasi certamente dopo dovevano essere versati su un conto bancario per il pagamento del prezzo della casa. Il fatto che lei abbia inserito il motivo del ritiro restando relativamente vaga mostra che non vi sono state altre domande, nemmeno su dove si trovi la casa in Italia. Che la sua collega, poi, sia sorpresa che si sia

pagina 38 — 47 consegnati degli importi così alti in contanti (largamente superiori alla soglia di CHF 25'000.00) senza avvertire il titolare del conto è un altro motivo di profonda perplessità in questo caso particolare. Questa Corte ritiene difatti preoccupante il fatto che si sia lasciato ritirare più centinaia di migliaia di EUR in contanti senza nutrire il minimo dubbio sulla legittimità delle transazioni e della conoscenza da parte dell'attore titolare del conto. Anzi, neanche si è pensato a contattare il qui appellante, indipendentemente dalla disposizione del 'fermo banca' che a mente di questo Tribunale avrebbe comunque permesso una breve presa di contatto con il titolare (ad esempio un avviso telefonico) perlomeno in casi di sospetti talmente forti come nel presente caso. Una tale misura precauzionale non poteva che tener adeguatamente conto degli interessi d'informazione del cliente, indipendentemente dal fatto che egli abbia scelto di non farsi inviare la documentazione a casa per posta. A maggior ragione si sarebbe dovuto ritenere ammissibile una telefonata se è stato proprio il 'falso X.\_\_\_\_\_' a chiamare lui stesso la banca per telefono, revocando oralmente la procura a favore della moglie. Sussidiariamente, in ogni modo si tratta qui comunque di una situazione di dubbio o di circostanze insolite ai sensi della n. 25 cpv. 2 lemma 3 CDB 03, per cui avrebbero dovuto insorgere dei dubbi e di conseguenza sarebbe occorso esigere la compilazione del modulo A per annotare l'identità del contraente rispettivamente dell'avente diritto economico. Bisogna però specificare che giusta la n. 28 CDB 03 il modulo A poteva essere firmato anche dal procuratore, pertanto la compilazione non avrebbe giovato a nulla, poiché il 'falso Z.\_\_\_\_\_' avrebbe facilmente potuto indicare, senza di per sé destare particolari sospetti, che il contraente e avente diritto economico era X.\_\_\_\_\_. Sarebbe così tuttavia stato necessario fare ulteriori accertamenti, in special modo avvisando X.\_\_\_\_\_ per chiedere conferma dei rispettivi prelievi, soprattutto visto il volume di questi e il fatto che, in entrambe le occasioni, il suo procuratore era in procinto di svuotargli sistematicamente il conto (cfr. ROLF H. WEBER, *Basler Kommentar zum Obligationenrecht I*, op. cit., n. 9 ad art. 398 CO).

#### **E. 5.5.5**

Ne risulta, in riassunto, che l'agire della banca convenuta, che da un lato deve lasciarsi ascrivere il comportamento delle sue impiegate e dall'altro deve provvedere alla loro istruzione e formazione, secondo la convinzione di questa Corte è da qualificare come negligenza grave. Quand'anche si volesse ritenerlo soltanto di negligenza mediamente grave o addirittura solo lieve, tale negligenza nella fattispecie concreta, in vista di tutte le circostanze descritte del caso concreto, sarebbe ciononostante atta a convincere questi giudici che ai sensi dell'art. 100 cpv. 2 CO l'esclusione della responsabilità della banca, o meglio il

pagina 39 — 47 trasferimento del rischio sul cliente, non possa essere ammessa, andando cioè a sciogliere la validità della clausola di cui al n. 6 ("controllo delle firme e delle legittimazioni") delle 'condizioni d'affari generali' dell'appellata. Del resto anche ai sensi dell'art. 101 cpv. 3 CO la banca potrebbe di principio escludere la responsabilità per colpa lieve di persone ausiliari; tuttavia gli organi competenti per l'organizzazione delle attività aziendali dovrebbero comunque rispondere di colpa (organizzativa) in casi in cui per mezzo di un'appropriata organizzazione si sarebbe potuto evitare la violazione di contratto commessa dalla persona ausiliare. In altre parole, per la salvaguardia del singolo contraente la banca ha da impostare le proprie attività in modo che alle proprie persone ausiliari sia possibilmente impedito di commettere violazioni contrattuali nei confronti dei clienti. Quest'obbligo si può determinare quale obbligo contrattuale accessorio che riconduce il giudice al potere di apprezzamento concesso dall'art. 100 cpv. 2 CO, siccome l'errore sarebbe in tal caso da accollare all'organo competente (cfr. PETER GAUCH, op. cit., pag. 82). Nella fattispecie la colpa organizzativa nell'ambito delle inavvertenze commesse dalle due impiegate quali ausiliari della convenuta durante il compimento dei loro doveri secondo la convinzione di questi giudici è data. Sia nell'una sia nell'altra variante, dunque, ne segue che è la banca a portare il rischio di aver pagato a una persona non legittimata, non potendosi prevalere del ribalto del rischio sul cliente.

### **E. 5.6**

Ci si potrebbe chiedere infine se X.\_\_\_\_\_ debba lui stesso farsi ascrivere una colpa. Nella fattispecie non vi sono però elementi per ammetterlo. D'un lato il cliente di una banca non ha il dovere di tener segreto il suo numero del conto o altri dettagli che potrebbero essere utili (vedi ad esempio la sentenza del Tribunale federale 4C.81/2002 del 1° luglio 2002 consid. 3.4), a parte che qui l'attore ha addirittura dichiarato di non averne mai parlato con nessuno, il che è rimasto incontestato da controparte. D'altro canto non si può imputare una colpa all'attore nemmeno per non essersi occupato dell'andamento dei suoi conti, come pare sostenere invece la convenuta. X.\_\_\_\_\_ ha investito dei soldi a lungo termine, in modo conservativo, proprio con l'intento di risparmio, fidandosi di buona fede dell'integrità e professionalità della banca. Dopo essersi assicurato di avere scelto i prodotti giusti e aver consultato un'ultima volta lo stato attuale dei conti nel 2003, per lui non vi era ragionevole motivo per tornare in banca regolarmente. Sapendo poi di non aver comunicato con nessuno sugli averi depositati in Svizzera, non si comprende perché nelle presenti circostanze avrebbe dovuto preoccuparsi. Neanche la banca gli fa dei rimproveri concreti o sa dire in quale arco di tempo lei ritiene lui avrebbe ragionevolmente dovuto passare allo sportello. Tantomeno ha

pagina 40 — 47 spiegato in che misura delle visite regolari o un reclamo immediato dell'attore avrebbero permesso di (o perlomeno aiutato a) risalire ai malfattori. Se ne desume che l'attore non può essere tenuto co-responsabile, non avendo avuto alcuna

possibilità di influenzare le azioni che hanno portato alla perdita delle somme in questione. Il suo comportamento non è del resto atto a influire sulla misura di diligenza esigibile dalla banca (sentenza del Tribunale federale 4C.315/2005 del 2 maggio 2006 consid. 8). Volendogli imputare ciononostante una concolpa, occorrerebbe tener conto della manifesta sproporzione tra questa, estremamente lieve, e quella ben più grave attribuibile alla convenuta, ciò che imporrebbe, conformemente all'art. 44 cpv. 1 CO, applicabile per analogia in virtù dell'art. 99 cpv. 3 CO, di rifiutare un eventuale risarcimento danni a favore della banca (vedi la già citata sentenza del Tribunale d'appello del Canton Ticino 12.2004.94 del 25 luglio 2005 consid. 10).

## **E. 6**

Non occorre così affrontare a fondo e in ogni dettaglio la tematica concernente le clausole n. 8 e 10 delle 'condizioni d'affari generali' della convenuta (vedi A. supra). La finzione di approvazione lì stabilita è di principio ammissibile, ma può essere ritenuta non vincolante dal giudice segnatamente quando essa, secondo le circostanze del caso, conduce a un risultato ingiusto e in contrasto con il senso di giustizia (sentenza del Tribunale federale 4A\_42/2015 del 9 novembre 2015 consid. 5.2 con diversi rinvii, in particolare alla già citata sentenza 4C.81/2002 del 1° luglio 2002 consid. 4.3). Contrariamente a quanto sostenuto da parte appellata, ciò è possibile anche in caso di negligenza. Non lo vieta nemmeno la modalità 'fermo banca' scelta da X.\_\_\_\_\_ per la corrispondenza, la quale veniva trattenuta presso la banca. Visto quanto descritto, soprattutto la presenza di colpa grave – ma anche qualora si voglia considerare la colpa solo mediamente grave o lieve –, tali presupposti sono dati nel caso in giudizio. Ne consegue che la sentenza impugnata va annullata e l'azione e l'appello di principio entrambi accolti, condannando perciò la banca al pagamento in esecuzione del contratto.

## **E. 7**

Riassumendo l'attore qui appellante ha dunque in linea generale diritto a chiedere un risarcimento in adempimento del contratto concluso con la banca convenuta qui appellata. Occorre ancora stabilire l'ammontare di tale risarcimento, partendo dalla conclusione n. 1 dell'attore con la quale chiede la condanna al pagamento di CHF 614'579.00 oltre interessi.

### **E. 7.1**

Come si è visto, il 15 giugno 2004 una persona rimasta ignota prelevò EUR 301'500.00 in contanti dal conto divise in EUR (inizialmente in ITL poi tramutato in pagina 41 — 47 EUR) e il 25 giugno 2004 poi CHF 155'696.30 dal conto corrente in CHF, in seguito cambiati anch'essi in EUR. Il danno sofferto da X.\_\_\_\_\_ è dunque composto da due perdite distinte in due valute diverse, risultato da delle malefatte perpetrate su due conti, i quali sono sottoposti a regole diverse. Con l'azione civile del 21 giugno 2011 (act. TDB.I.1) l'attore qui appellante ha chiesto un solo importo – tutto in CHF – oltre interessi, tralasciando di specificare esattamente come lo avrebbe calcolato e perché (cfr. n. 8 della petizione, pag. 8). Mediante un semplice calcolo si costata però che deve aver preso un corso del cambio di 1.522 CHF/EUR  $([CHF\ 614'579.00 - CHF\ 155'696.30] / EUR\ 301'500.00)$ . Nell'occorrenza questa Corte non sa di alcuna procedura d'esecuzione in corso e nella procedura qui presente comunque non è stato chiesto il rigetto dell'opposizione. Ora, va verificato se il modo di procedere scelto dall'attore sia corretto, in particolare poiché la convenuta lo contesta recisamente.

## **E. 7.2**

Come già fatto valere in udienza dinanzi all'autorità precedente, anche in sede d'appello la convenuta ha dichiarato per pura cautela che nel caso questa Corte ritenesse giustificata la richiesta di rimborso, la causa andrebbe respinta perlomeno parzialmente per violazione dell'art. 84 CO. Questa disposizione va comunque applicata (anche) d'ufficio secondo il principio fondamentale *iura novit curia*.

### **E. 7.2.1**

Indipendentemente dalla loro causa (contrattuale o extracontrattuale), giusta l'art. 84 cpv. 1 CO tutti i debiti pecuniari devono essere pagati con mezzi legali di pagamento della moneta in cui è stato contratto il debito. È pur vero che, quando vi è un debito in valuta straniera, salvo eccezioni qui non rilevanti, il debitore è autorizzato a scegliere se saldare il debito nella moneta straniera in cui è espresso il debito oppure in quella del Paese nel luogo di pagamento (art. 84 cpv. 2 CO). Ad esempio, se egli ha contratto un debito in EUR, può liberarsi sia con un pagamento in EUR sia in CHF. Tuttavia ai sensi del CO questa scelta è riservata al solo debitore. Il creditore di canto suo può esigere unicamente il pagamento nella moneta del debito, anche se si tratta di una valuta estera. Per la procedura d'esecuzione ai sensi della LEF valgono regole diverse in merito alle valute. Che sia qui pendente una tale procedura non è però stato fatto valere da nessuna delle parti.

### **E. 7.2.2**

Come espone giustamente l'appellata, inoltre, secondo la giurisprudenza del Tribunale federale in merito, in particolare la decisione di principio DTF 134 III 151, confermata a più riprese (fra cui con una sentenza in italiano 4A\_206/2010 del 15 dicembre 2010, pubblicata nella raccolta ufficiale quale DTF 137 III 158),

pagina 42 — 47 nel quadro della procedura tendente al riconoscimento del credito espresso in valuta estera il tribunale può ammettere solo il pagamento in tale valuta. Se la parte che adisce le autorità giudiziarie postula invece il pagamento in CHF, la petizione va respinta, giacché il debitore non può essere condannato a una prestazione diversa da quella da lui dovuta.

## **E. 7.3**

In questa sede va esaminato dunque se nel caso della pretesa avanzata dall'attore si tratti di un debito espresso in valuta estera, dimodoché la valuta con la quale dev'essere effettuato il pagamento del debito con effetto liberatorio è quella straniera anziché quella svizzera.

### **E. 7.3.1**

La risposta è senz'altro affermativa per ciò che attiene alla parte degli averi in EUR. L'attore è innanzitutto un cittadino italiano residente in Italia che ha aperto in particolare un conto divise condotto in ITL. I versamenti fatti dallo stesso attore su tale suo conto erano sempre in ITL. Il conto è poi stato tramutato in EUR con l'introduzione di questa moneta unica. Da quel momento il conto divise è sempre stato condotto in EUR. Questo il cliente lo sapeva, avendo fatto l'ultima visita in banca la fine del 2003, come lui stesso dichiara. I conti divise sono tipicamente aperti per evitare, a punto, perdite di cambio al cliente (svizzero o estero, poco importa) che desidera depositare i propri soldi e in seguito prelevarli sempre in una valuta estera quale ad esempio l'EUR. In Svizzera per ovvi motivi il caso più classico è proprio quello del conto in EUR. Se X. \_\_\_\_\_ ha dunque fatto aprire un conto divise in EUR, l'ha fatto proprio per queste ragioni. In concerto con quanto esposto dall'appellata

perciò deve qui trattarsi di un debito in EUR esigibile dal cliente esclusivamente in questa valuta.

### **E. 7.3.2**

Aggiungasi che come figura del resto nelle condizioni d'affari generali al n. 16 (act. TDB.III.9), è il cliente ad assumersi il rischio della moneta estera. In altri termini è lui a sostenere perdite di cambio o di approfittare di eventuali guadagni. Ne segue per logica che qualora succedesse qualcosa con gli averi depositati sul conto divise, sia che vengano prelevati da una persona non autorizzata o che perdano di valore causa una precipitazione del cambio sfavorevole per il cliente, la banca resta obbligata unicamente a rimborsare l'importo depositato dal cliente in quella identica moneta. Il cliente non può pretendere la restituzione del controvalore in altra moneta, ad esempio in CHF.

### **E. 7.3.3**

Non cambia nulla a tale riguardo nemmeno il fatto che gli importi in EUR figurano espressamente nella motivazione scritta d'appello e dagli estratti conto inoltrati come prove. Il giudice non può modificare la formulazione delle

pagina 43 — 47 conclusioni di causa per renderle conformi al diritto. Tantomeno è autorizzato ad aggiudicare altro che quanto richiesto, essendo vincolato alle conclusioni delle parti ai sensi della massima dispositiva (art. 58 cpv. 1 CPC). La giurisprudenza descritta, avendo avuto luogo di trattare casi simili, l'ha confermato in modo inequivocabile, ritenendo nel senso che una petizione formulata in un'altra moneta costituisca un aliud (sentenza citata 4A\_206/2010 consid. 4.2 e 5.2.2.2).

### **E. 7.4**

Non è dunque possibile accogliere pienamente la richiesta dell'attore qui appellante, poiché ciò violerebbe l'art. 84 CO. L'appello, e con esso l'azione civile, può perciò essere accolto unicamente nella misura in cui l'attore appellante chiede CHF 155'696.30 dal conto originariamente condotto in CHF e respinta per l'importo eccedente riferitosi agli averi dal conto in EUR.

### **E. 7.5**

Finalmente, nella sua azione l'attore qui appellante ha chiesto interessi legali del 5% sull'importo preteso, ma anche interessi sugli interessi. Mentre gli interessi legali di mora del 5% sono ammissibili (art. 104 cpv. 1 CO) e possono essergli concessi, non è possibile chiedere interessi anche sugli interessi, come dispone l'art. 105 cpv. 3 CO (vedi fra tante la DTF 134 III 489 consid. 4.5.4; cfr. anche WOLFGANG WIEGAND, op. cit., n. 3 ad art. 104 CO e n. 5 ad art. 105 CO). In questa misura vanno dunque parimente respinti sia l'appello sia l'azione civile.

### **E. 8**

Giusta l'art. 104 cpv. 1 CPC vanno infine ripartite le spese giudiziarie, composte dalle spese processuali e dalle spese ripetibili (art. 95 cpv. 1 CPC). Se – come nella fattispecie – l'autorità giudiziaria superiore statuisce essa stessa, pronuncia anche sulle spese giudiziarie della procedura di prima istanza (art. 318 cpv. 3 CPC).

### **E. 8.1**

Le spese processuali sono fissate e ripartite d'ufficio secondo le tariffe cantonali (art. 105 cpv. 1 e art. 96 CPC in unione con l'art. 9 dell'Ordinanza sugli emolumenti in cause civili

del 14 dicembre 2010 [OECC; CSC 320.210]). Giusta l'art. 106 cpv. 2 CPC le spese giudiziarie sono ripartite secondo l'esito della procedura, cioè vanno a carico delle parti proporzionalmente alla loro soccombenza. Sotto determinate condizioni, l'art. 107 cpv. 1 CPC permette tuttavia al giudice di prescindere dai principi di ripartizione e ripartire le spese giudiziarie secondo equità.

#### **E. 8.1.1**

L'appello – e con esso l'azione civile – sono qui stati parzialmente accolti nella misura di CHF 155'696.30 dell'importo totale richiesto dall'attore qui appellante di CHF 614'579.00. La soccombenza dell'appellata corrisponde perciò

pagina 44 — 47 approssimativamente a  $\frac{1}{4}$  e quella dell'appellante a  $\frac{3}{4}$ . Ciò vale per entrambe le sedi.

#### **E. 8.1.2**

Per la procedura dinanzi alle autorità precedenti si ricorda che le spese della procedura di conciliazione sono state fissate in CHF 300.00 e quelle del Tribunale distrettuale Bernina per la procedura di prima istanza in CHF 30'270.00. Questi importi non sono stati criticati e possono essere confermati. Ne segue che il totale di complessivi CHF 30'570.00 va a carico di X.\_\_\_\_\_ in ragione di  $\frac{3}{4}$ , ossia CHF 22'927.50, e a carico della Banca Y.\_\_\_\_\_ in ragione di  $\frac{1}{4}$ , ossia CHF 7642.50. Giusta l'art. 111 cpv. 1 CPC esse sono compensate con l'anticipo versato da X.\_\_\_\_\_ di CHF 20'000.00. X.\_\_\_\_\_ è obbligato a versare i CHF 2927.50 restanti della sua parte al Tribunale regionale Bernina, subentrato esso come successore al Tribunale distrettuale Bernina. La Banca Y.\_\_\_\_\_ è obbligata a versare la sua parte intera di CHF 7642.50 al Tribunale regionale Bernina.

#### **E. 8.1.3**

In considerazione di tutti gli elementi del caso in giudizio si giustifica fissare le spese processuali della presente procedura d'appello a CHF 10'000.00. Come si è visto, vale la stessa proporzione di soccombenza anche in sede d'appello. La parte delle spese processuali d'appello accollata all'appellante è qui dunque di CHF 7500.00 e quella dell'appellata di CHF 2500.00. L'art. 111 cpv. 1 CPC prevede poi che le spese giudiziarie siano compensate con gli anticipi prestati, nell'occorrenza l'anticipazione di CHF 10'000.00 versata dall'appellante (act. D.1). Ne risulta che l'appellata deve rimborsare direttamente all'appellante la sua quota delle spese di CHF 2500.00.

#### **E. 8.2**

La parte prevalente ha diritto a un'indennità a titolo di ripetibili (art. 95 cpv. 3 CPC), la quale va versata dalla parte soccombente (art. 111 cpv. 2 CPC). Il giudice assegna le ripetibili secondo le tariffe cantonali (art. 96 CPC). Le parti possono – ma non devono – presentare una nota delle loro spese (art. 105 cpv. 2 CPC). Qualora tralascino di farlo, spetta al giudice fissare d'ufficio l'importo concreto dell'indennità secondo le circostanze del caso.

#### **E. 8.2.1**

Nel caso qui in giudizio le parti soccombono entrambe in parte, l'appellante in ragione di  $\frac{3}{4}$  e l'appellata in ragione di  $\frac{1}{4}$ . Per la ripartizione delle spese ripetibili in tali casi di soccombenza parziale di ambedue le parti, perlomeno dal 2007 in poi il Tribunale cantonale aveva avuto per costante prassi la compensazione degli importi (vedi PTC 2007 n. 6 consid. 4). Tale prassi figura essere stata abbandonata, in composizione da tre, con la decisione

ZK1 14 115 del 17 settembre 2015 a favore della compensazione delle frazioni (cfr. il tema nella

pagina 45 — 47 ZGRG 01/16, pagg. 3 segg.). Questo metodo 'semplificato' consiste nel sottrarre la frazione di prevalenza della prima parte dalla frazione di prevalenza della controparte. Ossia, se una parte prevale in ragione di  $\frac{3}{4}$  e l'altra in ragione di  $\frac{1}{4}$ , si deve sottrarre  $\frac{1}{4}$  dai  $\frac{3}{4}$  per concludere che la parte che ha prevalso solo in ragione di  $\frac{1}{4}$  deve versare alla controparte  $\frac{1}{2}$  delle spese ripetibili da essa richieste ( $\frac{3}{4} - \frac{1}{4} = \frac{1}{2}$ ), anziché, come lo si faceva prima, aggiudicare a ciascuna delle parti la frazione delle ripetibili, compensandone poi gli importi risultanti.

### **E. 8.2.2**

Dinanzi ai primi giudici, l'attore aveva fatto valere CHF 54'513.35 (act. TDB.V.3) e la convenuta CHF 34'983.05 (act. TDB.V.4), IVA e spese incluse in entrambi gli importi. Visto quanto appena esposto, in applicazione del metodo ormai prediletto la disparità fra le due richieste va ignorata e la parte soccombente deve rifondere alla parte vincente le spese ripetibili fatte valere dalla parte prevalente moltiplicate con la differenza fra le due frazioni. In altre parole, secondo questa giurisprudenza l'attore va obbligato a versare alla convenuta  $\frac{1}{2}$  delle spese ripetibili fatte valere da lei, ossia CHF 17'491.50 (CHF 34'983.05 x  $\frac{1}{2}$ ).

### **E. 8.2.3**

Per ciò che attiene invece alla procedura d'appello, né l'appellante né l'appellata hanno trasmesso una nota delle loro spese. La Seconda Camera civile deve dunque fissare le ripetibili secondo apprezzamento. Considerando il grado di complessità della fattispecie e delle questioni giuridiche che si sono poste nella presente procedura d'appello e tenuto conto della memoria di risposta all'appello inoltrata dall'appellata, considerate però anche le memorie e gli atti della procedura di prima istanza nonché la decisione impugnata, pare giustificato aggiudicare all'appellata un'indennità forfettaria a titolo di ripetibili di CHF 5000.00 (IVA e spese incluse). Di questi, come spiegato, l'appellante ne dovrà rifondere  $\frac{1}{2}$ , perciò CHF 2500.00.

pagina 46 — 47 III. La Seconda Camera civile giudica:

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