

# **TI\_GERICHTE 12.2009.163 vom 5. August 2011**

TI Tribunale d'appello, 2011-08-05, IT

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti\\_gerichte\\_12.2009.163](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_12.2009.163)

FR: TI\_GERICHTE 12.2009.163 du 5 août 2011

IT: TI\_GERICHTE 12.2009.163 del 5 agosto 2011

## **Regeste**

Banca - rinvio TF - azione di rendiconto e creditoria (Stufenklage) - responsabilità della banca per operazioni eseguite - onere della prova

## **Erwägungen**

### **E. 1**

La giurisprudenza sul carattere vincolante di una decisione di rinvio del Tribunale federale sviluppata in margine all'art. 66 cpv. 1 OG trova applicazione anche dopo il 1° gennaio 2007 (DTF 135 III 334 consid. 2), data in cui è entrata in vigore la nuova LTF. Si ha così che la cognizione del giudice cantonale al quale la causa è rinviata è limitata dai motivi della decisione di rinvio, ritenuto che costui è pure vincolato da ciò che è stato deciso definitivamente dal Tribunale federale e dalle constatazioni di fatto che non sono state impugnate davanti a lui. In altre parole, dunque, il ricorrente che è risultato vincente innanzi al Tribunale federale non può, nella nuova procedura cantonale, subire un peggioramento della sua posizione giuridica, essendo evidente che, nella peggiore per lui delle ipotesi, dovrà accontentarsi di vedere confermato il risultato che la controparte non aveva ritenuto di impugnare innanzi all'Alta Corte (DTF 135 III 334 consid. 1, 131 III 91 consid. 5.2).

### **E. 2**

Visto quanto precede, a questo stadio della lite devono pertanto essere considerati associati da una parte l'applicabilità alla fattispecie delle norme sul contratto di mandato e l'infondatezza delle domande di risarcimento concernenti i "reverse swaps" in GB£ non autorizzati (GB£ 105'559.-) e i "reverse swaps" in AU\$ ritardati (AU\$ 41'329.-), questioni queste decise in modo definitivo dal Tribunale federale, e dall'altra il buon fondamento delle pretese relative alla vendita anticipata di obbligazioni in Lit. (Lit. 14'768'000) e ad altre operazioni non autorizzate in FF (FF 124'394.-) nonché delle pretese concernenti il risarcimento di 1/15 dei costi della consulenza prestata da \_\_\_\_\_ (US\$ 5'000.-) e dei costi di patrocinio preprocessuale (fr. 2'874.40), questioni che invece non erano state a suo tempo impugate dalla convenuta innanzi al Tribunale federale. In questa sede restano in definitiva da esaminare - come per altro rammentato esplicitamente nel giudizio di rinvio - la domanda di risarcimento del danno quantificato con la petizione in Lit. 504'000'000, ora limitata al danno per operazioni su titoli non autorizzate (fr. 1'064.- ./ Lit. 4'733'745 + US\$ 4'790.- + DM 5'941.-), per operazioni di cambio (Lit. 36'266'000), per operazioni su metalli preziosi (US\$ 2'224.-) e per il deflusso netto da prelievi e bonifici (Lit. 239'907'776 + DM 6'499.30 + US\$ 9'729.85), e le pretese concernenti il risarcimento della rimanenza dei costi della consulenza prestata \_\_\_\_\_ e dei costi di patrocinio preprocessuale, nonché i giudizi su spese e ripetibili di primo e secondo grado.

### **E. 3**

Ciò premesso, si tratta dapprima di esaminare in ordine se la domanda di risarcimento del danno quantificato con la petizione in Lit. 504'000'000 sia stata validamente precisata (e limitata) con le conclusioni e poi con l'appello mediante la richiesta volta al risarcimento del danno per operazioni su titoli non autorizzate (fr. 1'064.- ./ Lit. 4'733'745 + US\$ 4'790.- + DM 5'941.-), per operazioni di cambio (Lit. 36'266'000), per operazioni su metalli preziosi (US\$ 2'224.-) e per il deflusso netto da prelievi e bonifici (Lit. 239'907'776 + DM 6'499.30 + US\$ 9'729.85). Il quesito dev'essere risolto affermativamente. Innanzitutto si osserva che, avendo promosso una causa avente per oggetto un'azione condannatoria e una domanda di rendiconto (" Stufenklage ", la cui introduzione è consentita dal diritto federale cfr. Cocchi/Trezzini , CPC-TI App., m. 51 ad art. 78), l'attore, a suo dire non in grado di spiegare sin dall'inizio le ragioni che avevano portato alla mancanza patrimoniale di Lit. 504'000'000, avrebbe potuto specificarne i dettagli anche solo ad avvenuto rendiconto (cfr. Cocchi/Trezzini , CPC-TI App., n. 133 ad art. 78), di modo che la precisazione di quella pretesa da lui operata in sede conclusionale va considerata ammissibile. Ma quella precisazione, costitutiva di una mutazione dell'azione ai sensi dell'art. 74 CPC/TI, sarebbe stata comunque ammissibile per altri due motivi, sia per il fatto che la convenuta non l'ha contestata né in sede conclusionale ( Cocchi/Trezzini , CPC-TI, m. 1 ad art. 76 e Cocchi/Trezzini , CPC-TI App., n. 134 ad art. 78), né tanto meno in questa sede (cfr. anzi, osservazioni p. 16, ove essa si è limitata a prendere atto del sensibile ridimensionamento delle pretese attoree), sia perché con la sua presa di posizione del 21 aprile 2011 quella medesima parte, richiesta di esprimersi sulla particolare questione, ha riconosciuto che questa Camera avrebbe dovuto entrare nel merito di quelle allegazioni, ivi comprese quelle contenute nelle conclusioni delle parti.

#### **E. 4**

Con le pretese qui ancora litigiose, così ammissibili, l'attore rimprovera in sostanza alla convenuta di aver effettuato senza autorizzazione, tra il 1994 e il giugno 1998, una serie di operazioni sui suoi conti e meglio operazioni su titoli (fr. 1'064.- [compravendita titoli Clariant, Novartis e Roche tra il gennaio e l'aprile 1998] ./ Lit. 4'733'745 [compravendita titoli Vodafone Group, Fondiaria Ass., Banco di Napoli, Rinascente, Snia e Sai tra il febbraio e il maggio 1998] + US\$ 4'790.- [compravendita titoli Pedrobras 50'000 US\$ 7.5% e Perez Co 98 50'000 US\$ 8.375% e acquisto titoli Pedrobras 5'000 US\$ 7.5% tra il febbraio e l'aprile 1994] + DM 5'941.- [acquisto titolo 6.125% BEI 98 20'000 nel dicembre 1994, compravendita titoli Münchener Rück e Siemens tra il febbraio e l'aprile 1998] ), operazioni di cambio (con i relativi interessi, Lit. 36'266'000 tra il febbraio 1994 e il giugno 1998), operazioni su metalli preziosi (US\$ 2'224.- [compravendita 50 Oz d'oro e di altre complessive 10'000 Oz d'argento tra l'agosto e il dicembre 1994] ) e di aver ordinato o permesso, sempre senza una sua autorizzazione, vari prelievi e bonifici (con i relativi interessi, Lit. 239'907'776 [prelievo a contanti il 27 ottobre 1994, bonifico a Comfort il 25 gennaio 1995, bonifico a Vidoli & Gamba il 3 marzo 1995, pagamento a E\_\_\_\_\_ il 30 luglio 1996, pagamento a Newhouse il 1° agosto 1997] + DM 6'499.30 [due addebiti e un accredito tra l'agosto 1994 e il febbraio 1995] + US\$ 9'729.85 [un versamento di cassa, due accrediti, un addebito e un bonifico tra il febbraio 1994 e il febbraio 1995] ).

#### **E. 4.1**

Il risarcimento di questo danno, il cui ammontare è stato accertato peritalmente (cfr. perizia p. 5 segg. e gli allegati 4-7; cfr. pure complemento peritale e gli allegati 5bis e 7bis), può

essere ammesso (dunque per fr. 1'064.-, US\$ 16'743.85, DM 12'440.30 e Lit. 271'440'031).

#### **E. 4.1.1**

La convenuta, pacificamente gravata dell'onere della prova (art. 8 CC; in merito all'onere della prova per la fattispecie, analoga a quella che ci occupa, dell'esistenza di nuove istruzioni alla banca, cfr. TF 22 giugno 2011 4A\_90/2011 consid. 2.2.2, 3 dicembre 2004 4C.18/2004 consid. 1.5 e 1.8), non è innanzitutto stata in grado di provare che quelle operazioni, sia pure effettuate dopo l'allestimento delle relative fiches o ticket telefonici, fossero state a suo tempo ordinate dall'attore o dal suo procuratore E \_\_\_\_\_, e del resto neppure il Pretore ha ritenuto che agli atti esistesse una prova diretta in tal senso (optando invece per una prova indiretta, derivante dalla finzione della tacita ratifica), assunto questo che nemmeno è stato da lei censurato in questa sede. E non poteva essere altrimenti: da quelle fiches o ticket (contenuti, almeno in parte, nei raccoglitori doc. III° rich. e nella documentazione prodotta in edizione dalla convenuta con scritto 23 settembre 2003), recanti firme illeggibili, non è in effetti possibile stabilire con la necessaria certezza chi li abbia allestiti, chi abbia impartito i relativi ordini rispettivamente se l'ordinante ivi indicato fosse effettivamente uno di costoro, tanto più che nemmeno il procuratore E \_\_\_\_\_, sentito quale teste, ha confermato di aver ordinato quelle operazioni (vendita per conto del cliente di metalli preziosi, azioni, obbligazioni prima della scadenza o spot su valute, prelievi in contanti) o di aver dato seguito ad istruzioni dell'attore in tal senso, limitandosi ad affermare di non ricordarle rispettivamente di non ricordare di averle eseguite (verbale p. 5 seg.), mentre il funzionario L \_\_\_\_\_ si è espresso per lo più in termini generici; oltretutto negli allegati preliminari la stessa convenuta non ha mai preteso che le operazioni qui contestate fossero state ordinate da persone autorizzate (limitandosi a ritenerle confermate dagli estratti conto nella posta a trattenere) né comunque è stata in grado di indicare da quali risultanze probatorie si potesse evincere quella circostanza.

#### **E. 4.1.2**

Poco importa se l'attore, la cui posta - come detto - era stata trattenuta in banca, non abbia provveduto a contestare le relative operazioni entro il termine, di 4 settimane, previsto dalla clausola "reclami del cliente" contenuta nelle condizioni generali, tanto più che la convenuta, negli allegati preliminari (irrita è la sua diversa adduzione nell'allegato conclusionale, cfr. art. 78 CPC), neppure si era prevalsa di quella clausola, ma unicamente della finzione derivante dalla convenzione relativa alla posta a trattenere (cfr. risposta p. 8, 11 e 14). E comunque, viste le conseguenze urtanti che potrebbero derivare dalla rigida applicazione della finzione della tacita accettazione da parte del cliente derivante dalla clausola "reclami del cliente", al giudice rimane riservata la facoltà di apprezzare in equità le circostanze concrete, ritenuto in particolare che una situazione manifestamente contraria all'equità - ciò che ad esempio si verifica nel caso in cui la banca agisca scientemente, o anche solo con negligenza grave (TF 1° luglio 2002 4C.81/2002; cfr. pure Guggenheim, *Les contrats de la pratique bancaire suisse*, 2<sup>a</sup> ed., p. 72), a detrimento del cliente senza che nulla possa far prevedere tale comportamento ( Bourgknecht, *La responsabilité de la banque pour la gestion de fortunes*, in: RFJ 1996 p. 6 nota 26; SJ 1985 p. 246 segg.; TF 26 maggio 1999 4C.72/1999), o quando, dopo aver gestito un conto durante numerosi anni in conformità alle istruzioni verbali di un cliente, essa 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 (TF 30 novembre 2006

4C.295/2006, 30 maggio 2005 4C.378/2004, 1° luglio 2002 4C.81/2002; II CCA 23 maggio 2007 inc. n. 12.2005.154, pubb. in: NRCP 2007 228) - può senz'altro essere sanzionata a titolo di abuso di diritto (art. 2 cpv. 2 CC; TF 17 ottobre 1995 4C.52/1995, 13 agosto 1996 4C.175/1996; Bourgknecht, op. cit., ibidem; ZR 1998 N. 90 p. 221 seg.; II CCA 1° febbraio 1999 inc. n. 12.98.121, 21 febbraio 2001 inc. n. 10.1998.22, 12 giugno 2002 inc. n. 12.2001.94, 9 novembre 2004 inc. n. 10.2002.18, pubb. in: RtiD I-2005 104c e 859, 23 novembre 2006 inc. n. 12.2005.162; Rep. 1996 p. 37; cfr. pure Rep. 1992 p. 281 e Lombardini, Droit bancaire suisse, p. 147 n. 72, secondo cui la tacita accettazione di un'operazione da parte del cliente presuppone la piena conoscenza dei fatti). È proprio quello che è capitato nel caso di specie. Nulla agli atti permette infatti di ritenere che l'attore, che sino ad allora non aveva visionato la sua posta fidandosi delle indicazioni ricevute verbalmente dal procuratore E \_\_\_\_\_, potesse attendersi, tra il 1994 e il giugno 1998, che la convenuta, agendo quanto meno con grave negligenza, effettuasse di sua iniziativa e senza averlo preventivamente interpellato le operazioni qui ancora oggetto di contestazione; tanto più che a questo stadio della lite è ormai assodato che la convenuta già in precedenza, tra il 1994 e il 1995, aveva effettuato senza autorizzazione almeno altre due operazioni e meglio la vendita anticipata di alcuni suoi titoli obbligazionari ad alto rendimento in Lit. (Lit. 14'768'000) e in FF (FF 124'394.-). Altrettanto irrilevante è poi il fatto che l'attore non abbia contestato tali perdite nel luglio 1997, allorché venne informato che il suo patrimonio si era frattanto ridotto a circa Lit. 1'000'000'000, o ancora nel gennaio 1998, allorché gli venne poi comunicato che la consistenza dei suoi averi era diminuita a Lit. 990'000'000, essendo incontestabile che egli a quel tempo non era a conoscenza del fatto che la convenuta, violando gli accordi contrattuali, avesse effettuato quelle operazioni a suo danno. D'altro canto nemmeno nel maggio 1998, quanto venne reso edotto del fatto che il suo patrimonio si era ridotto di altri Lit. 238'000'000 (cfr. doc. F), somma di cui ha per altro subito preteso la restituzione chiedendo nel contempo che gli venissero messi a disposizione tutti i giustificativi bancari, era a conoscenza di queste circostanze, essendo egli stato informato che quelle perdite erano piuttosto dovute alle operazioni "swaps". Ne deriva, già per il fatto che la tacita accettazione presuppone la piena conoscenza dei fatti, qui non data, che non vi è spazio per la ratifica tacita delle controverse operazioni.

## **E. 5**

Oltre al risarcimento dei danni, che - come si è detto - vanno quantificati in Lit. 14'768'000 e FF 124'394.- (già riconosciuti con la sentenza 3 febbraio 2009) ed ora in altri fr. 1'064.-, US\$ 16'743.85, DM 12'440.30 e Lit. 271'440'031, complessivamente dunque in fr. 1'064.-, US\$ 16'743.85 ed € 173'150.90, l'attore pretende il rimborso delle spese per le consulenze bancarie e legali occorsegli nella fase preprocessuale (US\$ 75'000.- e fr. 43'116.-), contestando l'assunto pretorile secondo cui la posizione doveva essere respinta per il fatto che alla convenuta non poteva essere imputata una violazione contrattuale e in ogni caso siccome la pretesa non era stata sufficientemente sostanziata. Le spese connesse all'intervento di un legale prima dell'apertura di un processo civile e non comprese nelle ripetibili - che sono poi quelle indispensabili causate dal processo e un'adeguata indennità per gli onorari di patrocinio (art. 150 CPC) - possono costituire una posizione di danno risarcibile solo nella misura in cui sia provata la necessità dell'intervento del legale sia in relazione alla situazione personale che in relazione alla natura del patrocinio, che, a sua volta, deve essere giustificato, necessario e appropriato (DTF 117 II 101; TF 12 febbraio 2003 4C.288/2002; II CCA 13 ottobre 2005 inc. n. 12.2004.163; Cocchi/Trezzini, CPC-TI,

m. 1 ad art. 150), ritenuto che le stesse sono considerate appropriate e necessarie se la pretesa di cui si vuole ottenere l'esecuzione giudiziale esiste effettivamente (TF 19 maggio 2003 4C.11/2003; Cocchi/Trezzini, CPC-TI App., m. 57 ad art. 150). Analoghe considerazioni valgono anche per le spese di un consulente tecnico (II CCA 29 dicembre 1994 inc. n. 197/93; TF 8 luglio 2002 4C.22/2002). Ora, preso atto che la pretesa in capitale dell'attore ha in definitiva trovato accoglimento solo in parte, e meglio in ragione di circa due quinti di quanto da lui preteso in causa, è senz'altro lecito sostenere che, già per questo motivo, le spese preprozessuali da lui assunte, resesi necessarie soprattutto a seguito della reticenza della controparte nel fornire all'attore le informazioni necessarie, reiterate a più riprese (cfr. doc. M1, N1, P1, R1, T1, V1, Z1, C2, D2, G2, I2, L2, O2, P2, Q2), non si erano rivelate del tutto appropriate. In tali circostanze, tenuto pure conto del fatto che per stessa ammissione dell'attore (appello p. 24) quelle spese, comprovate dai doc. V2 e Z2, erano servite in una certa qual misura anche per l'allestimento della petizione e come tali erano comunque coperte dalle ripetibili, ben si giustifica ridurre nella medesima proporzione la pretesa fatta valere in questa sede (criterio, questo, che a detta del Tribunale federale si fondava su motivazioni degne di rilievo, cfr. TF 19 maggio 2003 4C.11/2003; Cocchi/Trezzini, CPC-TI App., ibidem), così che all'attore, a questo titolo, possono essere riconosciuti US\$ 30'000.- e fr. 17'246.40.

## **E. 6**

Alla luce di quanto precede, come già si è detto nella sentenza 3 febbraio 2009, non impugnata su questi punti innanzi al Tribunale federale, non è necessario esaminare se l'attore e il suo procuratore non disponessero in realtà della facoltà di impartire ordini telefonici (in assenza di sottoscrizione da parte del cliente del formulario "manleva per ordini telefonici", da lui firmato unicamente dal 18 gennaio 1998 e solo per il conto \_\_\_\_\_, cfr. plico doc. E) rispettivamente se presso la convenuta esistesse una registrazione degli ordini telefonici, circostanze, queste, per altro evocate dall'attore per la prima volta e quindi irrivalentemente solo in sede conclusionale (art. 78 CPC), o se i testi E \_\_\_\_\_ e L \_\_\_\_\_ siano effettivamente attendibili, circostanza messa in dubbio per la prima volta e con ciò irrivalentemente solo in questa sede (art. 321 cpv. 1 lett. b CPC), oppure ancora se ed eventualmente in quale misura sarebbe rilevante lo Swiss Front Office Audit 5 gennaio 1996 (cfr. doc. IV° rich.), che sembrerebbe aver evidenziato l'esistenza di alcune disfunzioni all'interno della convenuta (cfr. teste G \_\_\_\_\_: primo verbale p. 7 seg. e secondo verbale p. 2), aspetto questo che tuttavia non giustifica un diverso giudizio della fattispecie in esame, il teste avendo precisato che le carenze riscontrate in quel documento non avevano particolarmente coinvolto la succursale \_\_\_\_\_. Quanto alla richiesta preliminare dell'attore, volta ad esperire in questa sede ai sensi dell'art. 322 lett. a e b CPC alcune nuove prove - ed in particolare l'edizione dalla controparte (parzialmente ridotta rispetto a quanto preteso in prima sede) della documentazione relativa a tutte le transazioni intervenute tra la succursale \_\_\_\_\_ della convenuta e gli eventuali clienti danneggiati da E \_\_\_\_\_ G \_\_\_\_\_ o da L \_\_\_\_\_, la riassunzione del teste A \_\_\_\_\_ e l'audizione testimoniale di P \_\_\_\_\_, come già si è detto nella sentenza 3 febbraio 2009, pure non impugnata su questi punti innanzi al Tribunale federale, la stessa dev'essere respinta già per il fatto che la principale circostanza che l'attore intendeva provare con le stesse, ovvero il fatto che la controparte non poteva prevalersi in buona fede della approvazione tacita da parte dell'attore delle risultanze della posta a trattenere dovendo sapere che quei due funzionari in precedenza avevano già

danneggiato altri clienti (appello p. 5 seg.), non necessita di essere ulteriormente provato, questa Camera avendo comunque accertato che la convenuta non poteva prevalersi della finzione della tacita accettazione da parte del cliente delle operazioni eseguite sul suo conto in caso di mancata contestazione entro 4 settimane. Le prove in questione non sono parimenti utili nemmeno nella misura in cui le stesse dovessero essere assunte allo scopo di mettere in dubbio l'attendibilità dei funzionari della convenuta sentiti quali testimoni (appello p. 5 segg.), tale censura - come detto - essendo in effetti stata sollevata per la prima volta e quindi irritualmente solo in questa sede. In ogni caso l'assunzione di quelle prove avrebbe dovuto essere rifiutata anche per il fatto che queste ultime erano state a suo tempo - giustamente - disattese dal Pretore pure per motivi processuali (Cocchi/Trezzini, CPC-TI, m. 16 ad art. 322; II CCA 9 novembre 2001 inc. n. 12.2000.216, 13 dicembre 2001 inc. n. 12.2001.4), segnatamente non essendo a suo giudizio date le condizioni formali per un'assunzione suppletoria di prove ex art. 192 CPC rispettivamente per una restituzione in intero ai sensi dell'art. 138 CPC (cfr. decisione 25 agosto 2004).

#### **E. 7**

Ne discende che la convenuta, in parziale accoglimento della petizione e del gravame, dev'essere condannata a versare all'attore € 173'150.90, US\$ 46'743.85 e fr. 18'310.40, il tutto oltre interessi. La tassa di giustizia, le spese e le ripetibili di entrambe le sedi (calcolate, per la prima istanza, su un valore litigioso di fr. 1'035'964.- e, per la seconda istanza, su un valore di circa fr. 800'000.-) seguono la soccombenza (art. 148 CPC). Per i quali motivi, richiamati l'art. 148 CPC e la TG dichiara e pronuncia I. L'appello 17 settembre 2007 di \_\_\_\_\_ è parzialmente accolto. Di conseguenza la sentenza 27 agosto 2007 della Pretura del distretto di Lugano, Sezione 1, è così riformata: 1. La petizione 11 febbraio 2000 è parzialmente accolta. § Di conseguenza AO 1, \_\_\_\_\_, è condannata a versare a AP 1, \_\_\_\_\_ i seguenti importi: a) € 173'150.90 oltre interessi al 5% dal 30 giugno 1998 b) US\$ 16'743.85 oltre interessi al 5% dal 30 giugno 1998 c) fr. 1'064.- oltre interessi al 5% dal 30 giugno 1998 d) US\$ 30'000.- oltre interessi al 5% dal 1° gennaio 2000 e) fr. 17'246.40 oltre interessi al 5% dal 1° gennaio 2000. 2. La tassa di giustizia di fr. 16'000.- e le spese di fr. 40'500.-, da anticipare dall'attore, restano a suo carico per 2/3 e per 1/3 sono poste a carico della convenuta, alla quale l'attore rifonderà fr. 20'000.- di ripetibili. II. Le spese della procedura d'appello consistenti in: a) tassa di giustizia fr. 7'950.- b) spese fr. 50.- T o t a l e fr. 8'000.- da anticiparsi dall'appellante, restano a suo carico per 11/20 e per 9/20 sono poste a carico dell'appellata, a cui l'appellante rifonderà fr. 2'500.- per ripetibili ridotte di appello. III. Intimazione: - - Comunicazione alla Pretura del Distretto di Lugano, sezione 1 Per la seconda Camera civile del Tribunale d'appello La presidente Il segretario Rimedi giuridici Nelle cause a carattere pecuniario con un valore litigioso superiore a fr. 30'000.- è dato ricorso in materia civile al Tribunale federale, 1000 Losanna 14, entro 30 giorni dalla notificazione del testo integrale della decisione (art. 100 cpv. 1 LTF).

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