

TI_GERICHTE 12.2005.154 vom 23. Mai 2007

TI Tribunale d'appello, 2007-05-23, IT

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_12.2005.154

FR: TI_GERICHTE 12.2005.154 du 23 mai 2007

IT: TI_GERICHTE 12.2005.154 del 23 maggio 2007

Regeste

Responsabilità della banca per gestore esterno, operazioni su conto corrente bancario e deposito aperto di titoli non previste dalla procura amministrativa, determinazione del danno, portata della clausola "posta trattenerne", reazione tardiva del cliente

Erwägungen

E. 1

L'appello, tempestivo, è ricevibile in ordine. La contestazione ha natura pecuniaria e il valore di causa (dopo il memoriale conclusivo e qui in appello) è di fr. 126'457.--, pari a € 82'052,95.

E. 2

L'attore è cittadino italiano residente ora a V_____. Col che i rapporti di diritto presentano degli elementi di estraneità ai sensi dell'art. 1 LDIP. Pacifico che le parti sono legate fra loro da un rapporto contrattuale, ove il diritto applicabile è quello svizzero scelto dai contraenti (Doc. 3; art. 116 cpv. 1 LDIP), al quale Segretario assessore e parti hanno fatto riferimento.

E. 3

Non è controverso in causa che le parti sono vincolate fra loro da un contratto di conto corrente bancario e da un contratto di deposito aperto, a cui sono applicabili le regole del mandato (sentenza TF 4C.205/2002 del 9 dicembre 2002, consid. 2.2; II CCA 5 ottobre 2005 in re. L. c. X.; NRCP 2004 pag. 274 consid. 2 e 258 consid. 5; Cocchi , La responsabilità della banca nell'ambito di gestioni patrimoniali esterne in: NRCP 2003, pag. 73; Bizzozzero , Situation juridique de la banque relativement à l'activité d'un gérant indépendant in: Journée 1996 de droit bancaire et financier, pag. 118 segg.). L'attore ha rimproverato la banca di aver dato seguito a operazioni del gestore esterno che non erano contemplate nella procura amministrativa e che gli hanno cagionato delle perdite sul conto. In particolare l'attore lamenta che la banca avrebbe lasciato operare il gestore esterno con investimenti che superavano, per quantità di denaro, le disponibilità del cliente.

E. 3.1

. L'estensione dei poteri interni attribuiti al gestore esterno risulta dal mandato di gestione (art. 33 cpv. 2 CO). Sottoscrivendo il formulario di procura amministrativa allestito dalla banca, il cliente comunica a quest'ultima ai sensi dell'art. 33 cpv. 3 CO, spesso in misura estremamente estesa, i poteri di rappresentanza conferiti al gestore esterno. Ciò non significa tuttavia ancora che quest'ultimo sia legittimato internamente ad effettuare tutto quanto contemplato dalla procura (Bretton-Chevalier , Le gérant de fortune indépendant, Zurigo-Ginevra-Basilea 2002, pag. 230; Bizzozzero , op. cit. pag. 122). La procura deve

pertanto essere interpretata secondo il principio della buona fede (Bizzozzero , op. cit., ibidem; Bretton-Chevalier , op. cit. pag. 231). La banca non può dunque confidare unicamente nel tenore della procura per stabilire i poteri di rappresentanza del gestore, ma dovrà, se del caso, dar prova di maggiore attenzione in presenza di determinati ordini o istruzioni, segnatamente in caso di cambiamento di strategia oppure se il gestore mette manifestamente in pericolo gli interessi del cliente (II CCA 5 ottobre 2005 cit. qui sopra ; Bretton-Chevalier , op. cit. pag. 232 segg.). In dottrina è pacifico che il cliente può agire contro la banca se il rappresentante ha operato senza disporre di poteri sufficienti (Bretton-Chevalier , op. cit. pag. 225), rispettivamente se oltrepassa i poteri che gli sono stati conferiti. Il cliente in simili evenienze non è vincolato da questi negozi, fatta salva la sua ratifica ai sensi dell'art. 38 cpv. 1 CO (Cocchi , op. cit., pag. 79; Lombardini , Droit bancaire suisse, pag. 159 n. 110; Bretton-Chevalier , op. cit. pag. 226). Avuto riguardo alle obiezioni che sono state sollevate dalla convenuta, occorre dapprima esaminare se le operazioni del gestore esterno erano o meno compatibili con i poteri che gli erano stati conferiti. Spesso infatti la gestione del patrimonio ordinata dal gestore esterno sulla base della procura amministrativa può comportare la necessità di sottoscrivere con la banca dei contratti ad hoc , senza i quali l'operatività della banca è preclusa, come ad esempio gli investimenti fiduciari, gli investimenti in derivati o sulle divise, con tutte le problematiche legate all'erogazione di credito, alla messa in pegno degli averi, ai margini, o gli investimenti azionari con eventuali contratti di stop loss (Trezzini , Qualche spunto di riflessione sulla responsabilità civile della banca in presenza di un gestore patrimoniale esterno in: NRCP 2005, pag. 2).

E. 3.2

Dal testo della procura (Doc. C2) emerge che il gestore esterno poteva acquistare e vendere titoli, metalli preziosi, divise, effettuare investimenti in ogni paese e valuta, effettuare ogni tipo di operazione coperta o speculativa standardizzata, acquistare e vendere sul mercato delle opzioni e dei futures, acquistare materie prime, ecc. Al procuratore era però vietata “ la facoltà di effettuare qualsiasi operazione di bonifico, di prelevamento di fondi, titoli o altri averi, così come la costituzione in pegno, di disporre in qualsiasi modo e di accendere crediti come pure la creazione di saldi debitori, eccettuati sorpassi temporanei in conto relativi ad operazioni di rimborso/reinvestimento ”. Nel caso in esame non è contestato che il procuratore potesse eseguire una gestione particolarmente aggressiva e speculativa, come l'acquisto e la vendita di opzioni calls e puts , warrants , nonché di azioni (cfr. Doc. 8 e 13). Questa gestione entrava nel novero della procura, ed essa era stata convenuta con il gestore esterno (replica pag. 12; cfr. testi C _____, verbale di udienza 3 novembre 2003, pag. 2 e S _____ verbale di udienza 17 dicembre 2003, pag. 2 e 3). L'attore ha però rimproverato la banca di aver consentito al gestore esterno di effettuare operazioni che, per quantità di denaro, superavano le disponibilità del cliente, mandando in dare il conto e creando, così, dei mutui in favore della banca che generavano interessi passivi. La banca, ancora in appello, ha contestato questo assunto, ritenendo che la relazione del cliente non è mai stata resa debitoria nel suo complesso, posto che la posizione in dare di un sottoconto era compensata da altri in attivo, previa deduzione delle spese di commissione. La procura al riguardo era chiara e non consentiva al gestore di compiere operazioni che avrebbero consentito alla banca di perfezionare dei pegni o di disporre in modo da accendere crediti o formare dei saldi debitori sul conto (Doc. C2). Su questo tema anche la prassi e la dottrina hanno già avuto modo di chiarire che il procuratore, senza il consenso diretto e formale del mandante, non può procedere nell'ambito della sua gestione, a delle operazioni di credito,

di messa in pegno o, più in generale a delle operazioni a termine o sui derivati non coperte che possono potenzialmente condurre il conto in dare (Bretton-Chevalier , op. cit. pag. 232; 228/229; 236 e 140; Cocchi , op. cit. pag. 79 ; Lombardini , op. cit. pag. 157 n. 106; Bizzozzero , op. cit. pag. 122; Guggenheim , Les contrats de la pratique bancaire, 4a ed., pag. 426, nota 25). La banca non poteva presumere che il cliente fosse stato debitamente informato, né che egli potesse tranquillamente accettare ogni tipo di operazione sul conto da parte del gestore esterno che si ponesse in contrasto con i limiti che erano stati fissati nella procura. Così stando le cose, non ci si può accontentare di un'autorizzazione tacita per atti concludenti, di cui però non si trovano elementi a supporto agli atti. Non v'è quindi spazio per una presunzione (Lombardini , op. cit. pag. 157 n. 106) e il conferimento di una procura tacita, benché sia teoricamente ammissibile a condizioni particolarmente restrittive (Guggenheim , op. cit. pag. 429 nota 33), non poteva tornare in linea di conto, perché non si può ragionevolmente dedurre che un negozio rigorosamente vietato dal testo della procura, possa essere consentito tacitamente in base ai principi che governano la buona fede (art. 3 CC e 6 CO), specie se l'atto si scosta dai principi riconosciuti dalla prassi bancaria. In simili evenienze, e diversamente da quanto ha sostenuto la convenuta, occorre il consenso formale e preventivo del cliente, non essendo sufficiente informarlo successivamente o, ancor meno, depositando la corrispondenza nella posta a trattenere o inviandola all'indirizzo del gestore (Bretton-Chevalier , op. cit. pag. 236). Non è quindi di alcun rilievo sapere che C _____, nell'aprile del 2000, si fosse accorto di aver operato con una quantità di denaro superiore a quella che gli era stata messa a disposizione dal cliente e di aver confermato le posizioni del conto B _____ sull'estratto che gli era stato consegnato dalla banca. Il cliente all'epoca – come si dirà meglio in appresso - non era stato informato della situazione e ne era all'oscuro (Doc. 13 e teste C _____, verbale di udienza 3 novembre 2003, pag. 5 e 6).

E. 3.3

Dalla perizia agli atti risulta che non sempre la convenuta si è attenuta ai limiti previsti dalla procura. Il gestore ha infatti eseguito un certo numero di operazioni che, per la loro attuazione, hanno mandato in dare il conto B _____ dell'attore non solo transitoriamente per delle operazioni di rimborso o di reinvestimento (Doc. C2), ma per lungo tempo sino a toccare dei picchi di € 296'936 il 27 marzo 2000 (cfr. estratto bancario Doc. D e Allegato I della perizia per altri importi), a fronte di due versamenti in conto di complessivi € 128'210,25. Dagli atti non emerge che sia stata/e addebitata/e solamente una/più rubrica/che (sottoconto/i) della relazione principale, né che quest'ultima presentasse dei saldi attivi tali da compensare le posizioni debitorie, come ha sostenuto in causa la convenuta. Alcune operazioni, per contro (T _____, Op _____, A _____, U _____, Te _____, G _____ e Call sep S _____), sono state eseguite con averi che erano in conto (cfr. perizia pag. 5 ad risposta 3 lett. b e allegato II), senza ricorrere a linee di credito e/o a mutui concessi dalla banca al cliente. Un gran numero di operazioni, per contro, è avvenuto in spregio alla procura e la banca, diligentemente, avrebbe dovuto rifiutarsi di eseguire gli ordini del gestore esterno o, quantomeno, avrebbe dovuto impedire che le stesse fossero poste in atto senza istruzioni specifiche del cliente, per evitare operazioni di credito o simili sul conto del cliente. Il perito, rispondendo a un quesito di parte attrice, ne ha individuate un numero considerevole che sono state menzionate nell'allegato III del referto tecnico. Talune di queste sono state addirittura iniziate ed eseguite allorché il cliente non aveva ancora eseguito alcun versamento in conto nel febbraio 2000 (cfr. allegato III della perizia). Nondimeno, nelle evenienze in cui il

procuratore – come in concreto – travalica i poteri che gli sono stati conferiti, le operazioni, in quanto divisibili, non vanno stornate interamente ma, in applicazione analogica dell'art. 20 cpv. 2 CO, solo per quella parte eccedente i poteri (Zäch , Berner Kommentar, N. 13 all'art. 38; Chappuis , Commentaire Romand, CO I, N. 5 all'art. 38; Von Tuhr/Peter , Des Schweizerischen Obligationenrechts Bd. I, pag. 400; Watter , Basler Kommentar, N. 2 all'art. 38). Il perito, rispondendo alle domande che gli sono state poste, ha considerato questo aspetto, precisando che solo gli acquisti che eccedevano il saldo in conto corrente non venivano presi in considerazione (perizia pag. 4 e complemento di perizia pag. 1). Sono state stornate interamente quelle antecedenti il primo versamento, ovvero quelle:

A/P_____ CALL MAR 00; V/P_____ PUT MAR 00; ACT/WTS
S_____ ; V/ING.PUT JUN 00 (O_____); A/ING.CALL JUN 00
(O_____); A/D_____ .CALL JUN 00; A/D_____ .CALL SEP 00;
V/D_____ .PUT SEP 00; V/D_____ .PUT JUN 00; V/E_____ .PUT JUN
00 e A/E_____ .CALL JUN 00, ma non necessariamente tutte le altre nella loro entità (cfr. allegato III e IV della perizia).

E. 3.4

Come ha avuto modo di precisare il Segretario assessore, per calcolare il danno patito dai clienti di una banca, occorre confrontare il risultato del portafoglio amministrato in violazione del contratto, con quello ipotetico, gestito durante lo stesso periodo in conformità delle istruzioni del cliente e della convenzione (sentenza TF 4C. 295/2006 del 30 novembre 2006 consid. 5.2.2; Pra 2005 n. 73 pag. 566 consid. 2). Il perito ha stimato il danno in € 82'052,95 , pari alla differenza fra il saldo ipotetico comprensivo delle operazioni in conto rispettose dei limiti della procura (senza titoli in deposito), pari a € 129'779,46, e gli averi sul conto corrente e nel deposito titoli al momento della chiusura di € 47'726,51 (perizia pag. 5 e 3).

E. 4

La convenuta ha rimproverato al giudice di non aver considerato che il gestore esterno aveva posto in essere gli investimenti, confidando sul fatto che il suo cliente, all'inizio della relazione, avesse depositato in conto € 150'000.-- e non £it. 150'000'000. Invero, nel corso di una conversazione telefonica, l'attore sembrerebbe aver comunicato a C_____ di aver depositato presso la AO 1 una somma di "150" e con essa si sarebbe potuto iniziare ad operare (cfr. teste C_____ pag. 2 e 3). La circostanza, quand'anche accertata, non è idonea a sanare le violazioni degli obblighi di diligenza della banca ed è ininfluente ai fini del giudizio. Infatti questa obiezione poteva utilmente essere invocata, solo nel caso in cui la banca – come ha peraltro fatto in talune circostanze – avesse consentito al procuratore di operare entro i limiti fissati dalla procura e non mediante la concessione di un fido (mai precisato) in conto corrente. Se, quindi, il gestore esterno avesse eseguito degli investimenti che non ponevano il conto corrente del cliente in dare, l'errore, per effetto della rappresentanza (art. 32 cpv. 1 CO), sarebbe stato senz'altro posto a carico dell'attore. Per contro, come si è visto, la banca non avrebbe dovuto consentire al gestore esterno di mettere in atto investimenti che esorbitavano dai poteri a lui conferiti. Alla stessa stregua è irrilevante sapere che il cliente aveva firmato un atto di pegno a garanzia dei suoi impegni verso la banca (Doc. 1) o delle condizioni generali per l'intermediazione di opzioni e financial futures , dalle quali il cliente si era impegnato a prestare delle garanzie reali verso la banca (Doc. C6 ad art. 9). Orbene, queste garanzie potevano essere poste in atto solamente nel caso in cui fosse stato direttamente il cliente a dare gli ordini alla banca, o

nell'evenienza in cui le istruzioni del gestore esterno rientravano nel novero della procura, ma non in seguito ad investimenti che oltrepassavano i poteri che erano stati conferiti al gestore esterno e che la banca era tenuta, per contratto, a controllare ed impedire.

E. 5

La convenuta sostiene che l'attore avrebbe ratificato l'operato del suo rappresentante, giacché era sempre informato delle scelte operative e delle modalità di gestione. L'attore avrebbe altresì ratificato le sue posizioni in occasione di una sua visita il 16 febbraio 2000. Il Segretario assessore ha rilevato che il comportamento passivo dell'attore non poteva essere inteso come una ratifica. Egli non ha mai avuto una reale conoscenza delle sue posizioni il giorno in cui si recò in banca con la moglie (il 16 febbraio 2000): si trattò di una visita veloce per conferire la procura a costei, ciò che non gli permise una verifica completa degli estratti e dei suoi impegni verso la banca. Secondo la giurisprudenza la ratifica ai sensi dell'art. 38 CO è una dichiarazione della volontà che può essere indirizzata tanto al rappresentante, quanto al terzo che ha contrattato con quest'ultimo. Come ogni manifestazione della volontà non sottoposta ad una forma speciale, la ratifica può essere tacita o risultare da atti concludenti, come la passività o il silenzio del terzo con il quale si è negoziato (sentenza TF 5P.191/2006 del 23 novembre 2006; DTF 93 II 307 consid. 4).

E. 5.1

Nel caso in esame è pacifico che l'attore sapeva che C_____ aveva iniziato ad eseguire degli investimenti speculativi sul conto che era stato aperto presso la AO 1 a L_____. La tipologia degli investimenti non è però sufficiente per sapere se il cliente della banca avesse potuto ratificare l'operato del suo rappresentante. Ciò presuppone che l'attore fosse stato posto nelle condizioni di sapere che il gestore cui faceva capo, non solo aveva iniziato ad investire ma, anche e specialmente, che costui aveva proceduto a investimenti che andavano al di là degli averi che erano stati messi a disposizione sul conto. Questa prova, diversamente da quanto sostiene la convenuta, non può essere dedotta dagli atti. C_____ si accorse di aver investito più denaro di quello che il cliente gli aveva messo a disposizione solo nell'aprile 2000 e vendette allora i titoli in esubero per sistemare la situazione (cfr. C_____, verbale pag. 3). Questa circostanza non è stata contestata dalla convenuta, la quale ha addirittura preteso che il vizio dell'errore e il conseguente danno cagionato al cliente potesse essere addossato all'attore. Invero secondo il teste Speroni, il cliente è sempre stato informato sulla tipologia degli investimenti che il gestore metteva in atto per lui, ma non "sull'entità del denaro utilizzato" (verbale pag. 5). Questo assunto appare credibile, perché se già C_____ non si era accorto di aver proceduto a operazioni che necessitavano più denaro rispetto a quello che gli aveva messo a disposizione il cliente sul conto, non si può pretendere che quest'ultimo fosse informato della situazione. L'attore fu messo a conoscenza del fatto che il suo rappresentante aveva operato oltre i limiti che gli erano stati consentiti, solo nel mese di maggio del 2001 (teste C_____, pag. 5 in basso). Invero, come si dirà qui di seguito, molto prima.

E. 5.2

Giova ancora esaminare se l'attore, nel corso della sua visita in banca del 16 febbraio 2000 abbia potuto, quantomeno per atti concludenti, confermare le operazioni che erano state messe in atto dal suo procuratore. Il teste S_____, direttore della AO 1 a L_____, non ricorda se il gestore esterno fosse stato autorizzato ad operare prima ancora che i fondi del cliente confluissero sul suo conto ma, di regola, questo tipo di

operatività veniva consentito solo nei casi in cui la banca era garantita da un atto di pegno (verbale di udienza 17 dicembre 2003 pag. 3). Questa circostanza è nondimeno ininfluente ai fini del giudizio perché, come si è ricordato nei considerandi precedenti, la convenuta non avrebbe potuto autorizzare il gestore esterno ad operare senza il preventivo consenso del cliente. Come ha avuto modo di precisare il Segretario assessore, l'incontro che il convenuto ebbe in banca il 16 febbraio 2000 durò solo 12 minuti (cfr. Doc. 17A). Il teste S_____ ha riferito che si trattò di una visita rapida in cui “ si mostrò velocemente la posizione del cliente ed in seguito si fece firmare la procura ” alla moglie del cliente. Proseguendo nella sua deposizione il teste ha però altresì precisato che egli non ricorda se il cliente fu reso attento che la posizione del conto corrente era in dare, né se la stessa fosse effettivamente in dare (verbale cit. pag. 5). Questo tema non ha però potuto essere approfondito oltre durante l'escussione del teste: costui non aveva ricordi concreti dell'incontro con il cliente (verbale pag. 7) e non è stato in grado di riferire se, come ha precisato il Segretario assessore, il cliente prese conoscenza di tutti gli estratti, con particolare riferimento “agli impegni” che egli aveva assunto. In queste condizioni, in assenza di elementi certi in ordine alla sua conoscenza, non è ammissibile pretendere che il cliente abbia potuto ratificare l'operato del suo rappresentante, nonostante vi fossero, a quell'epoca, delle performances di rilievo.

E. 6

A questo punto ci si può confrontare con le critiche che l'attore, con l'appello, ha mosso alla sentenza impugnata. L'appellante, dopo aver ricordato che la banca, secondo gli accertamenti del Giudice di prima istanza aveva agito con grave negligenza, ha posto in evidenza che la convenuta non avrebbe potuto invocare, senza incorrere in un abuso di diritto, l'art. 7 delle condizioni generali per le quali le contestazioni di estratti conto corrente o di deposito vanno notificate entro il termine di un mese. Il Segretario assessore, dopo aver richiamato la giurisprudenza e la dottrina in tema della finzione della clausola “posta trattenere” ha precisato che, stante la grave negligenza della banca, essa non poteva prevalersi della presunzione per la quale il cliente potesse aver ratificato le controverse operazioni messe in atto dal suo procuratore. Per contro ha rilevato che il cliente aveva potuto ricevere copia della documentazione bancaria ed esaminare le sue posizioni l'8 febbraio 2001, mentre le prime contestazioni, in spregio alla clausola contrattuale, sono giunte alla banca il 23 maggio 2001, ovvero dopo circa tre mesi e mezzo dalla conoscenza dei fatti.

E. 6.1

In concreto le parti erano vincolate da una clausola “posta trattenere”. Secondo la giurisprudenza ormai consolidata del Tribunale federale, allorché una banca accetta di conservare presso di essa le comunicazioni che andrebbero inviate ai loro clienti, le stesse sono opponibili a questi ultimi come se le avessero effettivamente ricevute. Parimenti si deve ammettere che il cliente che adotta questa modalità di comunicazione è supposto averne preso conoscenza immediatamente al momento in cui la corrispondenza gli viene inviata in questo modo (sentenza TF 4C. 378/2004 del 30 maggio 2005 consid. 2.2; con numerosi altri rif.). Per quanto riguarda le conseguenze giuridiche si deve ritenere che l'assenza di reazione da parte del cliente, autorizza la banca a credere, in base alle norme che governano la buona fede (art. 2 cpv. 1 CC), che il silenzio vale quale ratifica delle operazioni eseguite. Il cliente che sceglie l'opzione “posta trattenere” assume quindi il rischio di sopportarne le conseguenze (sentenza TF citata qui sopra). Tuttavia, in ragione

delle conseguenze scioccanti che potrebbero derivare dall'applicazione rigida di tale finzione, rimane riservata al giudice la facoltà di apprezzare la situazione. Così una situazione manifestamente contraria all'equità può essere sanzionata a titolo di abuso di diritto (art. 2 cpv. 2 CC). Sono dati gli estremi di un abuso, allorché la banca approfitta dalla ricezione della posta per agire scientemente a detrimento del cliente (sentenza TF 4C. 81/2002 del 1° luglio 2002 consid. 4.3; 4C.205/2002 del 9 dicembre 2002; Rep. 1996 n. 12 pag. 39), o quando, dopo aver gestito un conto durante numerosi anni in conformità alle istruzioni verbali di un cliente, la banca si scosta intenzionalmente dalle stesse senza che nulla lo lasciasse prevedere, oppure ancora quando la banca sapeva che il cliente non avrebbe approvato le comunicazioni della posta trattenuta (sentenza TF 4C. 295/2006 del 30 novembre 2006 consid. 2.2; sentenza TF 4C. 378/2004 citata qui sopra; sentenza TF 4C. 81/2002 del 1° luglio 2002 consid. 4.3). La giurisprudenza cantonale della II CCA è perfettamente in linea con quella del Tribunale federale (NRCP 2003 pag. 252/253 consid. 5; pag. 256; II CCA 13 novembre 2006, inc. 12.2005.99 consid. 12; 9 novembre 2004, inc. 10.2002.18). Nel caso in esame la convenuta ha agito con grave negligenza, perché ha trascurato le più elementari regole di prudenza, consentendo al gestore esterno di eseguire operazioni che non erano consentite dalla procura che gli era stata rilasciata (sul concetto di negligenza grave della banca cfr. sentenza TF 4C. 315/2005 del 2 maggio 2006 consid. 6.1). Ne deriva che, come è stato precisato dal Segretario assessore, non v'è spazio per la ratifica tacita delle controverse operazioni, posto che la banca non poteva, in buona fede, ritenere che il cliente approvasse quelle operazioni che oltrepassavano i limiti dei poteri che erano stati conferiti al suo rappresentante. Parimenti la tacita accettazione presuppone la piena conoscenza dei fatti (Rep. 1992 pag. 281), che il cliente non aveva almeno sino al febbraio 2001.

E. 6.2

Il Segretario assessore ha nondimeno stabilito che l'attore, dal momento in cui era venuto a conoscenza di tutta la documentazione, avrebbe dovuto reagire tempestivamente contestando gli estratti entro il termine di un mese, in conformità dell'art. 7 delle Condizioni generali. Invero dall'8 febbraio 2001 (petizione pag. 5 e Doc. 17G) non v'era più alcun impedimento per il cliente di contestare gli estratti della banca, mentre il primo reclamo, per stessa ammissione dell'attore, è stato notificato alla banca il 23 maggio 2001 (doc. L), con circa tre mesi di ritardo. La dottrina ha già avuto modo di precisare che la clausola che impone l'obbligo ad un cliente di reagire entro un determinato termine è applicabile solo quando egli è a conoscenza degli estratti che è tenuto ad approvare, mentre il suo silenzio non gli è opponibile se egli non è stato completamente informato in maniera veritiera. Parimenti questa clausola non è applicabile se ha per effetto di coprire le irregolarità commesse dalla banca, rispettivamente nei casi in cui si deve presumere che il cliente non avrebbe dato il suo assenso alle operazioni, oppure ancora se sorgono dei dubbi intorno al reale accordo sulle operazioni litigiose (Lombardini, op. cit. pag. 147 n. 72, Guggenheim, op. cit., nota 101 pag. 127, entrambi gli autori con rif. ad una sentenza del Handelsgericht di Zurigo pubblicata in ZR 1998 pagg. 213 segg.; 222). Nelle sentenze II CCA

E. 9

novembre 2004 qui sopra citata e NRCP 2003 pag. 253 il tema oggetto di questa vicenda non si poneva in questi termini, perché il cliente, pur non avendo rispettato il termine per formulare le sue contestazioni, aveva nondimeno reclamato immediatamente, dopo aver

preso conoscenza degli estratti della banca. Nella sentenza del TF 4C.378/2004 (consid. 2.3) i giudici hanno ritenuto che queste evenienze vanno esaminate in base alle circostanze e che un cliente non poteva, in buona fede, pretendere di non aver ratificato 322 ordini di pagamento eseguiti nel corso di 15 anni se egli, durante questo periodo, mai si preoccupò di visionare la corrispondenza che veniva trattenuta in banca, al punto di favorire una situazione di rischio. Nella più recente 4C.295/2006 cit. qui sopra il TF, per contro, tenuto conto che la banca aveva disatteso le istruzioni di un cliente, ha ritenuto che essa non poteva avvalersi della finzione della ricezione e della conseguente ratifica delle operazioni, atteso che egli aveva contestato le stesse 12 giorni dopo aver ricevuto notizia delle sue posizioni. Nel caso qui in esame, l'attore, per il tramite del suo patrocinatore, il 14 febbraio 2001 (doc. H) scrisse alla banca che aveva ritirato la posta il 5 febbraio precedente e che non gli erano state consegnate le condizioni generali, l'atto di pegno, ed altri documenti ancora. La contestazione riferita a tutta l'operatività del conto, per quanto ancora generica, è stata formulata solo il 23 maggio 2001 (Doc. L), ancorché, come ha precisato il Segretario assessore, l'attore si rivolse ad un legale già nel febbraio 2001, dopo aver rilevato che sugli estratti conto di fine anno (del 2000), figuravano "ingenti interessi debitori, chiaro segnale del fatto che il conto era stato in dare per importi rilevanti e per lunghi periodi" (petizione pag. 5 e replica pag. 16). In queste evenienze non si può rendere inoperante una clausola che le parti hanno perfezionato e voluto per un lungo periodo di tempo. Le regole della buona fede non vanno osservate solamente dalla banca, ma anche dal cliente, il quale, in caso di disaccordo, non può rimanere inattivo. Costui è tenuto a reagire rapidamente entro il termine di un mese (art. 7 CG; Doc. 3), quantomeno dal momento in cui egli è stato posto nelle condizioni di contestare le operazioni che sono state registrate sugli estratti bancari. In concreto, ciò è avvenuto, per stessa ammissione dell'attore, tra il 5 e il 14 febbraio 2001, mentre la prima contestazione formale e sostanziale è avvenuta solo verso la fine del mese di maggio di quell'anno (Doc. L), ossia oltre 3 mesi dopo la consegna degli estratti. L'attore, che lavorava in una banca in I _____ (teste C _____, pag. 5) – e quindi poteva essere cognito nella materia –, si era accorto che sul suo conto erano state eseguite operazioni che esorbitavano dalla procura che aveva conferito al suo gestore, diversamente non si sarebbe rivolto ad un avvocato nei giorni successivi la visita in banca dell'8 febbraio 2001. La sentenza del Segretario assessore può quindi essere condivisa, specie se si considera che egli era tenuto a valutare la validità della clausola in equità, tenendo conto delle circostanze. Ciò significa che egli fruiva di un potere di apprezzamento che può essere sindacato in appello con estrema prudenza, ovvero solo quando la decisione è manifestamente iniqua o ingiusta (Cocchi/Trezzini, CPC-TI, m. 32 all'art. 307). Il querelato giudizio, alla luce delle suesposte circostanze, non appare iniquo, né tantomeno ingiusto e non vi è dunque motivo per scostarsi dal risultato al quale è giunto il primo giudice. 7. Ne discende che l'appello deve essere respinto. La tassa, le spese e le ripetibili seguono la completa soccombenza dell'appellante. Per i quali motivi richiamati per le spese l'art. 148 CPC, la LTG e la TOA dichiara e pronuncia: 1. L'appello 5 settembre 2005 di AP 1, è respinto. 2. Le spese della procedura di appello consistenti in: a) tassa di giustizia fr. 1'450.- b) spese fr. 50.- totale fr. 1'500.- sono poste a carico dell'appellante, con l'obbligo di rifondere alla parte appellata fr. 3'500.- a titolo di ripetibili. 3. Intimazione: - - Comunicazione alla Pretura del Distretto di Lugano, sezione 1 terzi implicati Per la seconda Camera civile del Tribunale d'appello La presidente Il segretario Rimedi giuridici Premesso che nella causa esaminata il valore è di fr. 126'457.-, contro la presente sentenza è dato ricorso

in materia civile al Tribunale federale, 1000 Losanna 14 , entro 30 giorni dalla notificazione del testo integrale della decisione (art. 100 cpv. 1 LTF). Qualora non sia dato il ricorso in materia civile è possibile proporre negli stessi termini ricorso sussidiario in materia costituzionale (art. 113, 117 LTF). La parte che intende impugnare una decisione sia con un ricorso ordinario sia con un ricorso in materia costituzionale deve presentare entrambi i ricorsi con una sola e medesima istanza (art. 119 LTF).

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