

## **TI\_GERICHTE 12.2016.215 vom 4. Oktober 2018**

TI Tribunale d'appello, 2018-10-04, IT

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti\\_gerichte\\_12.2016.215](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_12.2016.215)

FR: TI\_GERICHTE 12.2016.215 du 4 octobre 2018

IT: TI\_GERICHTE 12.2016.215 del 4 ottobre 2018

### **Regeste**

Bancario. Trasferimento averi bancari

### **Erwägungen**

#### **E. 4**

Il Pretore ha ritenuto che a torto la banca si era prevalsa della modifica delle condizioni generali (CG) per opporsi alle istruzioni del cliente, non risultando che quest'ultimo avesse accettato la modifica oggetto dello scritto 15 agosto 2014 (v. doc. 6) né di quello del 31 luglio 2015 (v. doc. 14), mentre la cosiddetta finzione di accettazione non trovava applicazione, da un lato poiché il silenzio del cliente non poteva appunto valere quale accettazione, il nuovo testo delle CG essendo per lui peggiorativo, ciò che collideva con i parametri dell'art. 6 CO, d'altro lato poiché la giurisprudenza già aveva reiteratamente escluso l'applicazione della clausola in esame in un regime di posta restante, il risultato voluto dalla banca costituendo un manifesto abuso di diritto. Il primo giudice ha precisato che la finzione citata presupponeva che per il cliente fosse oggettivamente possibile e pretendibile sollevare reclamo, ciò che non era il caso quando la banca sapeva dell'effettiva non approvazione delle modifiche con riferimento alle sue comunicazioni (trasmesse per posta restante o meno). Ora, alla luce della documentazione agli atti era palese che la banca sapeva che quel cliente non avrebbe approvato il nuovo testo delle CG a cui ora essa si appella (v. decisione impugnata pag. 3 e 4) L'appellante (v. appello pag. 9 a 11) rimprovera al primo giudice di non aver considerato che la modalità di notifica delle comunicazioni banca – cliente era stata scelta da quest'ultimo, che aveva pertanto accettato le conseguenze che ne derivano (ossia a suo rischio), in ogni modo che era senz'altro pretendibile che il cliente si opponesse alla modifica delle CG, ciò che avrebbe fatto tardivamente per quanto attiene alle CG 2014 e avrebbe rinunciato a fare per le CG 2015, di modo che per queste ultime la banca poteva legittimamente interpretare il silenzio quale accettazione del nuovo regime introdotto, infine che il tema dell'applicabilità o meno delle (nuove) CG necessitava di una decisione di apprezzamento, con conseguente esclusione della procedura dei casi manifesti. Le censure della banca risultano invero pretestuose. Giova avantutto premettere che a ragione la parte appellata rileva come l'appellante non si confronta con la motivazione del Pretore secondo cui la soluzione preconizzata dalla banca è peggiorativa per il cliente e migliorativa per la banca stessa, ciò che collide con i parametri dell'art. 6 CO. In altri termini le circostanze del caso imponevano un'accettazione espressa del nuovo regime contrattuale da parte del cliente, proprio poiché per lui peggiorativo, di modo che il suo silenzio non poteva in alcun modo costituire accettazione. Ciò vale ancor prima di considerare, come precisato nella risposta, che il cliente si è immediatamente opposto alle CG 2014, ossia non appena il suo legale le ha ricevute (v. doc. O), mentre le CG 2015 erano state “svelate” solo con le osservazioni di causa (e quindi puntualmente contestate, ossia in

sede di replica), per cui è errato sostenere che il cliente avrebbe rinunciato a opporvisi. Infine, il Pretore ha correttamente applicato la giurisprudenza federale (DTF 4A\_42/2015, 9 novembre 2015, consid. 5.2), nel senso che a fronte del silenzio del cliente alle comunicazioni della banca (v. in particolare doc. 3 e 4) non si comprende come questa potesse confidare nell'accettazione tacita di nuove CG che riprendono il senso di quelle comunicazioni (v. doc. 6).

#### **E. 5**

A titolo invero abbondanziale il Pretore ha precisato che, non applicandosi la finzione di accettazione via posta restante, la convenuta non aveva comunque dimostrato la mancata contestazione da parte del cliente delle CG 2015 entro 30 giorni da quando ne era venuto a conoscenza (per posta raccomandata o in occasione di una visita). La banca (v. appello pag. 11 e 12) oppone nuovamente che le modalità di modifica delle proprie CG erano state preventivamente accettate dal titolare del conto, che avrebbe quindi ammesso pure la validità della finzione di accettazione anche con riferimento alle nuove versioni. Ora, già è stato spiegato per quale motivo nel caso in esame non può valere la finzione dell'accettazione tacita e il richiamo della banca alle CG accettate dal cliente al momento dell'apertura del conto non porta certo a diversa conclusione. Siccome la banca aveva sostenuto la tesi secondo cui il cliente aveva contestato tardivamente le CG 2014, e aveva rinunciato a contestare le CG 2015, le incombeva ovviamente il relativo onere della prova, che però non è riuscita a recare (di nuovo come già illustrato al punto che precede), come correttamente esposto dal primo giudice. Del tutto priva di fondamento probatorio è quindi l'affermazione secondo cui "L'entrata in vigore delle nuove condizioni generali e delle disposizioni in esse contenute era stata ampiamente preannunciata, discussa e dettagliatamente comunicata per cui non poteva costituire in alcun modo un cambiamento inatteso. Anzi, il Cliente ne ha preso consapevolmente conoscenza e malgrado ciò ha rinunciato a opporsi ." (v. appello pag. 12, penultimo capoverso).

#### **E. 6**

Il Pretore ha brevemente indicato i motivi per i quali l'art. 20 CO non permetteva di contrastare la prestazione che il cliente chiede alla banca. La censura dell'appellante al riguardo (v. appello pag. 13) si esaurisce nell'affermazione secondo cui il primo giudice avrebbe omesso di considerare che la possibile violazione delle disposizioni di diritto internazionale privato (di cui all'art. 19 LDIP) potrebbe assurgere a un agire illecito ai sensi dell'art. 20 CO. Questa censura, priva di qualsivoglia spiegazione, è irricevibile. L'appellante insiste poi nel sostenere che il rifiuto di eseguire l'ordine ricevuto è conforme agli obblighi di diritto privato, così come regolato dalle CG, a suo dire non contestate e quindi accettate dalla parte appellata. Al proposito basta rinviare ai considerandi che precedono.

#### **E. 7**

Il Pretore ha quindi spiegato che la convenuta non poteva validamente opporsi all'ordine dell'istante richiamando la presa di posizione della FINMA del 22 ottobre 2010 dato che la stessa non ha forza di legge e il diritto svizzero non impone agli istituti finanziari di ossequiare il diritto estero, tantomeno nell'ambito della dismissione di una relazione bancaria, senza contare che un'eccezione a questo principio può entrare in considerazione solo in casi particolarmente gravi, gravità che non è data in concreto, il trasferimento presso un'altra banca in Svizzera garantendo la tracciabilità dei beni e non impedendo di

conseguenza lo svolgimento di eventuali indagini dell'autorità italiana riguardo ai reati di riciclaggio e autoriciclaggio. In merito a quanto precede l'appellante si limita in buona sostanza a esporre le proprie considerazioni in merito all'importanza delle prese di posizione della FINMA, a rinviare genericamente a due comunicati stampa della FINMA nonché a contributi interpretativi sulla "normativa anti-riciclaggio italiana", concludendo con la sua opinione secondo cui " L'operazione richiesta, a maggior ragione tenuto conto degli ingenti valori in gioco, potrebbe quindi rientrare appieno nella fattispecie sopra descritta e quindi nel campo di applicazione della disposizione italiana, con le conseguenze (che vanno tenute in considerazione anche in diritto svizzero) che ciò comporta. " (v. appello pag. 16 i.f.) Su questo punto l'appello è manifestamente irricevibile, l'appellante limitandosi a contrapporre le sue considerazioni alle tesi del Pretore, senza spiegare per quali ragioni queste sarebbero errate. L'argomentazione del primo giudice è peraltro perfettamente lineare: il diritto svizzero non impone agli istituti finanziari di rispettare il diritto straniero, ciò che precisa la presa di posizione della FINMA 22 ottobre 2010 già a pagina 1, pertanto il richiamo alle norme di diritto italiano sul riciclaggio e sull'autoriciclaggio non consente a una banca con sede in Svizzera di impedire a un cliente di nazionalità estera di trasferire i suoi averi in un'altra banca con sede in Svizzera, la tracciabilità dell'operazione non ostacolando eventuali indagini dell'autorità estera. Su quest'ultimo aspetto giova ricordare che la Svizzera e l'Italia hanno firmato il 23 febbraio 2015 un Accordo in linea con l'articolo 26 del Modello OCSE (v. allegato 1 del doc. 20: Circolare dell'Agenzia delle entrate N. 10/E, 13 marzo 2015). Per quanto concerne i comunicati stampa 20 maggio 2014 e 30 marzo 2015 della FINMA, citati genericamente dall'appellante, trattasi dei doc. Q e R: il primo concerne il procedimento nei confronti di \_\_\_\_\_ in relazione alla gestione della clientela americana, il secondo concerne il procedimento nei confronti di \_\_\_\_\_, pure in relazione alla gestione della clientela statunitense. Cosa possa la banca qui appellante dedurre a suo favore da questi comunicati stampa non è dato comprendere. Da ultimo si dirà che neppure il richiamo alla sentenza del 12 febbraio 2015 di questa Camera, inc. 12.2014.206, è d'aiuto all'appellante: la citazione riprodotta nell'appello costituiva in quel caso la premessa del rimprovero a una banca di aver fatto riferimento a direttive, quindi a un'analisi dei rischi, rimaste però sconosciute.

#### **E. 8**

Le contestazioni al giudizio impugnato contenute al punto 7 dell'appello non necessitano particolari commenti. La banca si limita infatti a fare riferimento ai criteri interpretativi delle norme italiane sul riciclaggio e sull'autoriciclaggio senza il minimo rinvio a documentazione sulla materia. In realtà su questo punto l'appello si esaurisce in semplici ipotesi riguardanti possibili interpretazioni della giurisprudenza italiana riguardo al tema delle operazioni tracciabili, omettendo completamente di considerare che l'Agenzia delle entrate ha valutato come oltremodo positiva la firma con la Svizzera di un Accordo che prevede lo scambio di informazioni su richiesta ai fini fiscali secondo lo standard OCSE (v. doc. 20, in particolare pag. 5). Ora, mal si comprende come, su questa base, una banca possa venir meno ai suoi obblighi di mandataria, come correttamente evidenziato dal primo giudice.

#### **E. 9**

Nel prosieguo del suo giudizio (pag. 6 i.f., 7) il Pretore afferma che la banca convenuta travisa la portata dell'obbligo di attività irreprensibile sancito dall'art. 3 cpv. 2 lett. c LBCR per più motivi: da un lato poiché brandisce il citato concetto per pararsi da generici rischi

fiscali e/o penali italiani, d'altro lato poiché il medesimo rigore (riguardante il rispetto delle normative fiscali) non può applicarsi ai clienti esistenti e ai clienti futuri, infine poiché senza un sostegno legale o regolamentare la banca non può trasformarsi in uno strumento di attuazione di norme fiscali estere e applicare dei veri e propri blocchi, mentre del tutto legittima è la preoccupazione di mantenere la tracciabilità dei beni, condizione realizzata in concreto. L'appellante ai punti 8 e 9 del suo gravame non si confronta con l'argomentazione del Pretore limitandosi a generiche contestazioni, per esempio sulla distinzione tra vecchi e nuovi rischi, nonché a generici rinvii all'introduzione in Italia del reato di autoriciclaggio e della procedura di regolarizzazione degli averi così come alla parafatura dell'Accordo fiscale tra Svizzera e Italia, con conseguente necessità di operare tenendo conto di tali novità. La banca non si confronta in particolare con il principale argomento esposto nel primo giudizio in virtù del quale essa non può, senza una base legale o regolamentare, effettuare dei veri e propri blocchi, analoghi a quelli previsti dalla Legge sul riciclaggio di denaro, assumendo in tal modo il ruolo di garante in Svizzera del rispetto di norme fiscali e penali estere, ruolo che manifestamente non le compete. Del tutto prive di fondamento sono poi le considerazioni relative a possibili interpretazioni da parte della giurisprudenza italiana in merito al concetto di ostacolo allo svolgimento delle indagini che la banca vorrebbe individuare nella ricostruzione del cosiddetto "paper trail". Anche su questo punto l'appello dev'essere quindi dichiarato irricevibile.

#### **E. 10**

L'appellante rimprovera poi al Pretore di non essere entrato nel merito della richiesta di applicazione dell'art. 19 LDIP. Ella ritiene che le normative antiriciclaggio hanno assunto nel corso degli anni una valenza sempre più centrale al punto da assicurare a norme di salvaguardia dell'organizzazione sociale ed economica nello Stato estero che le ha emanate (i.c. l'Italia) e che quest'evoluzione può essere considerata conforme alla concezione svizzera del diritto, per cui nulla osta a rinviare nel caso in esame ai principi giurisprudenziali sviluppati con riferimento alla suddetta norma che impongono all'ordinamento giuridico svizzero di tenere conto degli effetti dell'applicazione del diritto estero. Sennonché l'appellante non esamina le condizioni d'applicazione dell'art. 19 LDIP né i principi giurisprudenziali che richiama. Basterà qui osservare che l'appellante non spiega quale interesse manifestamente preponderante e degno di protezione imporrebbe in concreto di applicare le norme antiriciclaggio italiane in luogo di quelle svizzere (v. DTF 136 III 392, in particolare consid. 2.3.3). Questa Camera ha peraltro già avuto modo di precisare che non esiste alcun interesse preponderante ad applicare in maniera immediata le regole estere in materia di antiriciclaggio, posto come il diritto svizzero conosce al riguardo un sistema legislativo esaustivo (da ultimo v. II CCA 20 aprile 2018, inc. 12.2016.208, consid. 7). Anche su questo punto l'appello dev'essere respinto nella misura in cui è ricevibile.

#### **E. 11**

Quale ultimo punto la banca rimprovera al Pretore di non essersi confrontato con le direttive interne, limitandosi a considerarle non opponibili al cliente. L'appellante sostiene che le direttive interne vanno considerate nel contesto dell'interpretazione di quanto disposto dall'art. 3 LBCR e concretizzato dalle indicazioni della FINMA, e che quelle da lei adottate rispondono all'analisi dei rischi che è chiamata a compiere nel rispetto dell'attività irreprensibile. Anche su questo punto l'appello risulta avantutto irricevibile siccome la banca neppure contesta l'assunto del Pretore secondo cui le direttive interne non sono

opponibili al cliente, ciò che questa Camera ha confermato ancora con sentenza 20 aprile 2018, inc. 12.2016.208, consid. 8. Fatta questa premessa la censura è invero di difficile comprensione: sicuramente le direttive sono state emanate nel contesto di un'analisi dei rischi, ma a ragione il Pretore ha altresì precisato che in concreto la banca non può opporre al cliente nell'intento di garantire un'attività irreprensibile, visto quanto già motivato nel suo giudizio. In altre parole, la banca deve sicuramente effettuare un'analisi dei rischi così come raccomandato dalla FINMA (per non incorrere nelle situazioni riassunte nei doc. Q e R, a titolo semplicemente esemplificativo), ma non può certo tradurla, sulla base di una sua interpretazione del quadro legale nazionale ed estero (v. sopra), in direttive che hanno l'effetto di contravvenire ai suoi obblighi legali e contrattuali, come peraltro correttamente indicato dalla parte appellata (v. risposta all'appello, pag. 11).

## **E. 12**

In definitiva l'appello, nella misura in cui è ricevibile, è respinto, con conseguente conferma del giudizio impugnato. Le spese processuali seguono la soccombenza (art. 106 cpv. 1 CPC) e sono fissate in applicazione degli art. 2 cpv. 1, 7 cpv. 1, 9 cpv. 2 e 13 LTG. Le ripetibili sono calcolate secondo i criteri stabiliti dall'art. 11 Rtar. Il valore litigioso, valido anche per un eventuale ricorso in materia civile al Tribunale federale, è superiore a fr. 30'000.-. Per questi motivi, richiamati l'art. 106 CPC, la LTG e il Rtar, decide:

1. L'appello 23 dicembre 2016 di AP 1, \_\_\_\_\_, nella misura in cui è ricevibile, è respinto. 2. Le spese processuali della procedura di appello, di fr. 5'000.-, già anticipate dall'appellante, restano a suo carico (il maggior anticipo sarà restituito), con l'obbligo di rifondere alla controparte fr. 6'000.- a titolo di ripetibili. 3. Notificazione: - -

Comunicazione alla Pretura del Distretto di Lugano, sezione 1 Per la seconda Camera civile del Tribunale d'appello Il presidente

La vicecancelliera

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). 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.