

TI_GERICHTE 12.2009.46 vom 10. März 2011

TI Tribunale d'appello, 2011-03-10, IT

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_12.2009.46

FR: TI_GERICHTE 12.2009.46 du 10 mars 2011

IT: TI_GERICHTE 12.2009.46 del 10 marzo 2011

Regeste

Banca - inadempimento - onere della prova

Erwägungen

E. 10

Nel diritto svizzero, pacificamente applicabile nella fattispecie, il denaro depositato su di un conto bancario aperto a nome di un cliente è di proprietà della banca, verso la quale il cliente ha unicamente un credito. Pertanto, girando o versando questi soldi a un terzo, la banca trasferisce il proprio denaro. Quando lo fa in esecuzione di un ordine del cliente essa, nella misura in cui regolarmente esegua il mandato, acquisisce verso di lui un credito dell'importo corrispondente (art. 402 cpv. 1 CO). Per contro, quando la banca esegue l'ordine di pagamento senza ordine del cliente, per esempio sulla base di un ordine di un terzo non autorizzato, non nasce alcun credito di rimborso verso il cliente non implicato nell'operazione: il danno derivante dal pagamento indebito rimane un danno della banca, non del cliente, e la questione della riparazione del danno subito da quest'ultimo in relazione con una violazione del dovere di diligenza della banca non si pone. Tutt'al più la banca può chiedere il risarcimento del proprio danno al cliente, nella misura in cui egli abbia contribuito colpevolmente a crearlo; ma al di fuori di questa ipotesi il cliente non deve sopportare il pregiudizio, nemmeno in difetto di una colpa della banca (cfr. DTF 132 III 449 consid. 2; TF 23 febbraio 2010 4A_398/2009 consid. 5.1.1). Questa regolamentazione è tuttavia di carattere dispositivo e può dunque essere modificata mediante convenzione. Nel quadro dei rapporti appena descritti una tale convenzione si propone di ribaltare sul cliente il danno della banca, non di escludere o di limitare la responsabilità della banca per un danno del cliente (cfr. DTF 112 II 450 consid. 3a). Per giurisprudenza ormai consolidata, a queste clausole è applicabile per analogia l'art. 100 CO, che disciplina l'esclusione preventiva della responsabilità per inadempimento del contratto (DTF 132 III 449 consid. 2, 112 II 450 consid. 3a). Esse sono pertanto prive di ogni portata qualora alla banca sia imputabile un dolo o una colpa grave (art. 100 cpv. 1 CO). Nel caso di colpa lieve la clausola di trasferimento del rischio può invece essere dichiarata nulla secondo il prudente apprezzamento del giudice (art. 100 cpv. 2 CO), fermo restando che non si potrà procedere in tal senso se la colpa lieve è imputabile a un ausiliario dell'istituto di credito (art. 101 cpv. 3 CO; DTF 132 III 449 consid. 2; TF 23 febbraio 2010 4A_398/2009 consid. 5.1.1).

E. 10.1

Con la prima censura d'appello la convenuta ritiene che l'istruttoria avrebbe permesso di accertare che gli ordini di bonifico emanavano dall'attrice. In realtà il giudizio con cui il Pretore, in assenza di prove certe circa l'identità della persona che aveva ordinato i bonifici, ha respinto la tesi della convenuta, gravata del relativo onere della prova (art. 8 CC; II CCA 12 giugno 2002 inc. n. 12.2001.94), può essere confermato. In questa sede la convenuta non

ha innanzitutto censurato l'assunto pretorile - per altro ineccepibile (cfr. perizia p. 13 seg.) - secondo cui la perizia giudiziaria calligrafica aveva ritenuto probabile la falsificazione della firma dell'attrice. La circostanza così accertata costituisce già un importante indizio del fatto che le firme apposte sugli ordini di bonifico emanassero da altri. Diversamente da quanto ritenuto dalla convenuta, nemmeno dalla deposizione di M_____ si può poi evincere che gli ordini di bonifico fossero stati trasmessi dall'attrice in persona. È ben vero che la teste ha affermato che, quando riceveva ordini telefonici per importi importanti, oltre ad identificare il cliente con alcune domande (nome, cognome, numero della relazione, data di nascita, informazioni in merito al saldo e/o alle ultime transazioni), richiedeva sempre una conferma scritta (verbale p. 4). È però altrettanto vero che essa non è stata in grado di affermare se anche nel caso concreto abbia effettivamente agito in tal modo ed in particolare se l'importo in questione andava considerato importante rispettivamente se gli ordini di bonifico di cui ai doc. N, O e Q erano stati preceduti da ordini telefonici. Pur avendo ammesso di aver apposto la sua sigla su quegli ordini di bonifico, essa ha in effetti dovuto ammettere di non aver ricordi concreti in relazione alle telefonate precedenti gli ordini scritti ed al suo interlocutore (verbale p. 4 seg.), con il che è tutt'altro che provato che gli ordini telefonici e le conferme scritte fossero stati impartiti proprio dall'attrice e non da altri. Si aggiunga che la modalità di identificazione telefonica del cliente da lei adottata (con la formulazione delle "classiche" domande di cui si è detto), fors'anche usuale, non garantiva certo di avere a che fare proprio con la titolare del conto (sulla particolare questione, cfr. Albisetti/Boemle/Gsell/Nyffler/Rutschi, Handbuch des Geld-, Bank- und Börsenwesens der Schweiz, 4^a ed., p. 457; ZR 1954 n. 6, 1998 n. 90; II CCA 21 febbraio 2001 inc. n. 10.1998.22) e non invece con un terzo non autorizzato (che poteva essersi impossessato dei documenti bancari), non essendo per altro vero che solo lei (e non invece anche quest'ultimo) potesse essere a conoscenza del fatto, poi riportato in due dei tre ordini scritti (doc. N e O), che il denaro andava prelevato da "my funds that mature this month" e che per dare seguito al bonifico (dal conto corrente n. _____) sarebbe stato necessario attingere dal conto deposito n. _____ (cfr. doc. 19-21). In questa sede la convenuta ha nuovamente dato una grande importanza alla telefonata di 33 secondi che la banca risultava aver fatto il 14 giugno 2002, data del secondo ordine di bonifico scritto (doc. O), all'indirizzo privato dell'attrice (doc. 2), desumendone che il secondo ordine di bonifico, che per l'appunto menzionava un precedente colloquio telefonico tra le parti, fosse stato da lei impartito. Ora, già si è detto che la teste M_____ ha dovuto ammettere di non aver ricordi concreti in relazione alle telefonate precedenti gli ordini scritti ed al suo interlocutore (verbale p. 4 seg.). Richiesta esplicitamente di prendere posizione sul doc. 2, essa non ha inoltre messo in relazione quella telefonata con l'ordine scritto di cui al doc. O, ma ha genericamente affermato di aver talvolta parlato telefonicamente con la cliente prima della scadenza degli investimenti fiduciari (verbale p. 5). Pur essendo vero che a quel momento non vi erano dei fiduciari in scadenza, l'assunto pretorile secondo cui la telefonata non era necessariamente riferita a quell'ordine di bonifico non appare dunque arbitrario. La breve telefonata potrebbe oltretutto essere avvenuta con il terzo non autorizzato, allora presente al domicilio dell'attrice. Ma potrebbe anche essere avvenuta, in assenza dell'attrice, con la sua cameriera, che in tal caso di sarebbe limitata a confermare l'assenza di quest'ultima. Non è in effetti nemmeno scontato che la telefonata menzionata nel doc. O fosse per l'appunto quella effettuata dalla banca nel doc. 2 e non invece un'altra, effettuata anch'essa dal terzo non autorizzato.

E. 10.2

Per il resto, in questa sede la convenuta non ha speso una parola in merito all'argomentazione pretorile secondo cui essa negli allegati preliminari non aveva richiamato l'esistenza di eventuali clausole contrattuali che le avrebbero permesso di ribaltare sulla titolare del conto il rischio dell'errata prestazione a terzi non autorizzati, con la conseguenza che non poteva prevalersene. E nemmeno ha ritenuto di censurare l'assunto pretorile, formulato dal giudice a titolo abbondanziale, secondo cui, se anche vi fosse stato un richiamo a tali clausole (che in tal caso sarebbero state individuate nell'art. 4 delle condizioni generali e nel formulario per gli "ordini trasmessi per telefax e/o telefono"), lo stesso non avrebbe migliorato la sua posizione, essendole in ogni caso imputabile una colpa grave, tale da non permetterle di beneficiare delle clausole liberatorie. Queste considerazioni del Pretore devono pertanto essere ritenute acquisite (Cocchi/Trezzini, CPC-TI, m. 30 ad art. 307).

E. 11

Con la seconda censura d'appello la convenuta ribadisce che il fatto che l'attrice non avesse contestato l'addebito sul suo conto entro un mese da quando le era stata inviata la relativa documentazione bancaria, ovvero nel settembre 2002, faceva sì che, in applicazione degli art. 2 e 3 delle condizioni generali, l'operazione litigiosa fosse stata tacitamente ratificata. Essa non condivide in particolare l'assunto pretorile secondo cui nel caso di specie le predette clausole contrattuali non potevano essere ritenute valide per motivi di equità, e ciò siccome il richiamo a una clausola che istituiva una finzione della tacita accettazione della posta inviata al cliente poteva essere tutelato solo se la banca poteva in buona fede ritenere che il suo operato fosse corretto, fermo restando che una situazione contraria all'equità si verificava anche quando, come nel caso concreto, la banca aveva agito con grave negligenza a detrimento del cliente.

E. 11.1

La convenuta ritiene dapprima che la clausola delle condizioni generali che istituiva la finzione della tacita accettazione (art. 2 " Réclamations du client: Les réclamations du client relatives à l'exécution ou à l'inexécution d'un ordre quelconque doivent être présentées au plus tard un mois après la réception de l'avis ou dans le délai fixé per la Banque. Les contestations concernant des relevés de compte ou de dépôt (valeurs ou titres) doivent être notifiées dans le délai d'un mois. Passé ce délai, les relevés seront réputés approuvés. La ratification, expresse ou tacite, de tout relevé implique également celle de toutes les opérations y figurant, de même que des réserves éventuelles de la Banque. S'il ne reçoit pas d'avis, le client devra présenter sa réclamation dès le moment où il aurait dû normalement recevoir un avis qui lui aurait été envoyé par la poste. Le client répond des dommages causés par une réclamation tardive ") poteva essere ritenuta inapplicabile solo in caso di malafede della banca e che in ogni caso un tale rimprovero non era mai stato formulato nei suoi confronti e nelle particolari circostanze (falsificazione non rilevabile ad occhio nudo, ordine impartito pochi giorni prima della scadenza del deposito fiduciario, telefonata di conferma della banca in occasione del secondo ordine, lingua inglese già utilizzata dalle parti, plausibilità dell'operazione di compravendita immobiliare, irrilevanza del ristorni dei primi due bonifici) nemmeno sarebbe risultato fondato. La censura dev'essere disattesa. La tesi della convenuta secondo cui la giurisprudenza avrebbe stabilito che la clausola che istituiva la finzione della tacita accettazione poteva essere ritenuta inapplicabile solo in caso di malafede della banca è doppiamente errata. Da una parte, dalla stessa sentenza citata dalla convenuta (ZR 1998 n. 90 p. 222) si evince piuttosto che una clausola del genere

poteva essere ritenuta inapplicabile nel caso in cui la banca non fosse stata in buona fede (il che non significa ancora che essa dovesse essere in malafede), per cui il fatto che l'attrice non abbia a suo tempo rimproverato alla controparte un comportamento in malafede e che lo stesso non si sia stato provato non è decisivo per l'esito della lite. E dall'altra - come si vedrà qui di seguito - non è neppure vero che questa sia l'unica possibilità per rendere inefficace una tale clausola.

E. 11.2

La convenuta osserva inoltre che il giudice di prime cure non avrebbe potuto in equità decidere per l'inefficacia delle clausole in questione a seguito del suo comportamento gravemente negligente, rilevando che un tale giudizio, che semmai avrebbe imposto di respingere la petizione e non di accoglierla, poteva entrare in linea di conto solo in presenza di una convenzione di "posta trattenerne" e non invece nel caso in cui la posta fosse stata regolarmente inviata. La censura è ancora una volta infondata. La giurisprudenza ha in effetti già avuto modo di stabilire che le clausole che istituiscono la finzione della consegna al cliente della corrispondenza e la tacita accettazione da parte sua in caso di tardiva reazione, pur essendo di per sé lecite (DTF 104 II 190 consid. 2a; TF 15 gennaio 2009 4A_488/2008 consid. 5.1, 31 agosto 2010 4A_482/2009 consid. 3.3.1; II CCA 24 agosto 2009 inc. n. 12.2008.122), possono eccezionalmente essere ritenute inefficaci, qualora la finzione dell'accettazione conduca nel caso concreto a un risultato iniquo o contrario al senso di giustizia, ciò che in particolare avviene qualora la banca abbia agito intenzionalmente o con grave negligenza a detrimento del cliente. Tali principi, pur essendo stati sviluppati in presenza di convenzioni di "posta trattenerne" (TF 13 agosto 1996 4C.173/1996 consid. 5d pubbl. in: Rep. 1996 n. 12 p. 37; SJ 1985 p. 249; Siebbern/von der Crone, Genehmigungsfiktion und Nebenpflichten der Bankkunden, in: RSDA 2006 p. 74; Bourgnecht, La responsabilité de la banque pour la gestion de fortunes, in RFJ 1996 p. 6; 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), possono essere applicati in generale anche in caso di corrispondenza effettivamente inviata al cliente e di cui beninteso questi non è venuto a conoscenza a tempo debito (TF 1° luglio 2002 4C.81/2002 consid. 4.3; cfr. TF 13 agosto 1996 4C.173/1996 consid. 5d in fine pubbl. in: Rep. 1996 n. 12 p. 37; cfr. pure Siebbern/von der Crone, op. cit., p. 75 e 78; Trezzini, nota a sentenza in: NRCP 2003 p. 255; Gutzwiller, Rechtsfragen der Vermögensverwaltung, p. 238; Guggenheim, Les contrats de la pratique bancaire suisse, 2^a ed., p. 72). Ora, nel caso di specie l'attrice, che ha sottoscritto le condizioni generali contenenti una clausola di finzione dell'accettazione (art. 2) e una clausola di finzione di consegna della corrispondenza inviata al suo domicilio (art. 3 "Communications de la Banque: Les communications de la Banque sont réputées valables si elles ont été envoyées à la dernière adresse indiquée par le client. La date figurant sur le double ou sur la liste d'envoi en possession de la Banque est présumée être celle de l'expédition. Le courrier que la Banque doit retenir est considéré comme délivré à la date qu'il porte"), istruendo poi la convenuta a spedirgliela ogni 2 mesi, ha sempre categoricamente negato di aver ricevuto la corrispondenza dopo il giugno 2002 ed ha invece affermato di essere venuta a conoscenza dei bonifici in questione solo a seguito della telefonata del 27 novembre 2003. La sua versione è credibile, anche perché dall'incarto risulta che prima del giugno 2002 essa aveva ritornato, così richiesta, alcuni documenti alla convenuta dopo avervi apposto la sua firma (doc. 4, 7-13), ma che dopo quella data, seppur confrontata con richieste analoghe, non risultava averglieli ritornati firmati (cfr. cessione 5 maggio e 22 luglio 2003 nel plico doc. HH) ed anzi, lasciando con

ciò intendere di non aver più ricevuto la corrispondenza, in un'occasione aveva persino chiesto di ottenere un resoconto sui suoi conti (doc. FF). Pur essendo vero che in base alle norme contrattuali si dovrebbe presumere che essa abbia nondimeno ricevuto le comunicazioni della convenuta al più tardi verso settembre/ottobre 2002 e che la sua prima contestazione, ad oltre un anno di distanza, sia stata con ciò tardiva, è però altrettanto vero che nelle particolari circostanze quella contestazione non può essere sanzionata con la perenzione del suo diritto. A fronte della grave negligenza imputabile nell'occasione alla convenuta ed accertata dal Pretore nella sentenza impugnata - e da lei per altro non contestata in questa sede - sarebbe in effetti gravemente lesivo del sentimento di giustizia se la stessa potesse nondimeno sfuggire alla sua responsabilità contrattuale in forza delle clausole istituenti la finzione della consegna al cliente della corrispondenza e la finzione della tacita accettazione (TF 1° luglio 2002 4C.81/2002 consid. 4.3). È in definitiva a ragione che il giudice di prime cure, con una decisione in equità, ha pertanto ritenuto inefficaci quelle clausole, le particolari circostanze non giustificando in alcun modo di ritenerle valide.

E. 12

Per il resto, non avendo la convenuta ritenuto di dover censurare l'assunto pretorile (che deve con ciò essere ritenuto acquisito, cfr. Cocchi/Trezzini, op. cit., ibidem) secondo cui essa non aveva fatto valere alcuna pretesa di risarcimento del danno nei confronti dell'attrice da eventualmente porre in compensazione con la pretesa attorea, si deve senz'altro concludere per la reiezione dell'appello e per la conseguente conferma del giudizio impugnato, ritenuto che gli oneri processuali e le ripetibili di secondo grado, calcolati su un valore litigioso di € 196'406.30, seguono la soccombenza (art. 148 CPC/TI). Per i quali motivi, richiamati l'art. 148 CPC/TI e la TG dichiara e pronuncia I. L'appello

E. 17

febbraio 2009 di AP 1 è respinto. II. Le spese della procedura d'appello consistenti in: a) taxa di giustizia fr. 3'900.- b) spese fr. 100.- Totale fr. 4'000.- da anticiparsi dall'appellante, restano a suo carico, con l'obbligo di rifondere all'appellata fr. 6'000.- per ripetibili 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. 74 cpv. 1 e 100 cpv. 1 LTF).

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