

TI_GERICHTE 14.2019.223 vom 1. Oktober 2020

TI Tribunale d'appello, 2020-10-01, IT

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_14.2019.223

FR: TI_GERICHTE 14.2019.223 du 1 octobre 2020

IT: TI_GERICHTE 14.2019.223 del 1 ottobre 2020

Erwägungen

E. 1

sostiene di essere legittimata a sollevare con l'appello in esame censure riferite ai mezzi di prova respinti dal Pretore mediante l'ordinanza sulle prove del 19 dicembre 2018. A suo giudizio, contro le decisioni incidentali in materia di prove può essere presentato reclamo nei dieci giorni solo in presenza di un pregiudizio difficilmente riparabile, altrimenti le stesse possono essere impugnate unicamente con un appello contro la decisione finale. A tal proposito, essa specifica di non ritenere pertinente la motivazione contenuta nella decisione impugnata secondo cui "per quanto concerne l'audizione del teste TE 6 si osserva che la parte attrice non ha impugnato l'ordinanza sulle prove emessa in data 19 dicembre 2018, nella quale venivano indicati i motivi del rifiuto della sua audizione" (pag. 10 decisione impugnata).

1.2.1.1 Orbene, l'ordinanza sulle prove è una disposizione ordinatoria processuale impugnabile con reclamo entro dieci giorni (art. 319 lett. b n. 2 e 321 cpv. 2 CPC), in Ticino alla terza Camera civile del Tribunale d'appello (art. 48 lett. c n. 1 LOG). Esso è dato nei casi stabiliti dalla legge (tra cui non rientra l'ordinanza sulle prove: art. 154 CPC) o quando vi è il rischio di un pregiudizio difficilmente riparabile (art. 319 lett. b n. 2 CPC). La decisione di rifiuto o di ammissione dei mezzi di prova offerti dalle parti non causa in linea di massima alcun pregiudizio irreparabile dal momento che è normalmente possibile, impugnando la decisione finale, di ottenere l'amministrazione della prova rifiutata a torto o l'estromissione della prova assunta a torto; si può verificare solo eccezionalmente un danno irreparabile quando per esempio il mezzo di prova negato rischia di sparire o che l'ordine di produrre documenti potrebbe ledere il segreto degli affari di una parte o di un terzo (sentenza del Tribunale federale 4A_425/2014 dell'11 settembre 2014 consid. 1.3.2; v. anche J eandin in: Commentaire romand, Code de procédure civile, 2 a ed. 2018, n. 26 ad art. 319 CPC, secondo il quale l'impugnazione della decisione finale è possibile anche in caso di rinuncia al reclamo contro l'ordinanza sulle prove nonostante sussistesse un rischio di pregiudizio difficilmente riparabile).

1.2.1.2 Ne segue che per il solo fatto che l'attrice non ha impugnato l'ordinanza sulle prove non le è preclusa la possibilità di sollevare censure sull'assunzione delle prove in sede d'appello, neppure per quanto attiene al rifiuto del Pretore di sentire l'avv. TE 6. Nella misura in cui è fondato sulla mancata contestazione dell'ordinanza sulle prove, tale rifiuto si avvera contrario alla giurisprudenza appena citata. Verrà esaminato ulteriormente se la decisione pretorile può essere confermata nel risultato per altri motivi (sotto consid. 9.1).

1.2.2 Nelle osservazioni all'appello la AO 1 rimprovera a AP 1 di aver violato più volte il principio della buona fede processuale (art. 52 CPC), in particolare per quanto riguarda la mancata escussione della testimone TE 5. A suo giudizio la passività dell'attrice, che non ha mosso contestazioni in sede d'istruttoria, renderebbe "ogni sua censura in sede d'appello irricevibile". In sede di replica spontanea AP 1 evidenzia di non poter essere tenuta responsabile delle omissioni del Pretore.

1.2.2.1 Quand'anche la parte non sia obbligata a impugnare separatamente l'ordinanza sulle prove

con un reclamo, ciò ancora non significa che l'autorità d'appello non possa, in virtù del principio della buona fede processuale (art. 52 CPC), rifiutare di esperire le prove regolarmente offerte in prima istanza e rimaste indecise o da assumere (cioè non formalmente respinte nell'ordinanza sulle prove), ove la parte abbia rinunciato, anche tacitamente, alla loro assunzione, segnatamente non opponendosi alla chiusura dell'istruttoria (DTF 138 III 376 consid. 4.3.2; Fabienne Hohl, Procédure civile, vol. I, 2 a ed. 2016, n. 2077). Nelle stesse condizioni, l'autorità d'appello può anche considerare improponibile la censura rivolta al primo giudice (T REZZINI in: Commentario pratico al Codice di diritto processuale civile svizzero, vol. I, 2 a ed. 2017, n. 26 ad art. 52 CPC con rinvii), specie quando la parte non ha fatto presente al tribunale di mantenere un'offerta di prova non menzionata nell'ordinanza sulle prove (sentenza 5A_113/2018 del 12 settembre 2018 consid. 4.2.1.2). Parimenti, la parte deve in buona fede chiedere prima della chiusura dell'istruttoria l'assunzione di quelle prove la cui necessità o pertinenza poggia su circostanze verificatesi o allegate dopo l'emanazione dell'ordinanza sulle prove – peraltro modificabile o completabile in ogni tempo (art. 154 CPC; sentenza 5A_770/2017 del 24 maggio 2018 consid. 3.5) – ad esempio alla luce delle risultanze di un primo giro di audizioni testimoniali (T REZZINI, op. cit., n. 8 ad art. 154), pena la sua preclusione in sede d'appello. 1.2.2.2 Nel caso in esame andrà quindi verificato per ogni mezzo di prova di cui l'appellante lamenta la mancata assunzione se il Pretore poteva dedurre dal comportamento della stessa una rinuncia tacita alla prova, nel qual caso la censura risulterebbe improponibile, o se invece avrebbe dovuto esaminarne la ricevibilità e nell'affermativa assumerla, ricordato che una misura probatoria può anche essere rifiutata sulla scorta di un apprezzamento anticipato della sua rilevanza se il giudice ritiene che il mezzo di prova richiesto non potrebbe fornire la prova attesa o non potrebbe comunque prevalere sugli altri mezzi di prova già esperiti, ossia se esso non sarebbe in grado di modificare il risultato delle prove ch'egli tiene per acquisito (già citata DTF 138 III 376 consid. 4.3.2).

E. 2

I fallimenti pronunciati dalla FINMA sono disciplinati dalla legge federale sulle banche e le casse di risparmio (RS. 952.0; LBCR) e dall'ordinanza dell'Autorità federale di vigilanza sui mercati finanziari sull'insolvenza di banche e commercianti di valori mobiliari (RS. 952.05; OIB-FINMA). In virtù dell'art. 34 LBCR "l'ordine" (la decisione) di fallimento pronunciato dalla FINMA ha gli effetti di una dichiarazione di fallimento secondo gli articoli 197–220 LEF (cpv. 1) e il fallimento deve essere "effettuato" (liquidato) secondo gli art. 221 a 270 LEF, con riserva di quanto previsto agli art. 35 e segg. LBCR (cpv. 2). Tutti i beni pignorabili spettanti al debitore al momento della dichiarazione di fallimento formano quindi, dovunque si trovino, un'unica massa destinata al comune soddisfacimento dei creditori (art. 197 LEF per il rinvio dell'art. 34 cpv. 1 LBCR). Non possono pertanto soggiacere alla procedura di fallimento quei beni che, pur trovandosi presso il fallito, non gli appartengono (Handschin / Hunkeler in: Basler Kommentar, SchKG II, 2 a ed. 2010, n. 66 ad art. 197 LEF). In virtù degli art. 16 e segg. OIB-FINMA il liquidatore designato dalla FINMA (giusta l'art. 12 OIB-FINMA) è tenuto ad allestire un inventario, iscrivendovi tutto quanto a suo giudizio risulta di spettanza del fallito o quanto da quest'ultimo detenuto al momento dell'apertura del fallimento, compresi i beni indicati come proprietà di terzi o rivendicati da terzi (art. 225 LEF; Gilliéron, Poursuite pour dettes, faillite et concordat, 5 a ed. 2012, n. 1826; Hunkeler in: SchKG, Kurzkommentar, 2 a ed. 2014, n. 1 ad art. 225 LEF), ad esclusione dei beni che manifestamente appartengono a terzi (sentenza della CEF 15.2014.92 del 2 dicembre 2014 consid. 2.1; Lustenberger in: Basler Kommentar, SchKG I,

2 a ed. 2010, n. 7 e segg. ad art. 221 LEF; Vouilloz in: Commentaire romand, Poursuite et faillite, 2005, n. 4 e segg. ad art. 221 LEF; Gilliéron, Commentaire de la LP, vol. III, 2001, n. 35 ad art. 221 LEF).

E. 2.1

La procedura di rivendicazione secondo l'art. 242 LEF, applicabile al fallimento bancario per il rinvio dell'art. 34 cpv. 2 LBCR, ha quale scopo di dirimere le controversie relative all'appartenenza – o meglio all'assoggettamento – di determinati beni inventariati alla massa attiva in vista della loro realizzazione a favore dei creditori o invece della loro sottrazione all'esecuzione forzata. I diritti soggetti a rivendicazione sono da una parte il diritto di proprietà (art. 641 e segg. CC) e dall'altra i diritti di distrazione specifici previsti dalla LEF o da altre leggi (DTF 114 III 25 consid. 2; Jean-Luc Tschumy, La procédure de revendication des art. 106 à 109 et 242 LP, BLSchK 2016 pagg. 172-173), come in particolare il diritto di distrazione del mandante sulle cose mobili acquistate dal mandatario fallito in nome proprio ma per conto del mandante (art. 401 cpv. 1 CO) oppure, in caso di fallimento di una banca (art. 37 d LBCR), di una società d'intermediazione mobiliare (art. 67 cpv. 2 legge sugli istituti finanziari, LISFi [RS 954.1]) o di "un'infrastruttura del mercato finanziario" (borsa, sistema multilaterale di negoziazione ecc., art. 2 lett. a e 88 cpv. 1 legge sull'infrastruttura finanziaria, LInFi [RS 958.1]), il diritto di separazione dei valori depositati del cliente (art. 37 d LBCR).

E. 2.1.1

Rispetto al regime ordinario, il diritto di distrazione dell'art. 37 d LBCR si estende, oltre ai beni mobili di proprietà del cliente ("le cose mobili depositati dai clienti" giusta l'art. 16 n. 1 LBCR, come le cartevalori o i metalli), ai beni mobili di cui la banca (o un altro istituto finanziario sopramenzionato) è proprietaria a titolo fiduciario per conto del cliente (art. 16 n. 2), ma pure a valori patrimoniali dematerializzati (crediti o diritti di partecipazione), la cui trasmissione non è cioè vincolata alla consegna di un documento cartaceo e quindi non possono essere oggetto di un diritto di proprietà. È il caso dei titoli di credito non incorporati in una cartavalore (diritti valori, art. 973 c CO) intestati al cliente (art. 16 n. 1) o fiduciariamente alla banca (art. 16 n. 2), dei crediti vantati dalla banca per conto del cliente in negozi di gestione di valori depositati, di derivati e affini (art. 16 n. 2) e delle pretese (che sono sempre crediti) tendenti a fornire da parte di terzi di titoli o valori acquisiti dalla banca per conto del cliente (art. 16 n. 3). Il diritto di distrazione dell'art. 37 d LBCR completa quello dell'art. 401 cpv. 3 CO su due punti: da una parte verte non solo sui valori acquistati fiduciariamente dalla banca (DTF 130 III 316) ma altresì su quelli depositati dal cliente, e dall'altra ha per oggetto anche i valori acquisiti ma non ancora trasferiti (fiduciariamente) alla banca, cui il Tribunale federale (nella DTF 112 II 444) ha negato l'applicabilità del diritto del mandato (Kleiner/Müller, Kommentar zum BankG, 23 a ed. 2015, n. 4 e 32 ad art. 16 LBCR; Hess/Zbinden in: Basler Kommentar, BankG, 2 a ed. 2013, n. 10 ad art. 16 LBCR).

E. 2.1.2

La gran parte dei valori depositati ai sensi dell'art. 16 LBCR è costituita da titoli contabili, ovvero da valori patrimoniali immateriali sui generis che si costituiscono con il deposito presso un ente di custodia o con l'iscrizione nel suo registro principale di titoli fungibili di credito o di partecipazione – detti diritti sottostanti – quali titoli di credito, certificati globali (art. 973 b CO) o diritti valori, e con l'accreditamento di un diritto corrispondente sul conto

titoli dell'ente di custodia aperto a nome dell'investitore o di un altro ente di custodia (art. 3, 4 cpv. 1 e 6 cpv. 1 legge federale sui titoli contabili [LTCO; RS.957.1] ; FF 2006 8554). Sono diritti opponibili ai terzi (art. 3 cpv. 2 LTCO), ovvero diritti assoluti (Lombardini , Droit bancaire suisse, 2 a ed. 2008, n. 31 ad cap. XXV, pag. 694), il cui statuto è retto dalla LTCO. Le regole sulla proprietà e sul possesso non vi si applicano, sicché ne è esclusa la rivendicazione (DTF 138 III 140 consid. 5.2.1). La costituzione di titoli contabili lascia impregiudicati i diritti sottostanti dell'investitore (azionista, obbligazionista ecc.) nei confronti dell'emittente (art. 13 cpv. 1 LTCO), ma i diritti reali del deponente sui valori sottostanti sono sospesi (DTF 138 III 139 consid. 5.2.1; Joël Philippe Gérard Leibenson , Les actes de disposition sur les titres intermédies, tesi Ginevra 2012, pag. 80 seg. ad 1).

E. 2.1.3

I titoli contabili sono separati – d'ufficio – dalla massa fallimentare secondo la procedura (detta in tedesco Absonderung in opposizione alla Aussonderung che designa la rivendicazione giusta l'art. 242 LEF) definita agli art. 17 e 18 LTCO, che per il rinvio dell'art. 37 d LBCR si applica anche agli altri tipi di valori depositati, fra cui quelli economicamente più significativi sono i cosiddetti investimenti fiduciari delle banche e i depositi di metalli preziosi (FF 2006 8610). I valori depositati sono registrati nell'inventario per il loro controvalore al momento della dichiarazione di fallimento (art. 16 cpv. 3 OIB-FINMA). Qualora i liquidatori reputino infondata la pretesa del cliente volta alla restituzione di valori da lui considerati depositati, ad esempio perché ritengono che la situazione giuridica non sia chiara in base alla carente documentazione contabile a disposizione, devono impartirgli il termine dell'art. 242 cpv. 2 LEF per promuovere l'azione di rivendicazione, che potrà fondarsi sull'art. 37 d LBCR e/o sugli art. 17 e 18 LTCO (Urs Bertschinger , Zum neuen bankengesetzlichen Aussonderungsrecht (art. 16 und 37 b BankG), AJP/PJA 1995, 432 ad IV; Hess/Zbinden, op. cit., n. 19 ad art. 37 d). In caso di successo il cliente potrebbe anche esigere di far iscrivere tra i debiti della massa la sua pretesa per l'eventuale danno consecutivo alla tardiva riconsegna dei valori depositati (Schwob/Müller , Kommentar zum BankG, 23 a ed. 2015, n. 16 ad art. 37 d LBCR).

E. 2.2

Qualora un terzo rivendichi la proprietà (o diritti di distrazione specifici) di beni mobili che sono detenuti esclusivamente dal debitore o che sono stati inclusi tra quelli della massa, i liquidatori ne fanno menzione nell'inventario (art. 225 LEF e 24 RUF; Handschin/Hunkeler , op. cit., n. 66 e 103 ad art. 197; cfr. sentenza della CEF 15.2003.85 del 25 luglio 2003, consid. 2), decidendo se le cose rivendicate dal terzo devono essergli restituite (art. 242 cpv. 1 LEF). Al contrario, se ritiene infondata la pretesa del terzo e il bene era in possesso del debitore al momento dell'apertura del fallimento, essa impartisce a quest'ultimo un termine di venti giorni per promuovere l'azione davanti al giudice del luogo del fallimento, dando così avvio alla procedura di rivendicazione prevista dall'art. 242 cpv. 2 LEF. Indipendentemente da chi possedeva o deteneva il bene rivendicato, l'onere della prova grava sulla parte rivendicante conformemente all'art. 8 CC (DTF 131 III 599 consid. 2.3.3; Tschumy , op. cit., pag. 188, consid. B/5 con rinvii).

E. 3

Ricordato come colui che rivendica la proprietà di una cosa (o un diritto di distrazione) deve fornirne la prova, nella sentenza impugnata il Pretore ha rilevato che se da una parte è emerso dall'istruttoria che durante il suo periodo d'attività la AO 1 ha operato transazioni e

acquisizioni per una determinata cerchia di clienti, che disponevano di conti registrati con nomi di fantasia, fra cui un conto “_____” riconducibile all’attrice, dall’altra non figura agli atti alcuna documentazione attestante l’apertura presso la convenuta di conti di deposito intestati a tali clienti e nemmeno risulta che la convenuta avesse indicato presso gli istituti depositari l’identità degli effettivi beneficiari economici delle azioni e obbligazioni detenute. A tal proposito, il Pretore ha anche rilevato che l’attrice non ha specificato ove tra le quasi trentasettemila operazioni registrate si sarebbe potuta reperire la prova dell’acquisto per suo conto delle azioni (recte: obbligazioni) da lei rivendicate. Il primo giudice ha poi osservato che se AP 1 e la AO 1 hanno sì sottoscritto in data non precisata una convenzione fiduciaria avente per oggetto il deposito di € 300'000.– su un conto aperto a nome della fallita presso la Banque _____ con sede a Monaco, non risulta che dopo la sottoscrizione le parti abbiano firmato specifici complementi o convenzioni attestanti l’esistenza di contratti o depositi fiduciari inerenti alle azioni e alle obbligazioni rivendicate dall’attrice ai sensi degli art. 17 e 18 LTCO. Inoltre, sebbene fra gli averi della convenuta depositati dai liquidatori sul conto del _____ figurassero effettivamente obbligazioni della Repubblica Argentina per un valore nominale di USD 611'000.–, in realtà tali titoli si trovavano in precedenza su conti non individualizzati aperti presso diverse banche e intestati alla fallita, e l’istruttoria non ha permesso di ricondurre l’acquisto di tali titoli al deposito di € 300'000.–, “circostanza per altro nemmeno mai allegata dalla parte attrice, la quale non si è mai chinata sui contenuti, l’estensione e sull’interpretazione di siffatto contratto”. Quanto alla sentenza della Corte di New York, che a mente dell’attrice attesterebbe la sua proprietà sui titoli, il Pretore ha fatto presente che non solo è stata prodotta in forma non autenticata e non integrale, ed è priva sia di considerandi sia di motivazioni, ma comunque sia non se ne evince che la AO 1 abbia avuto un ruolo in tale processo, come invece ci si sarebbe attesi, posto che secondo la tesi attorea tali obbligazioni avrebbero dovuto trovarsi su conti intestati alla convenuta. Infine, il Pretore ha evidenziato che oltre all’attrice, anche TE 3, TE 1 e _____ hanno avanzato pretese sui medesimi titoli rivendicati dall’attrice. Orbene, quest’ultima non ha dimostrato di essere l’effettiva ed esclusiva beneficiaria dei titoli rivendicati, per tacere del fatto che in un primo tempo, e meglio il giorno stesso in cui è stato pronunciato il fallimento della convenuta, l’attrice aveva chiesto la restituzione dei titoli rivendicati non alla fallita bensì alla PI 2, a suo dire depositaria dei medesimi. Tutto ciò considerato, il Pretore ha concluso che l’attrice è venuta meno all’onere probatorio posto a suo carico dall’art. 8 CC. Anche volendo ammettere la buona fede dell’attrice nell’omessa sottoscrizione della documentazione idonea ad attestare i suoi diritti sulle obbligazioni rivendicate, tale circostanza non potrebbe a sé sola sopperire alle carenze di allegazioni e di prove riscontrate nel procedimento giudiziario.

E. 4

L’appellante rimprovera al Pretore di aver violato il suo diritto di essere sentita e di aver svolto un’istruttoria carente. In particolare, sostiene che il primo giudice ha indebitamente e senza motivazione omesso d’interrogarla quale parte attrice (v. sotto consid. 6) e ha ritenuto a torto che l’audizione testimoniale di TE 5 fosse da considerare esperita, poiché effettuata in via rogatoria in un’altra delle cause per cui l’istruttoria è stata congiunta, benché essa non abbia avuto la possibilità di partecipare all’audizione e di porle delle domande (consid. 7). Il Pretore avrebbe poi indebitamente considerato come decaduta la prova inerente al richiamo della documentazione sequestrata dal Ministero Pubblico solo perché quest’ultimo aveva segnalato di averla rimessa alla Procura di Milano (consid. 8). La reclamante si duole pure dell’esclusione, con motivazioni “del tutto ingiustificate”, dell’audizione testimoniale

dell'avv. TE 6 e di TE 1 (consid. 9). Infine, il Pretore avrebbe a torto sentito TE 2 e TE 3 non come testimoni, ma come parti (consid. 10).

E. 5

In prima sede l'attrice ha chiesto di essere "riconosciuta proprietaria/titolare di nom. USD 566'000.– di obbligazioni della Repubblica Argentina 1993-20.12.2003 US040114AH34 trovantisi sul deposito no. _____ presso _____, _____" e ne ha chiesto l'estromissione dalla massa fallimentare. Ha fondato la sua pretesa sull'art. 401 CO, facendo valere che la convenuta avrebbe acquisito i titoli a titolo fiduciario in esecuzione del mandato venuto in essere fra le parti (petizione, pag. 5; conclusioni pag. 3 n. 2). Di contro, la convenuta ha sostenuto che non vi sarebbe la benché minima prova che esistesse un contratto di deposito e mandato fra le parti, né che gli attivi in questione fossero stati acquistati per conto dell'attrice e neppure ch'essa le avesse mai affidato i mezzi per tale acquisto. Inoltre – ha puntualizzato la convenuta – gli attivi sono sempre stati depositati su un conto proprio intestato a lei, e non su un conto clienti separato, oltretutto mai registrato in una contabilità tenuta in modo regolare e conforme alla legge. In mancanza di un deposito nel senso dell'art. 16 LBCR, l'attrice non sarebbe legittimata a invocare il diritto di distrazione previsto dalla regolamentazione sul fallimento bancario (art. 37 d LBCR) (risposta pag. 4 ad 4).

E. 5.1

Ancorché l'appellante in replica abbia anche affermato di voler recuperare i "propri" titoli affidati in buona fede alla banca (pag. 3), è d'acchito escluso ch'essa possa vantare un diritto di proprietà piena (non fiduciaria) sulle obbligazioni argentine rivendicate, che risultano depositate presso la società di servizi finanziari Euroclear (con sede in Belgio) probabilmente a nome di _____ per conto della convenuta, cui è intestato il conto di deposito sul quale sono allibrati i titoli (doc. 3 pag. 6). Tutto indizia che l'aver indicato sull'estratto bancario di _____ sia un titolo contabile ai sensi della LTCO (che si applica anche ai depositi all'estero tenuti da intermediari finanziari con sede in Svizzera o sottoposti al diritto di sorveglianza svizzero: art. 3 cpv. 1 OIB-FINMA). Trattandosi di un diritto immateriale non è soggetto a rivendicazione di un diritto di proprietà e neppure a distrazione giusta l'art. 401 cpv. 3 CO. D'altronde, secondo la giurisprudenza del Tribunale federale la rivendicazione può vertere solo su beni materiali mobili o immobili ad esclusione dei crediti, che concettualmente non possono essere restituiti (DTF 128 III 388), ancorché ci sia chi considera che i diritti di distrazione specifici si estendono anche ai crediti e agli altri diritti (Gilliéron, Commentaire de la LP, vol. III, 2001, n. 16 i.f. e 18 ad art. 242 LEF), ma il Tribunale federale ha escluso l'applicazione dell'art. 242 LEF alla pretesa di surrogazione legale adottata dal mandatario per i crediti acquisiti per suo conto dal mandante poi fallito giusta l'art. 401 cpv. 2 CO (DTF 87 III 19 consid. 2; sentenza della CEF 15.2015.13 del 29 aprile 2015 consid. 2.2/b con riferimento a Jeandin/Fischer in: Commentaire romand, Poursuite et faillite, 2005, n. 3 e 5 ad art. 242 LEF; contra: Weber in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 6 a ed. 2015, n. 12 ad art. 401 CO).

E. 5.2

La controversia è invero senza rilievo nella fattispecie, perché l'inapplicabilità dell'art. 242 LEF ha quale unica conseguenza (oltre all'esigenza di un tentativo di conciliazione, cfr. art. 198 lett. e n. 5 CPC) di vietare all'amministrazione del fallimento di assegnare al rivendicante un termine per agire in giudizio (già citata DTF 87 III 19), ma non impedisce a

questi di convenire la massa in giudizio quando gli pare per far accertare il proprio affermato credito o diritto. Orbene, nel caso in esame la questione è superata, siccome AP 1 ha già avviato la causa entro il termine impartito dai liquidatori (a ragione: v. sopra consid. 2.1.3) e chiede di essere riconosciuta non solo proprietaria delle obbligazioni argentine, ciò che presupporrebbe l'esistenza di titoli materiali, ma alternativamente "titolare" delle stesse, ciò che include l'ipotesi di titoli immateriali (non stampati).

E. 5.3

Il fatto che la costituzione di un diritto contabile sospenda i diritti reali del deponente sui valori sottostanti (sopra consid. 2.1.2) non osta a statuire sulla controversia (interna) tra l'appellante e la banca circa la titolarità degli averi depositati presso il _____. Come poi la parte vincente potrà agire presso la Euroclear per farsi consegnare i titoli (per ipotesi stampati), accreditarli su un altro conto o trasferire a eventuali cessionari o aggiudicatari è una questione che esula dalla causa.

E. 5.4

Il mandante che fa valere a suo favore la surrogazione dei crediti acquistati dal mandatario a nome proprio ma per conto del mandante deve dimostrare l'esistenza del mandato, il fatto che i crediti rivendicati sono stati acquisiti in adempimento del mandato e sono sufficientemente individualizzati (DTF 127 III 275), oltre all'adempimento dei propri obblighi contrattuali, in particolare il rimborso giusta l'art. 402 cpv. 1 CO degli anticipi e delle spese assunti dal mandatario nell'espletamento del mandato (Werro in: Commentaire romand, Code des obligations I, 2 a ed. 2012, n. 6 e 10 ad art. 401 CO). Le condizioni del diritto di distrazione (o meglio separazione) degli averi bancari depositati in virtù dell'art. 37 d LBCR sono sostanzialmente uguali: l'esistenza di un contratto di deposito di valori (ai sensi dell'art. 16 LBCR) appartenenti al cliente o acquisiti fiduciarmente dalla banca per conto di lui, l' individualizzazione degli averi da separare (Hess/Zbinden , op. cit., n. 11, 16 segg. e 49 ad art. 16) e l'adempimento da parte del cliente dei propri obblighi contrattuali nei confronti della banca (art. 17 cpv. 5 LTCO; Hess/Zbinden , op. cit., n. 6 ad art. 37 d ; Schwob/ Müller , op. cit. , n. 7 ad art. 37 d). Per quanto attiene all'esigenza d'individualizzazione, l'onere del cliente è facilitato dalla presunzione (confutabile) che i titoli depositati dalla banca presso un terzo depositario sono titoli dei suoi deponenti sul conto dei quali sono registrati titoli della stessa categoria (art. 17 cpv. 2 LTCO, applicabile a tutti i valori depositati giusta l'art. 16 LBCR in virtù del rinvio dell'art. 37 d LBCR; Schwob/Müller , op. cit. , n. 8 ad art. 37 d).

E. 5.5

Spetta(va) dunque all'appellante dimostrare l'esistenza di un contratto di deposito di titoli con la convenuta, nel quadro del quale quest'ultima avrebbe acquisito le obbligazioni ora depositate presso il _____ in nome proprio, ma per conto della cliente, oltre all'assolvimento dei propri obblighi, in particolare il versamento del prezzo di acquisto dei titoli e della relativa commissione della banca, la quale contesta l'adempimento di tutti e tre i presupposti (conclusioni, pag. 3 ad 3.1 e 3.2). Ne segue che l'accoglimento del presente appello presuppone che i mezzi di prova proposti dall'attrice e rifiutati dal Pretore fossero effettivamente idonei a comprovare gli elementi costitutivi del diritto di distrazione appena ricordati.

E. 6

Nell'appello AP 1 si duole che il Pretore abbia decretato la chiusura dell'istruttoria omettendo, senza motivazione, d'interrogarla in qualità d'attrice, sebbene lo avesse espressamente richiesto e la controparte non avesse mosso contestazioni al riguardo. Secondo lei, il Pretore, ignorando tale richiesta, avrebbe violato il suo diritto di essere sentita, di ottenere una decisione motivata e di far assumere prove. Tale audizione le avrebbe in effetti permesso di esprimersi in merito all'apertura del conto "_____"; nonché sui denari e titoli depositati.

E. 6.1

Qualora nell'ordinanza sulle prove il giudice non abbia respinto un mezzo di prova regolarmente proposto, il fatto per la parte interessata di non opporsi alla chiusura dell'istruttoria comporta la rinuncia implicita all'assunzione della prova. Prevalersene in sede d'impugnativa contro la decisione finale è quindi contrario alla buona fede (art. 52 CPC; sopra consid. 1.2.4).

E. 6.2

Nel caso specifico emerge dall'ordinanza sulle prove del 19 dicembre 2018 che sebbene il Pretore si fosse inizialmente prefissato di decidere "sulle restanti prove offerte e non ancora ammesse (prove testimoniali e interrogatorio e deposizione delle parti)", egli non si è poi determinato esplicitamente sulla richiesta d'interrogatorio dell'attrice, ma la esclude il dispositivo, secondo cui "tutte le altre prove non ancora esperite rispettivamente ammesse, sono respinte". Non è dato di sapere se egli abbia sorvolato sulla questione deliberatamente o (verosimilmente) per dimenticanza. Comunque sia, anche se, come evidenziato dall'appellante, "il Pretore ha inteso ignorare la richiesta d'interrogatorio dell'attrice, decretando la chiusura dell'istruttoria senza motivare l'esclusione della sua deposizione" (pag. 8 appello), il principio della buona fede processuale le avrebbe imposto di opporsi alla chiusura dell'istruttoria insistendo nell'esigere l'assunzione della prova. Vista l'assenza di reazione dell'attrice, perdurata dall'emissione dell'ordinanza sulle prove fino alla chiusura dell'istruttoria, il Pretore poteva dedurre ch'essa avesse rinunciato all'assunzione del proprio interrogatorio, sicché la censura in questa sede va respinta come lesiva del principio della buona fede processuale.

E. 7

AP 1 critica anche l'ordinanza sulle prove del 19 dicembre 2018 laddove il Pretore ha considerato l'audizione testimoniale di TE 5 come già amministrata poiché è stata sentita in via rogatoria nella causa avviata da TE 2. È stato secondo lei violato il proprio diritto al contraddittorio e a partecipare all'amministrazione delle prove. AP 1 si lamenta in particolare di essere stata privata della possibilità di assistere all'interrogatorio e quindi di porre domande pertinenti alla specifica rivendicazione oggetto della causa da lei promossa.

E. 7.1

Nelle osservazioni all'appello la AO 1 rileva che l'audizione in via rogatoria di TE 5 del 7 febbraio 2018 vale anche nella causa avviata dall'appellante stante la congiunzione ordinata il 28 marzo 2017. Non risulta però dall'incarto trasmesso alla Camera che il Pretore abbia conferito all'attrice la facoltà di porre domande alla teste e la convenuta non lo allega neppure. Gli atti della causa di rivendicazione promossa da TE 2 (OR.2016.169), acquisiti d'ufficio dalla Camera, dimostrano del resto che il Pretore ha dato solo a quell'attore e alla convenuta la facoltà di sottoporre domande alla teste. Non si può così considerare, in base agli atti a disposizione, che il Pretore abbia dato seguito alla richiesta probatoria dell'attrice.

E. 7.2

La convenuta censura invero la violazione del principio della buona fede processuale (art. 52 CPC) sostenendo che se l'attrice non fosse stata d'accordo con le modalità d'assunzione di tale prova avrebbe dovuto "immediatamente reagire". In realtà, la parte non è tenuta – e neppure è legittimata – a contestare già in prima sede il rifiuto formale di un'offerta di prova contenuto nell'ordinanza sulle prove (v. sopra consid. 1.2.2.1). Ci si potrebbe chiedere se ciò valga anche per le prove che il giudice considera già esperite oppure se il principio della buona fede avrebbe imposto all'attrice di segnalare al Pretore le domande che avrebbe inteso porre a TE 5. La questione può rimanere indecisa siccome la domanda dell'attrice dev'essere respinta per altri motivi.

E. 7.3

Sempre nelle osservazioni all'appello la AO 1 ritiene infatti "manifestamente inutile" l'audizione di TE 5, che secondo l'attrice avrebbe dovuto riferire "su non si sa bene cosa", giacché nella sua deposizione la teste non ha mai riferito di essersi occupata di una procedura giudiziaria negli Stati Uniti né di conoscere il nome AP 1, ma invece ha precisato di non aver mai trattato con la AO 1 e di non sapere nulla della sua operatività. Nella replica spontanea AP 1 specifica che TE 5 non era stata notificata unicamente in merito al processo americano, ma come risulta dal verbale d'udienza del 28 marzo 2017 anche in merito ai titoli di pertinenza della parte attrice come pure alla loro provenienza, ammontare, individualizzazione e distrazione dalla massa fallimentare. Precisa che la teste avrebbe lavorato presso la succursale di Paradiso della AO 1 come operatrice dei mercati obbligazionari e si avvale quindi della pertinenza della sua audizione.

E. 7.3.1

Le parti devono dedurre in giudizio i fatti su cui poggiano le loro domande e indicare i mezzi di prova (art. 55 cpv. 1 CPC). Oggetto della prova sono i fatti controversi, se giuridicamente rilevanti (art. 150 cpv. 1 CPC). Entro questi limiti, ogni parte può pretendere che il giudice assuma tutti i pertinenti mezzi di prova offerti tempestivamente e nelle forme prescritte (art. 152 cpv. 1 CPC). Le parti devono allegare i fatti in modo preciso (H ALDY in: Commentaire romand, Code de procédure civile, 2 a ed. 2018, n. 5 ad art. 55 CPC ; T APPY, stessa opera , n. 18a ad art. 222) non solo per permettere al giudice di applicare il diritto, ma anche affinché questi possa amministrare le prove necessarie a elucidare i fatti allegati (Hohl , op. cit., n. 798 con rinvii), posto che la procedura probatoria non è destinata a colmare l'assenza o la lacunosità delle allegazioni della parte che ne ha chiesto l'avvio (DTF 127 III 365 consid. 2/c, sentenza del Tribunale federale 4A_300/2013 del 2 ottobre 2013, consid. 6.3.3).

E. 7.3.2

Contrariamente a quanto sostiene la AO 1, i fatti sui quali l'appellante vorrebbe sentire TE 5 appaiono chiari: le obbligazioni rivendicate sono di sua pertinenza, ciò che la Corte di New York avrebbe accertato.

E. 7.3.3

Il problema, in realtà, è un altro. Posto che un testimone può unicamente riferire su fatti che ha percepito in modo diretto (art. 169 cpv. 1 CPC), un'audizione di TE 5 avrebbe potuto essere utile se effettivamente avesse avuto una partecipazione diretta nelle transazioni della convenuta. Orbene, nella sua deposizione del 7 febbraio 2018 la teste ha detto di non

ricordarsi del nome dei clienti della AO 1 tranne quelli dei suoi colleghi TE 2, TE 3 e TE 1, di supporre che i titoli detenuti da TE 2 fossero depositati su un conto della AO 1 e di non poter dire nulla dell'attività della PI 2, avendo prestato la sua attività per la PI 3 (ovvero verosimilmente la PI 3 di _____) (act. XIII dell'inc. OR.2016.169, capitoli n. 1, 3 e 11 delle domande dell'attore e n. 2 delle domande della convenuta). In queste condizioni pare d'acchito escluso che TE 5 possa riferire direttamente sulle circostanze dell'acquisto delle obbligazioni rivendicate dall'appellante e del pagamento delle stesse. Quanto al suo coinvolgimento nel processo statunitense è sufficiente rinviare a quanto verrà esposto in merito alla richiesta analoga che l'appellante chiede di sottoporre all'avv. TE 6 (sotto, consid. 9.1.2). Ancorché per altri motivi, su questo punto la sentenza impugnata resiste quindi alla critica.

E. 8

In merito al richiamo della documentazione sequestrata presso il Ministero pubblico, l'appellante rileva che il Pretore ha emesso, il 9 gennaio 2018, una decisione motivata di decadenza della prova nella causa promossa da TE 2, come risulta dall'ordinanza sulle prove del 19 dicembre 2018. Per lei tale decisione è però estranea alla propria causa, siccome è stata emessa prima della congiunzione dell'istruttoria (avvenuta il giorno successivo, il 10 gennaio 2018) e non le è mai stata intimata. In tal modo sarebbe stato a suo parere violato il diritto al contraddittorio. In ogni caso, pur volendo considerare che il Pretore ha ritenuto implicitamente decaduta la prova anche nella sua causa perché i documenti erano già stati consegnati alla Procura della Repubblica di Milano, l'appellante reputa la motivazione manifestamente infondata, poiché una modifica, non dipesa dall'appellante, del luogo di custodia di documenti non è un impedimento oggettivo alla sua assunzione. Tale modo di procedere costituisce suo dire una violazione dell'obbligo di assunzione della prova ai sensi dell'art. 155 CPC, poiché spettava al Pretore acquisire la prova in via rogatoria dal Tribunale di Milano. Dalla motivazione principale appena esposta si evince che per AP 1 il Pretore non si è validamente determinato sulla sua richiesta di assunzione dell'incarto penale. In queste circostanze il principio della buona fede le avrebbe però imposto d'interpellare il Pretore affinché statuisse chiaramente sull'offerta di prova – non limitandosi a ritenerla, con altri richiami, “evasi del senso precisato nei considerandi” (act. XIII, dispositivo n. 3) – o perlomeno di opporsi alla chiusura dell'istruttoria (sopra consid. 1.2.2.1). Nelle sue conclusioni, l'attrice è invece rimasta silente sul mancato richiamo dell'incarto penale, lasciando intendere che anche lei considerasse la questione “evasa”. Non merita dunque protezione la richiesta ribadita solo in sede d'appello (art. 2 cpv. 2 CC).

E. 9

L'appellante rimprovera poi al Pretore di aver escluso, con motivazioni del tutto ingiustificate riferite all'apprezzamento anticipato delle prove, le audizioni testimoniali dell'avv. TE 6 e del direttore della convenuta, TE 1.

E. 9.1

A mente dell'appellante la motivazione con cui l'audizione dell'avv. TE 6 è stata respinta nell'ordinanza sulle prove, secondo cui il legale “non risulta aver avuto una diretta partecipazione nella transazione della convenuta”, è “impertinente e illogica”. Essa rammenta di averne chiesto l'ascolto, siccome egli ha seguito il processo negli Stati Uniti sfociato nella sentenza della Corte di New York che ha riconosciuto a AP 1 una pretesa di

USD 932'739.97 contro la Repubblica Argentina, compreso il capitale di USD 556'000.– delle obbligazioni rivendicate. A suo giudizio, il fatto che l'avv. TE 6 non abbia avuto una partecipazione diretta nelle transazioni della convenuta non esclude ch'egli possa riferire per conoscenza diretta sulla questione della proprietà dei titoli rivendicati o rivelare di essere in possesso di prove documentali decisive provenienti dal processo negli Stati Uniti.

E. 9.1.1

Nelle osservazioni all'appello la convenuta rileva a ragione che la prova appare d'acchito inutile. Contrariamente a quanto allega l'appellante, il processo statunitense non verteva sulla titolarità delle obbligazioni argentine, bensì sul loro rimborso da parte della Repubblica Argentina. Non è contestato che la AO 1 non ne era parte. Ne segue che la sentenza dell'11 settembre 2008 (doc. G) non le è opponibile, per tacere del fatto che non è dato di sapere se è definitiva. In queste circostanze non si vede quale utilità potrebbe avere la testimonianza dell'avv. TE 6.

E. 9.1.2

L'appellante sostiene invero che il teste potrebbe riferire sulla documentazione in base alla quale l'autorità americana ha fondato il suo giudizio, in particolare la "valuation for PI 2 as of December 31, 2007" indicata quale offerta di prova della proprietà ("Evidence of Ownership Proffered", doc. H table 11). A parte il fatto che tale allegazione è nuova, e quindi inammissibile (art. 317 cpv. 1 CPC), è altamente verosimile che a oltre dieci anni dai fatti l'avv. TE 6 non potrebbe ricordarsi del contenuto della documentazione in questione. A ben vedere quanto in realtà l'appellante chiede di assumere non è la deposizione dell'avv. TE 6 bensì i documenti prodotti per conto suo nella causa. Le sarebbe però spettato chiederne l'edizione dalla Corte di New York o dal proprio patrocinatore oppure farseli trasmettere direttamente nella sua qualità di parte del processo per poi produrli nella causa di rivendicazione. Ciò andava fatto prima della chiusura dello scambio di allegati dato che l'esistenza della causa statunitense le era già nota (art. 229 cpv. 1 CPC). La richiesta dell'appellante, mascherata come domanda di escussione dell'avv. TE 6, è quindi tardiva e inammissibile.

E. 9.2

L'appellante critica anche il motivo di reiezione della richiesta di audizione testimoniale di suo figlio TE 1, secondo cui egli "oltre a presentare un interesse in lite, intrattiene anche stretti rapporti familiari con AP 1 e PI 4, ciò che renderebbe i contenuti della sua testimonianza assai di parte e di ridotto valore probatorio". Stando a lei il sospetto di parzialità del testimone, risultante ad esempio da un rapporto di parentela, dev'essere considerato solo in fase di (libero) apprezzamento della prova. Non può essere a priori escluso che la testimonianza possa essere degna di fede. AP 1 lamenta poi una "discriminazione" da parte del Pretore, che avrebbe ammesso la deposizione delle parti TE 2 e TE 3 negando invece quella di suo figlio nonché l'interrogatorio di lei.

E. 9.2.1

Di principio, è vero, l'audizione testimoniale del parente in linea di retta di una parte non può essere esclusa a priori se questi vi consente (art. 165 cpv. 1 lett. c CPC), anche se il valore probatorio della sua testimonianza è generalmente minore di quello relativo alla deposizione di un teste non imparentato con le parti (T REZZINI, op. cit., n. 7 ad art. 165). Nella fattispecie, tuttavia, TE 1 non è solo figlio dell'attrice, bensì anche marito e cognato di altri due rivendicanti (la moglie PI 4 e _____, inc. OR.2016. 172), ex-direttore

della convenuta e lui stesso attore in un'azione di rivendicazione contro la convenuta (OR.2016.171). I suoi molteplici interessi personali nella lite – come figlio, potenziale erede, possibile responsabile degli errori di gestione della banca e sedicente cliente della stessa – sono tali e quanti da ritenerlo particolarmente coinvolto e quindi inidoneo a testimoniare (v. al proposito: T REZZINI, op. cit., n. 19 segg. ad art. 152). È d'altronde alquanto dubbio ch'egli possa a distanza di oltre un decennio (le obbligazioni argentine sono giunte a scadenza nel 2003) “riferire in merito ai titoli di pertinenza dell'attrice, della loro provenienza, del loro ammontare, della loro individualizzazione in favore dell'attrice, della loro distrazione dalla massa fallimentare” (petizione pag. 7). Anche al riguardo l'appello manca dunque di consistenza.

E. 9.2.2

Quanto al rimprovero di “discriminazione” da parte del Pretore tra da una parte TE 2 e TE 3 e dall'altra l'appellante e suo figlio, basta rilevare che il Pretore l'ha motivata, evidenziando per i primi il loro ruolo nella banca nell'attività di trading, mentre ha escluso il valore probatorio di una testimonianza di TE 1 in ragione del suo interesse personale nella lite e del suo nesso di famiglia con l'appellante, e ha dimenticato, verosimilmente per inavvertenza, d'interrogare quest'ultima senza ch'essa se ne dolesse (v. sopra consid. 6.2). Dato che i motivi di esclusione dell'escussione di TE 1 sono condivisibili nell'esito (sopra consid. 9.2.1), la “discriminazione” di cui si lamenta l'appellante risulta giustificata.

E. 10

L'appellante rimprovera al Pretore di aver ammesso nell'ordinanza sulle prove l'audizione di TE 2 e TE 3 come parti non solo nelle cause da loro introdotte ma pure nelle cause parallele congiunte per l'istruttoria, riservata la possibilità ai patrocinatori di fare domande. Secondo lei, il Pretore non poteva sentirli quali parti, poiché la congiunzione dell'istruttoria non attribuisce loro il ruolo di parte nelle cause che riguardano terze parti. Il Pretore avrebbe dovuto invece sentire TE 2 e TE 3 come parti sui fatti che riguardavano le loro cause e poi procedere alla loro audizione come testimoni nelle cause promosse dalle altre parti, tra cui l'appellante. Essa ritiene altresì irrilevante che il Pretore abbia concesso ai legali di porre domande, dal momento che tale facoltà non avrebbe conferito, nella propria causa, alle loro deposizioni la qualifica e gli effetti di una deposizione testimoniale.

E. 10.1

Così argomentando l'appellante non spiega però quale sia il suo pregiudizio, ossia cosa sarebbe cambiato se TE 2 e TE 3 fossero stati sentiti come testimoni anziché come parti. Insufficientemente motivata, la censura è inammissibile (v. sopra consid. 1.3).

E. 10.2

Sia come sia, l'appellante non allega che TE 2 e TE 3 abbiano reso false dichiarazioni, sicché la questione dell'eventuale inapplicabilità della sanzione dell'art. 306 CP alle risposte riguardanti le cause promosse dagli altri rivendicanti non si pone. Risulta d'altronde lesivo del principio della buona fede chiedere ora l'audizione di persone cui il patrocinatore dell'appellante risulta aver rinunciato a porre domande senza spiegazioni. Egli ha addirittura lasciato l'aula prima della deposizione di TE 2 (act. XIV, pag. 6), lasciando chiaramente intendere di rinunciare alla sua offerta di prova.

E. 11

L'appellante ha rinunciato a presentare censure sul merito. La sorte dell'appello è così segnata. Ad ogni modo essa non ha dimostrato di aver affidato o trasferito i titoli argentini alla convenuta né di averne acquistato la titolarità per il tramite della stessa in adempimento della convenzione fiduciaria di data imprecisata versata agli atti (doc. L). Non le viene in soccorso neppure la presunzione dell'art. 17 cpv. 2 LTCO, perché non ha provato la registrazione di titoli della stessa categoria su un suo conto presso la AO 1 (sopra consid. 5.4). Al riguardo il Pretore ha pertinentemente osservato che non gli spettava ricercare nel CD contenente i dati estrapolati dal computer portatile di TE 3 (doc. 15) quali tra le quasi trentasettemila operazioni registrate avrebbero eventualmente potuto documentare l'acquisto per conto suo delle obbligazioni rivendicate, un rinvio globale alla documentazione prodotta non soddisfacendo le esigenze di allegazione e di specificazione (sentenza del Tribunale federale 4A_441/2019 del 9 dicembre 2019, consid. 2.1 e i rinvii e sopra consid. 7.3.1). Manca infine la prova del pagamento integrale dei titoli, anche volendo ammettere il deposito di € 300'000.– menzionato nella convenzione fiduciaria.

E. 12

La tassa del presente giudizio, stabilita in virtù dei combinati art. 7 cpv. 1 e

E. 13

Circa i rimedi esperibili sul piano federale (art. 112 cpv. 1 lett. d LTF), il valore litigioso, di oltre fr. 200'000.– (sopra consid. 1), raggiunge senz'altro la soglia di fr. 30'000.– ai fini dell'art. 74 cpv. 1 lett. b LTF. Per questi motivi, pronuncia: 1. Nella misura in cui è ricevibile, l'appello è respinto. 2. Le spese processuali di complessivi fr. 10'000.– relative al presente giudizio, già anticipate dall'appellante, sono poste a suo carico. Essa rifonderà alla AO 1 fr. 8'000.– per ripetibili. 3. Notificazione a: – ; – . Comunicazione alla Pretura del Distretto di Lugano, sezione 3. Per la Camera di esecuzione e fallimenti del Tribunale d'appello Il presidente La vicecancelliera Rimedi giuridici Contro la presente decisione è possibile presentare ricorso in materia civile (art. 72 cpv. 2 lett. a LTF) al Tribunale federale, 1000 Losanna 14, entro 30 giorni dalla notificazione (art. 100 cpv. 1 LTF). Il termine di ricorso è sospeso durante le ferie giudiziarie (art. 46 cpv. 1 LTF).

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