

## **TI\_GERICHTE 12.2001.94 vom 12. Juni 2002**

TI Tribunale d'appello, 2002-06-12, IT

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti\\_gerichte\\_12.2001.94](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_12.2001.94)

FR: TI\_GERICHTE 12.2001.94 du 12 juin 2002

IT: TI\_GERICHTE 12.2001.94 del 12 giugno 2002

### **Regeste**

Sentenza o decisione senza scheda

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

Dovendosi innanzitutto qualificare giuridicamente il contratto tra le parti, si osserva che nel rapporto contrattuale che viene in essere con l'apertura di un conto corrente presso una banca si ritrovano caratteristiche tipiche del contratto di deposito, di prestito e di mandato, cosicché non è in definitiva errato parlare di un contratto misto: la dottrina e la giurisprudenza più recenti hanno pertanto rinunciato ad un'esatta qualificazione giuridica di simili accordi, ritenendo che quest'ultima dipendesse in definitiva dalle particolarità del singolo contratto concluso tra la banca ed il cliente ( Fellmann , Berner Kommentar, N. 429 ad art. 398 CO). Per quanto riguarda la responsabilità della banca si è tuttavia potuto constatare che la maggior parte delle pattuizioni, pur nella loro diversità, presentano elementi che si rifanno al mandato, nella misura in cui l'istituto di credito svolge compiti di gestione d'affari per il cliente ( Fellmann , op. cit., N. 430 ad art. 398 CO; mentre Hardegger , Über die Allgemeine Geschäftsbedingungen der Banken, Berna e Stoccarda 1991, p. 116, ritiene che le norme relative al mandato debbano applicarsi in maniera generalizzata in tutti i vari contratti bancari, cfr. DTF 101 II 121, 110 II 286). Ne consegue che la fattispecie qui in esame può di principio essere esaminata sotto l'ottica del contratto di mandato (art. 394 e segg. CO; Fellmann , op. cit., ibidem; IICCA 28 marzo 1994 in re M. SA/C., 21 febbraio 2001 in re R./C. SA). Ora, giusta l'art. 398 cpv. 2 CO la banca mandataria è tenuta ad eseguire con fedeltà e diligenza gli affari affidatili dal cliente mandante e a dar seguito alle istruzioni impartite. Naturalmente, se la banca agisce attenendosi a questi principi, l'esecuzione del mandato non darà adito a discussioni. Problemi possono tuttavia insorgere nel caso in cui l'istituto di credito fornisca delle prestazioni ad un terzo non autorizzato, che essa ha erroneamente considerato come suo cliente oppure se agisce in virtù di ordini impartiti da un terzo che ha falsificato la firma del cliente o infine, e più in generale, se non ha prestato la necessaria diligenza nell'esecuzione del mandato: poiché in base ai principi generali del diritto contrattuale vi è valido adempimento solo nel caso in cui il debitore fornisce la sua prestazione al vero creditore nel luogo e nei tempi stabiliti, nei casi appena menzionati la banca non avrebbe adempiuto il mandato affidatole, di modo che non si sarebbe validamente liberata dalla sua obbligazione nei confronti del "vero" debitore ( Hardegger , op. cit., p. 117 e seg.; Gautschi , Berner Kommentar, N. 36 b e c ad art. 398 CO; Weber , Berner Kommentar, N. 121 ad art. 68 CO; Rep . 1997 p. 203 e seg.): in tali circostanze il cliente potrebbe ancora pretendere dalla banca l'adempimento del contratto, cioè la restituzione di quanto depositato a suo tempo rispettivamente opporsi a che l'importo erroneamente versato dalla banca al terzo sia addebitato sul proprio conto ( Hardegger , op.

cit., p. 118 e seg.; Gautschi , op. cit., N. 36 c ad art. 398 CO; Fellmann , op. cit., N. 436 ad art. 398 CO; DTF 111 II 265, 112 II 454; ICCTF 8 maggio 2001 in re X. SA/Y. SA; Rep . 1997 p. 203; IICCA 28 marzo 1994 in re M. SA/C., 21 febbraio 2001 in re R./C. SA).

## **E. 2**

Passando al merito, con la prima censura d'appello la convenuta rimprovera al Pretore di aver ripartito arbitrariamente l'onere della prova nella sentenza impugnata (consid. 3.2.2), mettendo a suo carico l'onere di dimostrare la corretta esecuzione del mandato, invece di far obbligo alla controparte di provare un'eventuale violazione dello stesso. Pur dovendosi teoricamente dare atto del buon fondamento dell'assunto ricorsuale, confermato dalla dottrina e dalla giurisprudenza (cfr. Fellmann , op. cit., N. 444 e 447 ad art. 398 CO con rif.; IICCA 15 ottobre 2001 in re P./B.), va subito precisato che in realtà la circostanza non può assolutamente giovare all'appellante e ciò per il semplice fatto che il primo giudice nell'occasione era partito dall'erroneo presupposto che la fattispecie dovesse essere esaminata in base ai principi che reggono il cattivo adempimento del mandato (art. 398 CO); trattandosi invece - come accennato al precedente considerando - di un classico caso di inadempimento, l'onere della prova dell'esecuzione del contratto incombeva alla banca debitrice (cfr. ICCTF 8 maggio 2001 in re X. SA/Y. SA), così che in assenza della prova che l'ordine di bonifico è stato impartito da uno degli attori bisognerà decidere a sfavore della convenuta.

## **E. 3**

Nel caso di specie la teste \_\_\_\_\_ ha dichiarato di aver riconosciuto nell'occasione la voce di \_\_\_\_\_ e di essere dunque convinta di aver parlato con lui (" Al telefono io ho riconosciuto la voce di \_\_\_\_\_ che avevo già sentito altre volte e conoscevo. Sono convinta di aver parlato con lui ... "); mentre quest'ultimo, sentito in sede di interrogatorio formale, ha di fatto negato la circostanza, osservando di aver parlato con la funzionaria unicamente nel settembre 1994 (ad 5: " Ho visto la signora \_\_\_\_\_ una volta per l'apertura del conto e l'ho sentita una volta per telefono, il 19.09.1994 "). Ora, l'esame delle deposizioni permette tutto sommato di ritenere maggiormente attendibile la versione fornita dall'attore, piuttosto che quella resa dalla funzionaria. Quest'ultima ha in effetti indicato che la voce in questione le era risultata familiare (" voce che mi era familiare" ) in quanto \_\_\_\_\_, da lei conosciuto oltre un anno prima al momento dell'apertura del conto, avrebbe avuto modo di contattarla a diverse riprese per telefono (" voce che ... avevo sentito altre volte ... In precedenza l'avevo sentito per telefono soltanto per le informazioni sui conti e per gli investimenti "), circostanza che però è stata chiaramente smentita dalla cartella di controllo del conto (doc. 14), che non riportava assolutamente tali contatti: se ne deve pertanto concludere che essa, non avendo mai avuto contatti telefonici con il cliente, non era assolutamente in grado di riconoscerlo e che dunque, se essa ha ritenuto di dar seguito all'ordine di bonifico, lo si deve in definitiva al fatto che quel giorno o comunque il giorno prima \_\_\_\_\_ le aveva preannunciato una telefonata del cliente (" Nella primavera del 1994 ricordo che \_\_\_\_\_ mi aveva preavvisato un ordine di \_\_\_\_\_ relativo al trasferimento di 290'000 ECU circa a suo favore. Durante una visita di \_\_\_\_\_ egli mi disse di preparare gli atti necessari e di attendere la telefonata del cliente. Il giorno stesso o il giorno seguente arrivò la conferma telefonica ... "), ciò che può averla inconsciamente indotta a ritenere di aver effettivamente avuto a che fare con il cliente. D'altro canto, nulla permette di dubitare della veridicità di quanto affermato da \_\_\_\_\_ in sede di interrogatorio formale: nel fatto che ad un certo momento egli abbia

dichiarato di non aver mai dato alcuna indicazione telefonica di movimentazione sul suo conto (ad 6), salvo poi aver specificato di aver ordinato il 19 settembre 1994 un bonifico di US\$ 5'800.- a favore di una terza persona (ad 7), non si ravvisa in effetti la volontà di mentire o di sottacere fatti rilevanti, tanto è vero che a questa circostanza egli aveva già fatto indirettamente accenno in precedenza, ad 5, laddove già aveva evocato quella telefonata, riferita ovviamente a quell'ordine di bonifico (cfr. la menzione di "ordine tel." nel doc. 17), per altro mai contestato dai clienti (cfr. pure risposta p. 3); a giudizio della scrivente Camera, la contraddizione risultante dalle due risposte, vera o presunta che sia, è dunque verosimilmente riconducibile a un semplice errore, il che, anche perché riferito a circostanze tutto sommato non decisive, non è in ogni caso tale da compromettere l'attendibilità del resto della sua deposizione. Ad ogni buon conto, se per ipotesi si volesse concludere per l'inattendibilità di entrambe le deposizioni, l'esito non sarebbe diverso, visto e considerato che la mancanza di prove in merito alla persona che ha impartito l'ordine di bonifico, che così ne deriverebbe, imporrebbe pure di decidere a sfavore della convenuta, gravata -come detto- dell'onere della prova.

#### **E. 4**

È manifestamente a torto -sempre che la questione costituisca effettivamente una censura d'appello- che la convenuta pretende di trarre beneficio da non meglio precisate "formule contrattualistiche", adottate spesso dalle banche, "che consentono di far sopportare il rischio al cliente in caso di errore nella sua identificazione" (appello p. 9). A prescindere dalla sua chiara irricevibilità in ordine, siccome evocata dalla convenuta per la prima volta in questa sede con riferimento a clausole contrattuali cui mai aveva fatto accenno nei precedenti allegati scritti (art. 321 cpv. 1 lett. b CPC) e comunque non sufficientemente sostanziata (art. 309 cpv. 2 lett. f CPC), la censura sarebbe stata in ogni caso infondata anche nel merito, visto e considerato che l'estrema leggerezza tenuta dalla funzionaria \_\_\_\_\_ nella verifica della legittimazione del cliente, configurabile quale colpa grave, non permetteva di concludere che essa avesse agito con "tutta la cura richiesta" dall'art. 2 delle condizioni generali (doc. 5) rispettivamente con "la solita diligenza" come previsto dalle convenzioni speciali che completano il contratto relativo all'apertura di un conto e di un deposito (doc. 6), il che escludeva la sua applicazione ( IICCA 22 agosto 1996 in re G. SA/B., 17 aprile 1998 in re F./A., 26 novembre 1998 in re B. SA/B., 11 gennaio 1999 in re P./U., 23 dicembre 2000 in re R./P. SA, 21 febbraio 2001 in re R./C. SA; Rep . 1997 p. 208; DTF 112 II 450; ICCTF 26 maggio 1998 in re C./C.): l'istruttoria di causa ha in effetti permesso di stabilire che essa, convinta nell'occasione di aver a che fare con il cliente in quanto -come già accennato- \_\_\_\_\_ le aveva preannunciato una sua telefonata, non ha effettuato particolari verifiche circa la sua identità (" Oltre alla telefonata non vengono effettuate altre verifiche dirette ... "), accontentandosi acriticamente del fatto che l'interlocutore, che oltretutto nemmeno aveva declinato le sue generalità (" Quando si tratta di clientela italiana che telefona non vengono mai fatti nomi e noi non possiamo ritelefonare per la verifica "), gli avesse forse indicato il numero del conto (" normalmente il cliente si presenta con la sigla del suo conto "), ciò che nelle particolari circostanze non è sufficiente per poter validamente riconoscere nell'interlocutore il vero cliente ( Albisetti/Boemle/Gsell/Nyffler/ Rutschi , Handbuch des Geld-, Bank- und Börsenwesens der Schweiz, 4. ed., Thun 1987, p. 457; ZR 53 Nr. 6, 97 Nr. 90; IICCA 21 febbraio 2001 in re R./C. SA), tanto più che l'operazione in questione era senz'altro inusuale, trattandosi del primo bonifico telefonico ordinato dal cliente (" Se non sbaglio in quell'occasione era la prima volta che \_\_\_\_\_ mi dava un ordine telefonico ") e avendo per oggetto il

trasferimento di quasi la totalità degli importi in conto.

## **E. 5**

A giudizio della convenuta, l'importo bonificato doveva in ogni caso restare a carico degli attori, avendo essi omesso di contestare l'operazione litigiosa nel termine previsto dall'art. 7 delle condizioni generali (doc. 5), del seguente tenore: Art. 7 - Reclami del cliente: I reclami del cliente riguardanti l'esecuzione o la mancata esecuzione di un qualsiasi ordine nonché quelli concernenti altre comunicazioni della banca vanno inoltrati a ricevimento dell'avviso corrispondente, al più tardi comunque entro il termine fissato dalla banca; se quest'ultima non invia l'avviso che il cliente deve aspettarsi di ricevere, il reclamo va inoltrato a partire dal momento in cui detto avviso avrebbe dovuto giungere normalmente al cliente tramite posta. Se il reclamo è tardivo, il danno che ne deriva è a carico del cliente. Le contestazioni che si riferiscono a estratti di conto corrente o di deposito vanno notificate entro un mese. Trascorso tale termine gli estratti saranno ritenuti approvati. Il benessere espresso o tacito dell'estratto di conto corrente include quello di tutti gli articoli che vi figurano, nonché delle eventuali riserve della banca.

### **E. 5.1**

Nella fattispecie è senz'altro vero che gli attori hanno provveduto a contestare il bonifico unicamente all'inizio del mese di aprile 1996, con il che essi non hanno ossequiato il termine di contestazione di 30 giorni previsto dalle condizioni generali. Ciò è in definitiva avvenuto per il fatto che essi non avevano preso visione della corrispondenza, la quale in base alle loro istruzioni era da trattenere "fermo banca" presso la convenuta stessa (cfr. doc. B). Ora, secondo la giurisprudenza del Tribunale federale, allorquando una banca accetta di trattenere presso di sé la corrispondenza che essa invia al cliente, queste comunicazioni gli sono opponibili come se le avesse ricevute ( Bourgknecht , La responsabilité de la banque pour la gestion de fortunes, in RFJ 1996 p. 6 nota 26; DTF 104 II 194 cons. 2 in fine; SJ 1985 p. 249; RSDA 1998 p. 197 r2; Rep . 1996 p. 37; IICCA 1 febbraio 1999 in re S./A.); parimenti si presume che il cliente abbia immediatamente preso conoscenza delle comunicazioni inviategli con tale metodo. In altre parole, per quanto concerne gli effetti giuridici dell'assenza di reazione, il destinatario della corrispondenza trattenuta presso una banca è trattato come quello che ha effettivamente ricevuto la corrispondenza. Tuttavia, viste le conseguenze urtanti che potrebbero derivare dall'applicazione rigida di tale finzione, rimane riservata al giudice la facoltà di apprezzare in equità le circostanze concrete, ritenuto che il richiamo della finzione della tacita accettazione potrà se del caso essere sanzionato a titolo di abuso di diritto (art. 2 cpv. 2 CC; cfr. Bourgknecht , op. cit., ibidem; SJ 1985 p. 249; ICCTF 13 agosto 1996 in re F. SA/M.; Rep . 1996 p. 37; IICCA 1 febbraio 1999 in re S./A.), ciò che ad esempio è il caso quando dal solo silenzio del cliente la banca non possa in buona fede concludere per una tacita accettazione da parte sua delle operazioni contestate ( ZR 1998 N. 90 p. 221 e seg.; IICCA 21 febbraio 2001 in re R./B.; cfr. pure Rep . 1992 p. 281, secondo cui la tacita accettazione di un'operazione presuppone la piena conoscenza dei fatti).

### **E. 5.2**

Nel caso di specie, questa Camera ritiene che la convenuta non possa assolutamente richiamarsi in buona fede alla clausola contrattuale di cui all'art. 7 delle condizioni generali. La teste \_\_\_\_\_ ha innanzitutto precisato che in generale, per disposizione interna della banca, l'ordine di bonifico telefonico doveva essere confermato per scritto dal cliente

al più presto e comunque entro 6 mesi rispettivamente che, trascorso quel termine, il funzionario doveva spiegare i passi intrapresi per ottenere la ratifica (" Per la conferma dell'ordine telefonico, per disposizione interna della banca, dobbiamo avere una firma entro 6 mesi ... L'ordine telefonico avrebbe dovuto essere controfirmato dal cliente. Di solito questa conferma dovrebbe avvenire il più in fretta possibile ... Quando il ritardo nella conferma supera i 6 mesi, oltre all'indicazione dell'operazione, al superiore bisogna spiegare quali sono stati i passi intrapresi per poterla ottenere... Se la conferma del cliente non arriva anche dopo i sei mesi si procede unicamente a sollecitare chi è coinvolto nell'operazione "); nel frattempo l'ordine telefonico non ancora ratificato veniva inserito in un'apposita lista, allestita all'indirizzo dei superiori (" All'indirizzo dei superiori c'è una lista degli ordini telefonici in sospeso perché senza conferma del cliente... "); da quanto precede, si ha che fino al momento della conferma scritta da parte del cliente, l'ordine di bonifico, anche se concretamente già effettuato, era ancora "in sospeso", con la conseguenza che il cliente avrebbe anche potuto non ratificarlo o, come indicato dal teste \_\_\_\_\_, "non scaricarlo". Per quanto riguarda concretamente il bonifico in questione, la teste \_\_\_\_\_, tranne aver sollecitato a più riprese \_\_\_\_\_ -il quale per inciso, in quanto semplice procuratore amministrativo, non poteva rappresentare gli attori con riferimento a operazioni di bonifico (cfr. doc. D)- ad invitare i clienti a venire in banca a firmare l'ordine (" Io ricordo di aver sollecitato più volte \_\_\_\_\_ di invitare il cliente a venire in banca a firmare l'ordine di bonifico ma questa visita non ci fu mai "), non ha intrapreso altro per ottenere la ratifica dell'ordine ("... non credo sia stato fatto di più"), in particolare non ha ritenuto di farsi dare il numero di telefono dei clienti (" Non ho mai chiesto a \_\_\_\_\_ il recapito telefonico di \_\_\_\_\_ affinché potessi mettermi in contatto direttamente ") o di informarli per scritto al loro domicilio, noto alla banca (" Sono sicura che il foglio con il domicilio c'era e a noi era noto "); in seguito né lei né i suoi colleghi hanno richiamato l'attenzione dei clienti su tale operazione, allorché questi ultimi nel settembre 1994 avevano ordinato telefonicamente il bonifico di US\$ 5'800.- (doc. 17) oppure quando, nel dicembre 1995, avevano chiesto, ancora una volta per telefono, informazioni in merito a un accredito in conto (teste \_\_\_\_\_: " I contatti telefonici con la signora \_\_\_\_\_ iniziarono nel dicembre del 1995 quando la signora indicò di attendere dei trasferimenti di titoli risp. dei bonifici da \_\_\_\_\_ ... Quando ha telefonato nel dicembre del 1995 la signora \_\_\_\_\_ ha chiesto se erano entrati dei soldi senza desiderare altre informazioni "). È solo nel corso della prima visita in banca, avvenuta nell'aprile 1996 (cfr. doc. 14), che gli attori, preso visione della posta a trattenerne, sono infine venuti a conoscenza dell'operazione e l'hanno contestata, ovvero non l'hanno ratificata. In tali circostanze, accertato da una parte che la banca convenuta sapeva perfettamente che l'operazione, "in sospeso", non era stata ancora ratificata e dunque vi era il rischio che quest'ultima potesse non essere riconosciuta dai clienti siccome non impartita da loro rispettivamente che essa non ha fatto in modo -violando tra l'altro una chiara disposizione interna- che gli attori si esprimessero in proposito, e accertato dall'altra che essa aveva agito con grave negligenza nell'accertamento della legittimazione del titolare del conto ( ICCA 22 agosto 1996 in re G. SA/B., 21 febbraio 2001 in re R./C. SA; Guggenheim , Les contrats de la pratique bancaire suisse, 2. ed., Ginevra 1981, p. 72), è sicuramente a ragione che il Pretore ha in definitiva concluso che essa fosse assai malvenuta a prevalersi della finzione dell'accettazione tacita dell'operazione per la sua mancata contestazione entro 30 giorni dall'inserimento nella corrispondenza del relativo avviso di addebito o dell'estratto conto.

Ne discende la reiezione del gravame. La tassa di giustizia, le spese e le ripetibili seguono la soccombenza (art. 148 CPC). Per i quali motivi, richiamati gli art. 148 CPC e la TG dichiara e pronuncia I. L'appello 28 giugno 2001 di \_\_\_\_\_ è respinto. II. Le spese della procedura d'appello consistenti in: a) tassa di giustizia fr. 6'950.- b) spese fr. 50.-  
Totale fr. 7'000.- da anticiparsi dall'appellante, restano a suo carico con l'obbligo di rifondere alla controparte fr. 7'000.- per ripetibili. III. Intimazione a: - \_\_\_\_\_ Comunicazione alla Pretura della giurisdizione di Mendrisio sud Per la seconda Camera civile del Tribunale d'appello II  
presidente Il segretario

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