

CONVENUTA

NONCHE'

[REDACTED] (C.F. [REDACTED]), elettivamente domiciliato in Roma alla Via Panama n. 74 presso lo studio degli avv.ti Alessandro Cuggiani e Andrea Russo che lo rappresentano e difendono in virtù di procura a margine della comparsa di costituzione,

CONVENUTO

CONCLUSIONI

Per l'attrice:

~~_____~~

[Handwritten signature]

a) in via preliminare in rito: accertare e dichiarare il difetto di rappresentanza della Intesa Sanpaolo s.p.a. (già Banca Intesa s.p.a.), con conseguente nullità della procura conferita all'avv. Benedetto Gargani; per l'effetto accertare e dichiarare il difetto dello *ius postulandi* in capo all'avv. Benedetto Gargani e, di conseguenza, dichiarare l'inesistenza della costituzione in giudizio della banca convenuta, nonché ai sensi e per gli effetti del disposto di cui all'art. 13 del d. lgs. n. 5/2003 (così come modificato dal d.

CB

lgs. n. 37/2004) accertare e dichiarare la contumacia della convenuta con gli effetti e le conseguenze di legge, processuali e di merito;

b) in via preliminare, nel merito: 1) dichiarare la nullità *ex art. 1418*, primo comma, c.c. dei due contratti quadro di *swap* in data 12.2.2004 ed in data 18.5.2004, nonché degli specifici contratti di *interest rate swap* del 12.2.2004 (€ 450.000,00) e del 14.6.2004 (€ 1.000.000,00), per violazione dell'art. 21, primo comma, lett. a, lett. b, lett. c, T.U.F., nonché per violazione degli artt. 26-27-28-29 del Regolamento Consob n. 11522/1998, nonché la nullità di tutti gli atti successivi e consequenziali; per l'effetto, condannare la convenuta Intesa Sanpaolo s.p.a. (già Banca Intesa s.p.a.) alla restituzione degli addebiti subiti dalla Borelli s.r.l. comprensivi di interessi legali e rivalutazione monetaria sino al soddisfo effettivo in relazione alla sottoscrizione dei menzionati contratti di *swap*; 2) dichiarare la nullità dei due contratti quadro di *swap* in data 12.2.2004 ed in data 18.5.2004, nonché degli specifici contratti di *interest rate swap* del 12.2.2004 (€ 450.000,00) e del 14.6.2004 (€ 1.000.000,00) per violazione dell'art. 117, primo comma, del T.U.B. e dell'art. 23, primo comma, del T.U.F., per la mancata consegna di copia del contratto; 3) dichiarare la nullità dei due contratti quadro di *swap* in data 12.2.2004 ed in data 18.5.2004, nonché degli specifici contratti di *interest rate swap* del 12.2.2004 (€ 450.000,00) e del 14.6.2004 (€ 1.000.000,00) per difetto di causa *ex art. 1325 c.c.*, per l'assenza di alea nei confronti della Banca Intesa s.p.a. rispetto alla natura del contratto;

c) sempre in via preliminare alternativa subordinata: accertare e

dichiarare, per le ragioni illustrate, la responsabilità contrattuale della Intesa Sanpaolo s.p.a. (già Banca Intesa s.p.a.) e, per l'effetto, dichiarare risolto per inadempimento di quest'ultima sia il contratto avente ad oggetto la negoziazione, la ricezione e la trasmissione di ordini su strumenti finanziari stipulato in data 12.2.2004, sia i contratti quadro di *swap* integrativi di tale contratto, sia -in via consequenziale- gli specifici contratti di *interest rate swap* del 12.2.2004 (€ 450.000,00) e del 14.6.2004 (€ 1.000.000,00);

d) dichiarare l'annullamento per dolo dei due contratti quadro di *swap* in data 12.2.2004 ed in data 18.5.2004, nonché degli specifici contratti di *interest rate swap* del 12.2.2004 (€ 450.000,00) e del 14.6.2004 (€ 1.000.000,00), per la totale assenza di ogni prospettazione e informazione circa i rischi dei contratti proposti, in violazione del combinato disposto degli artt. 1427 e 1439 c.c.;

e) per l'effetto, condannare la Intesa Sanpaolo s.p.a. (già Banca Intesa s.p.a.) al risarcimento dei danni in favore dell'attrice, con rimborso di tutte le somme corrisposte dalla ██████████ a fronte dei singoli contratti di *interest rate swap* al netto delle eventuali minori somme percepite da quest'ultima, oltre interessi legali e rivalutazione monetaria fino al soddisfo effettivo;

f) accertare, comunque, la sussistenza della responsabilità extracontrattuale ex art. 2043 c.c. del dott. ██████████ per gli illeciti comportamenti esposti in narrativa e, per l'effetto, condannarlo a risarcire la ██████████ la somma corrispondente a quella per la quale la medesima ██████████ ██████████, in denegata ipotesi, condannata a pagare alla Banca Intesa s.p.a., e,

in tali ipotesi, condannare il sig. [REDACTED] alle spese di giudizio a favore della [REDACTED] Con vittoria di spese, competenze ed onorari.

[Handwritten signature]

Per la convenuta Intesa Sanpaolo s.p.a.:

[A large, faint, curved line, possibly a signature or a large mark, spans across the page.]

[Handwritten initials or signature.]

deduzione ed eccezione e previa ogni opportuna declaratoria del caso:

de Cete CB

a) in via preliminare, dichiarare inammissibile o, comunque, rigettare la domanda di manleva proposta – in via di subordine – dal sig.

██████████ nei confronti di Intesa Sanpaolo s.p.a.;

b) nel merito, rigettare, per i motivi esposti in narrativa, ogni domanda di parte attrice;

c) nella denegata ipotesi di accoglimento delle domande attrici, condannare la ██████████, in persona del legale rappresentante pro tempore, al pagamento dei costi sostitutivi di cui all'art. 10 dei due contratti di swap di cui è causa;

d) in ogni caso, condannare parte attrice a rifondere alla convenuta Intesa Sanpaolo S.p.a. le spese, i diritti e gli onorari di causa.

In via istruttoria, respinta ogni eventuale contraria istanza e senza alcuna inversione dell'onere della prova gravante su controparte, si chiede a codesto Ecc.mo Tribunale di volere ammettere i seguenti capitoli di prova testimoniale, con il teste di seguito indicato:

de Cete CB

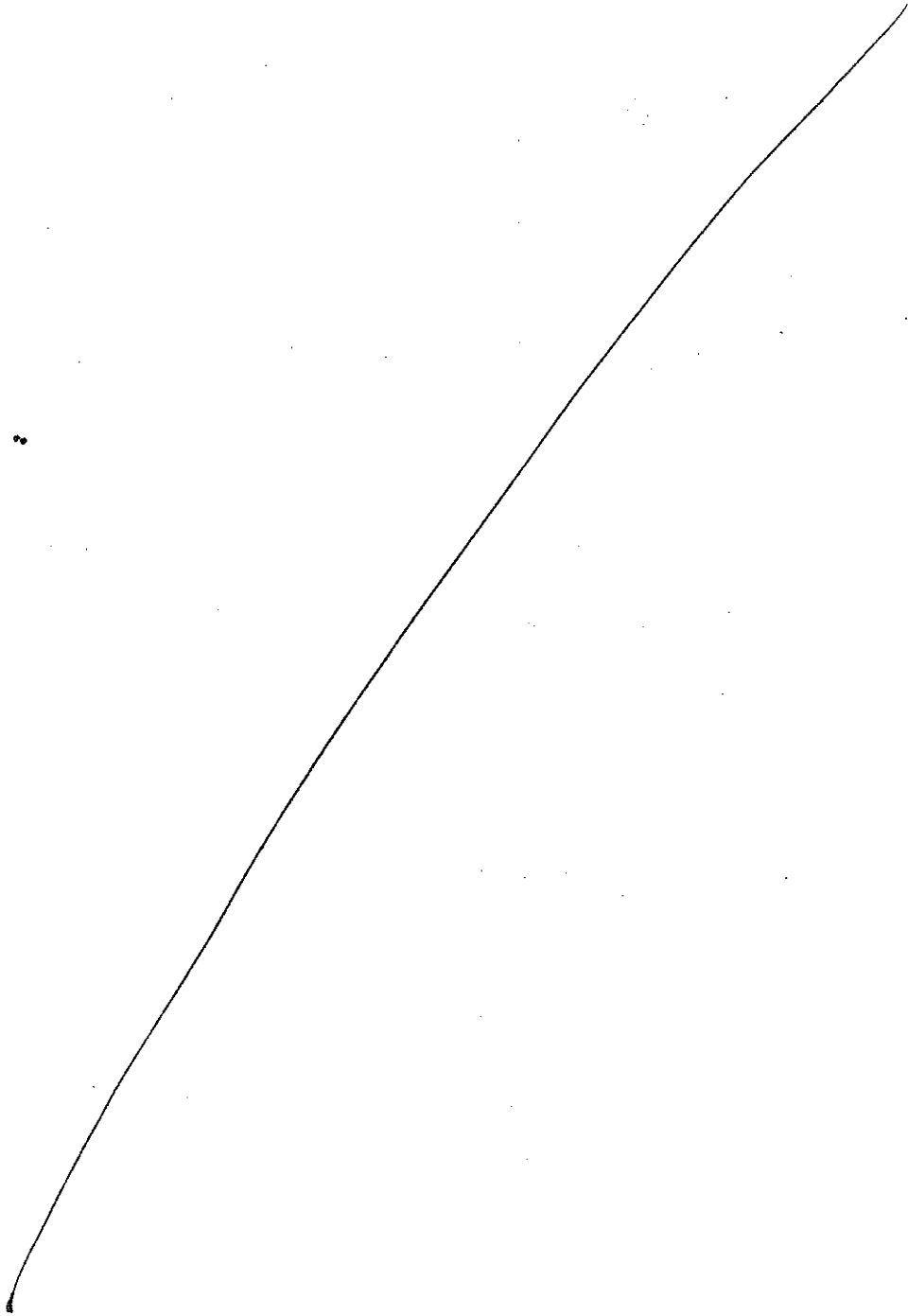
1) vero che, nel febbraio 2004, i termini e le condizioni dei contratti derivati stipulati tra Banca Intesa ed i propri clienti avevano validità dal lunedì mattina fino alle ore 17.00 del giovedì della stessa settimana, salvo chiusura anticipata;

2) vero che il telefax inviato in data 11 febbraio 2004 dal sig. ██████████ al sig. ██████████ faceva seguito ad un incontro avvenuto qualche giorno prima tra gli esponenti della Borelli S.r.l. ed alcuni funzionari di Banca Intesa S.p.a.;

3) vero che la stipula del contratto di interest rate swap del 12

CB

Per il convenuto [REDACTED]:



CP

20

medesimo.

Il dettato normativo è chiaro e non lascia spazio ad interpretazioni; in ogni caso anche la giurisprudenza ha più volte confermato che la mancata notificazione dell'istanza di fissazione udienza nei termini sopra indicati provoca l'estinzione del processo.

Così, ad esempio e solo per citare le più significative, il Tribunale di Ivrea in data 11 novembre 2004, il Tribunale di Bologna il 9 maggio 2006, il Tribunale di Milano alle date 8 febbraio 2005 e 17 marzo 2005, codesto Tribunale Roma in data 18 novembre 2004 (cfr. i relativi provvedimenti. disponibili sul sito www.ilcaso.it) in casi analoghi a quello odierno, hanno dichiarato l'estinzione del giudizio.

Tanto si eccepisce, dunque, in via preliminare.

Sicché la Banca chiede all'Ill.mo Tribunale adito, *contrariis reiectis*,

in via pregiudiziale, dichiarare l'estinzione del giudizio;

in via preliminare, dichiarare, se del caso anche con sentenza parziale ex art. 277, comma 2, c.p.c., l'inammissibilità e/o l'improcedibilità della domanda nei confronti del Sig. [REDACTED] e/o il difetto di interesse ad agire della [REDACTED] e/o la carenza di legittimazione passiva del sig. [REDACTED] medesimo;

in subordine, nel merito, respingere tutte le domande della [REDACTED] nei confronti del Sig. [REDACTED] perché infondate in fatto e in diritto, oltreché non provate;

in estremo subordine, nella denegata ipotesi di accoglimento delle domande della [REDACTED] accertare e dichiarare che unica responsabile di quanto lamentato dalla Parte Attrice è la Intesa San Paolo S.p.A.

in via ulteriormente gradata, condannare la Intesa San Paolo S.p.A. a manlevare e tenere indenne il sig. [REDACTED] da tutte le pretese azionate dalla [REDACTED] in vittoria delle spese di lite."

Roma, 15 maggio 2007

Depositato in Cancelleria
Roma, il 17 MAG. 2007.



IL CANCELLIERE
SILVANO RENZI

(avv. Alessandro Cuggiani)

(avv. Andrea Russo)

FATTO E DIRITTO

Con atto di citazione notificato in data 28/11/2006-11/1/2007 la [redacted] conveniva in giudizio la Intesa Sanpaolo s.p.a. e [redacted] a per sentire "dichiarare la nullità ... dei ... contratti quadro di swap ... nonché degli specifici contratti di interest rate swap" ovvero "la responsabilità contrattuale della Banca", con conseguente condanna dell'istituto bancario delle somme corrisposte, oltre interessi legali e rivalutazione monetaria, e per sentire dichiarare la "responsabilità extracontrattuale ex art. 2043 c.c. del ... [redacted]", con conseguente condanna di quest'ultimo "a risarcir[la del]la somma" pagata alla Intesa Sanpaolo s.p.a.. A sostegno della domanda l'istante esponeva di operare "nel settore edile" e di essere "intestataria sia del ... c/c n. 700311/93 ... con un affidamento per apertura di credito di complessivi € 200.000,00 sia del ... c/c n. 34171/49 ... quale conto anticipo fatture con un affidamento per complessivi € 250.000,00, nonché affidataria della somma di € 50.000,00 <<quale linea di credito per rischi di sostituzione derivanti da operazioni su tassi>>"; che "in ragion della [sua] attività d'impresa [essa], oramai da diversi anni, attinge[va] con costanza dal credito bancario per far fronte alle proprie esigenze di liquidità"; che "a seguito" di comunicazione dell'11/2/2004 di "un responsabile della" banca, "tale ... [redacted]", essa era "stata indotta a stipulare, in data 12.2.2004, un contratto quadro di swap", pur essendo "sprovvista di conoscenze specifiche in tema di strumenti finanziari derivati", atteso che nella predetta comunicazione il [redacted] "[aveva istituito] una improbabile consecutio logico-economica (...) tra la delibera - riguardante un affidamento [da essa] richiesto ... - ... e la sottoscrizione di un contratto quadro avente ad oggetto la negoziazione di strumenti derivati altamente rischiosi (interest rate swap)", "[aveva precisato] che lo strumento derivato da sottoscrivere" scadeva l'indomani e "[l'aveva esortata] al compimento dell'operazione", asserendo che "il momento di mercato [era] adatto"; che "successivamente, in data 18.5.2004, [essa aveva] sottoscritto un nuovo contratto quadro di

swap" nonché, in esecuzione di entrambi i contratti quadro, due specifici contratti di interest rate swap del 12/2/2004 e del 14/6/2004; che tuttavia i predetti contratti erano nulli (c.d. nullità virtuale) per "violazione delle regole di condotta sancite dall'art. 21, primo comma, lett. a, lett. b, lett. c, T.U.F., nonché degli artt. 26-27-28-29 del Regolamento Consob n. 11522/98"; che, inoltre, "la violazione dei doveri comportamentali da parte della [banca] ... costitui[va] anche un chiaro inadempimento del contratto <<a monte>>, la cui <<non scarsa>> importanza (...) giustifica[va] la risoluzione de[i] ... contratti quadro di swap ... e, per l'effetto, ... [degli] specifici contratti di interest rate swap (...) che, dei primi, costitui[vano] attuazione"; che, peraltro, l'istituto bancario non le aveva mai consegnato copia dei contratti sottoscritti, con conseguente nullità degli stessi; che "negli specifici contratti di interest rate swap ... [era] assente un elemento fondamentale di tale tipi di contratti e, cioè, la bilateralità dell'alea"; che, infine, il ██████ era responsabile ex art. 2043 c.c. "per tutte le somme che [essa sarebbe stata] eventualmente tenuta a versare alla" banca ed era "ten[uto] a tener[la] indenne da ogni eventuale pregiudizio, onere o costo comunque connesso e riferito alla presente causa".

Si costituiva la Intesa Sanpaolo s.p.a., eccependo che l'indicazione nella comunicazione dell'11/2/2004 della scadenza "era motivata ... dalla natura dei contratti di swap", tanto che nel periodo in questione, febbraio 2004, "i termini e le condizioni dei contratti derivati tra [essa banca] ed i propri clienti avevano validità dal lunedì mattina fino alle ore 17.00 del giovedì della stessa settimana"; che "la stipula del contratto del 12/2/2004" non era stata "(im)posta ... come <<contropartita>> di una delibera riguardante un affidamento richiesto dalla ██████", atteso che quest'ultima, "già molto tempo prima del febbraio 2004, godeva (...) di fidi per anticipi su fatture e di varie linee di credito per elasticità di cassa in c/c"; che "la documentazione contrattuale ... [era] perfettamente completa e regolare"; che il legale rappresentante della ██████ aveva sottoscritto apposita dichiarazione di "operatore qualificato" e di tale dichiarazione costituivano idonei elementi

oggettivo di riscontro "il fatturato e il patrimonio netto ritraibili dai dati del bilancio" della società e le precedenti operazioni di factoring, di lease-back e di mutuo compiute dall'attrice; che, trattandosi di operatore qualificato, non trovavano applicazione le norme del TUF "invocate da controparte a sostegno delle proprie domande"; che i contratti di interest rate swap conclusi dalla ██████████, erano destinati, il primo, a "fronteggiare il debito complessivo della stessa derivante : i) dal leasing immobiliare del febbraio 2001; ii) dal mutuo fondiario erogato nel marzo 2001 dal Credito Industriale ed Agricolo; iii) dai finanziamenti (...) [da esso istituto bancario] erogati", il secondo, "un debito a breve termine di €. 2.360.000,00"; che l'alea era connaturata ai contratti di swap e gli intermediari, oltre al contratto con il cliente, stipulano anche "un secondo contratto, con altre parti, esattamente speculare rispetto al primo, in modo tale che l'operazione" sia "<<neutra>>", come avvenuto nel caso di specie, tanto che la ██████████, in caso di risoluzione o recesso, era tenuta a corrispondere "gli importi (...) di cui ai contratti sostitutivi"; che la giurisprudenza più recente aveva escluso la sussistenza in materia della c.d. nullità virtuale e che non vi era alcun capitale investito ma tutt'al più un differenziale costituito dalla differenza tra i tassi di interesse considerati in contratto. Chiedeva, pertanto, il rigetto di tutte le domande di parte attrice ed in subordine la condanna della stessa "al pagamento dei costi sostitutivi di cui all'art. 10 del contratto di swap" per cui era causa.

Si costituiva altresì ██████████, eccependo il proprio "difetto di legittimazione passiva", atteso che, con riferimento al primo contratto, "a rispondere del suo operato", peraltro sempre diligente e professionale, era esclusivamente "il suo (ex) datore di lavoro, <<responsabile indiretto>> del presunto comportamento illecito" ex art. 2049 c.c., mentre, con riferimento al secondo contratto, egli non era all'epoca più dipendente della banca; che, in ogni caso, il contratto di swap, per sua stessa natura, "non può che essere valutat[o] alla scadenza, in quanto l'andamento dei tassi di riferimento (...) è in continua

CA

oscillazione", laddove i contratti per cui era causa erano "tuttora in corso", con conseguente "assenza di un danno attuale ... in capo alla parte attrice"; che, infine, non sussisteva alcuna ipotesi di nullità virtuale e/o vizio del consenso. Chiedeva, pertanto, il rigetto delle domande proposte dalla parte attrice ed in subordine la condanna della Intesa Sanpaolo s.p.a. a manlevarlo "da tutte le pretese azionate dalla [REDACTED] Depositata dalle parti memorie di replica ai sensi degli artt. 6 e 7 D. Lvo. n. 5/2003, notificata dalla parte attrice istanza di fissazione di udienza, emesso dal giudice relatore decreto di fissazione di udienza ex art. 12 D. Lvo. n. 5/2003, prodotta documentazione, deferito e raccolto l'interrogatorio formale del convenuto [REDACTED], assunta prova testimoniale, espletata consulenza tecnica d'ufficio, all'udienza del 16/5/2011, esaurita la discussione e precisate le conclusioni, il Collegio ai sensi dell'art. 16, co. 5 D. Lvo n. 5/2003 disponeva con ordinanza il deposito della sentenza nei trenta giorni successivi alla chiusura della discussione.

1. Sull'eccezione di estinzione del giudizio sollevata dal convenuto [REDACTED].

L'eccezione è priva di pregio, considerato che la stessa risulta formulata sul presupposto della "inefficacia" dell'istanza di fissazione di udienza "notificata il 4/5/07 ... stante la contestuale notifica di altra memoria da parte della Banca" (verbale di udienza collegiale del 15/10/2007), laddove - viceversa - l'istanza di fissazione di udienza della parte attrice è stata notificata al Petrarca in data 9/5/2007 ovvero successivamente a quella della "seconda memoria ... ex art. 7 D. Lgs. n. 5/2003" della Intesa Sanpaolo s.p.a., avvenuta il 4/5/2007, e come tale non è affetta da alcuna "inefficacia", essendo intervenuta nei venti giorni dalla "data della notifica dello scritto difensivo delle altre parti al quale [la parte attrice] non [ha inteso] replicare, ovvero dalla scadenza del relativo termine" (art. 8, co. 1 lett. c): nel caso di specie la "seconda memoria ... ex art. 7 D. Lgs. n. 5/2003" della Intesa

Sanpaolo s.p.a., notificata in pari data, 4/5/2007, sia alla parte attrice che al convenuto [REDACTED]).

Va, pertanto, confermata l'ordinanza resa in data 30/11/2007 per le motivazioni ivi addotte.

2. Sulla nullità della procura alle liti dell'Intesa Sanpaolo s.p.a..

Premesso che non può essere attribuita la rappresentanza processuale quando non risulti conferita al medesimo soggetto anche la rappresentanza sostanziale in ordine al rapporto dedotto in giudizio, la procura che conferisca il potere di decidere, a nome della società, le modalità di definizione dei rapporti controversi - quindi anche se transigere, sottoporre la questione al giudice o agli arbitri, o resistere - non può essere interpretata quale conferimento di rappresentanza di ordine meramente processuale, atteso che l'anzidetto potere di scegliere ed attuare la migliore soluzione dei rapporti stessi rivela tipiche caratteristiche sostanziali e negoziali, comprendendo in sé, e precedendo logicamente, quello di costituirsi in giudizio (cfr. Cass. civile nn. 27284/06, 19976/05, 13347/05 e 8421/04).

Ne consegue che, essendo stata investita la procuratrice [REDACTED] altresì del potere "di conciliare e transigere le controversie" e "di definire o prevenire transattivamente le vertenze ... sia giudiziali che stragiudiziali" (vedi documento n. 1 di cui la fascicolo di parte convenuta Intesa Sanpaolo s.p.a.), la procura alle liti rilasciata dalla stessa a margine della comparsa di costituzione non è affetta da alcuna nullità.

3. Sulla nullità "ex art. 1418, primo comma, c.c. ... per violazione dell'art. 21, primo comma, lett. a, lett. b, lett. c, T.U.F., nonché per violazione degli artt. 26-27-28-29 del Regolamento Consob n. 11522/1998" e sull'annullabilità per dolo.

Al riguardo deve precisarsi che la prospettata nullità presuppone la diretta incidenza sugli elementi costitutivi dei negozi intercorsi con la banca della violazione degli obblighi comportamentali gravanti sull'intermediario ai sensi della disciplina di settore nella




stipulazione e/o gestione del singolo ordine di acquisto e specificamente dettati dal D. Lgs. n. 58/98 (T.U.F.) e nel citato regolamento Consob n. 11552 del 1998 (applicabili ratione temporis) e che, con riferimento alla relativa domanda, la parte attrice fa riferimento all'orientamento affermatosi in alcune pronunce di merito in ordine alla sussunzione di tali violazioni nel novero delle nullità virtuali per violazione di norme imperative ex art. 1418 c.c..

Ed invero in tali casi si sostiene che le norme dettate in materia di collocamento di strumenti finanziari dal TUF e dai regolamenti attuativi devono definirsi di ordine pubblico in quanto destinate ad incidere in un settore caratterizzato da rilevanti profili di diritto pubblico (stabilità, competitività e buon funzionamento del sistema finanziario) e volto alla tutela, di natura generale, dei risparmiatori uti singuli e del risparmio collettivo quale elemento dell'economia nazionale, e che esse, di conseguenza, costituiscono un insieme di disposizioni imperative.

E tuttavia il Collegio ritiene di non condividere tale inquadramento teorico.

Il consolidato orientamento interpretativo della Suprema Corte sulle nullità "virtuali" per i contratti stipulati in "contrarietà a norma imperativa" ha, infatti, precisato che la nullità del negozio può essere determinata solo dalla violazione che incide sul contenuto obiettivo dello stesso e non anche da quella relativa alla condotta prenegoziale o esecutiva del contratto posta in essere da taluna delle parti ovvero che la nullità ai sensi dell'art. 1418 c.c. postula che la violazione attenga ad elementi intrinseci della fattispecie negoziale, cioè relativi alla struttura o al contenuto del contratto, per cui l'illegittimità della condotta tenuta nel corso delle trattative per la formazione del contratto, ovvero nella sua esecuzione, non determina la nullità, indipendentemente dalla natura delle norme con le quali sia in contrasto, a meno che questa sanzione non sia espressamente prevista anche in riferimento a detta ipotesi, come nel caso disciplinato dal combinato disposto degli artt. 1469 ter, co. 4 e 1469 quinquies, co. 1 in tema di clausole vessatorie contenute nei c.d.



contratti del consumatore, oggetto di trattativa individuale (vedi Cass. civile nn. 19024/05 e 14234/03).

L'esistenza in materia di adempimenti prescritti a pena di nullità e di altri e distinti obblighi di comportamento parimenti posti a carico degli intermediari non consente allora di ritenere l'intera disciplina dell'intermediazione mobiliare presidiata dalla c.d. nullità virtuale di cui all'art. 1418 c.c., mentre appare opinabile, in considerazione dell'inflessibile principio di legalità e di certezza del diritto, sanzionare indiscriminatamente di nullità (invero il più severo rimedio civilistico) le ipotesi di violazione di norme comportamentali generali che, in quanto prive di specificità, non sono idonee ad individuare precise regole di comportamento cui uniformare la condotta dell'agente.

Non può, pertanto, ritenersi nullo il consenso prestato al singolo investimento ove risulti non osservato l'obbligo informativo, non costituendo l'informazione, come sembra desumersi dall'impianto complessivo della relativa normativa, requisito dell'atto a pena di nullità; al contrario, se si ha riguardo al tenore letterale delle norme dettate per disciplinare l'attività ed i contratti delle società d'intermediazione mobiliare, si constata immediatamente come il legislatore abbia espressamente ipotizzato alcune ipotesi di nullità, afferenti alla forma ed al contenuto pattizio dell'atto (artt. 23, co. 1, 2 e 3 ed art. 24, ult. comma, D. Lgs. n. 58/98). nessuna delle quali appare tuttavia riconducibile alla violazione delle regole di comportamento gravanti sull'intermediario in tema di informazione del cliente e di divieto di operazioni in conflitto d'interessi o inadeguate al profilo patrimoniale del cliente medesimo, situazioni, queste ultime, che il legislatore ha invece evidentemente tenuto in considerazione per i loro eventuali risvolti in tema di responsabilità, laddove ha espressamente posto a carico dell'intermediario l'onere della prova di aver agito con la necessaria diligenza (art. 23, ult. comma D. Lgs. n. 58/98). Né giova appellarsi alla valenza generale dell'interesse alla correttezza del comportamento



degli intermediari finanziari, per i riflessi che ne possono derivare sul buon funzionamento dell'intero mercato. Alla tutela di siffatto interesse sono preordinati il sistema dei controlli facenti capo all'autorità pubblica di vigilanza ed il regime delle sanzioni che ad esso accede, ma nulla se ne può dedurre in ordine alla pretesa nullità dei singoli contratti sul piano del diritto civile, tanto più che questa dovrebbe pur sempre logicamente esser concepita in termini di nullità di protezione, ossia di nullità relativa (come infatti indicano le citate disposizioni del D. Lgs n. 58/98 con riguardo ai casi in cui la nullità è effettivamente contemplata), e già questo, in difetto di qualsiasi norma che espressamente lo preveda, rende problematico ogni ancoraggio alla figura generale della nullità configurata dal primo comma dell'art. 1418 c.c..

Né, infine, tale opzione interpretativa contrasta con le esigenze di tutela dell'investitore sottese alla previsione degli obblighi di cui al D. Lgs. n. 58/98, consentendo comunque il ristoro del pregiudizio patito attraverso l'esperimento dell'azione risarcitoria e/o di risoluzione per inadempimento.

Parimenti è a dirsi per gli obblighi a carico dell'intermediario di non effettuare (oltre che di non consigliare) operazioni inadeguate alla situazione patrimoniale del cliente e di non effettuare operazioni in conflitto di interessi col cliente medesimo: il compimento delle operazioni di cui si tratta, ancorché queste possano a loro volta consistere in atti di natura negoziale (ma è significativo che la norma le definisca col generico termine di "operazioni"), si pone pur sempre come momento attuativo di obblighi che l'intermediario ha assunto all'atto della stipulazione col cliente del "contratto quadro". Il divieto di compiere operazioni inadeguate o in conflitto d'interessi attiene, perciò, anch'esso alla fase esecutiva di detto contratto, costituendo, al pari del dovere d'informazione, una specificazione del primario dovere di diligenza, correttezza e professionalità nella cura degli interessi del cliente. Il modo stesso in cui la norma è formulata e l'esplicito accostamento dei suaccennati doveri di informazione e di cura dell'interesse del cliente,

nel compimento delle singole operazioni, denota come il legislatore abbia qui sempre voluto contemplare obblighi di comportamento precontrattuali e contrattuali, non già regole di validità del contratto (sia esso il contratto d'intermediazione finanziaria o i singoli negozi con cui a quello viene data esecuzione); ed è appena il caso di osservare che, sotto tal profilo, è del tutto irrilevante la circostanza che l'operazione compiuta dall'intermediario sia consistita nel procurarsi da terzi i valori o gli strumenti finanziari ordinatigli dal cliente oppure nel fornirli egli stesso, trattandosi di varianti esecutive che non incidono sull'obbligo di diligenza cui l'intermediario è tenuto e che, ai fini del presente discorso, lasciano intatta la natura esecutiva dell'operazione da lui compiuta. In conclusione la violazione dei doveri d'informazione del cliente e di corretta esecuzione delle operazioni che la legge pone a carico dei soggetti autorizzati alla prestazione dei servizi d'investimento finanziario può dar luogo a responsabilità precontrattuale, con conseguente obbligo di risarcimento dei danni, ove tali violazioni avvengano nella fase precedente o coincidente con la stipulazione del contratto d'intermediazione destinato a regolare i successivi rapporti tra le parti; può invece dar luogo a responsabilità contrattuale, ed eventualmente condurre alla risoluzione del predetto contratto, ove si tratti di violazioni riguardanti le operazioni d'investimento o disinvestimento compiute in esecuzione del contratto d'intermediazione finanziaria in questione. In nessun caso, in difetto di previsione normativa in tal senso, la violazione dei suaccennati doveri di comportamento può però determinare la nullità del contratto d'intermediazione o dei singoli atti negoziali conseguenti, a norma dell'art. 1418, co. 1 c.c. (Cass. civile, sez. un., n. 26724/07).

La violazione da parte dell'intermediario dell'obbligo di informazione lamentata dalla parte attrice non appare, quindi, neppure in linea di principio, idonea a fondare una declaratoria di nullità, mentre, per quanto concerne il profilo dell'"annullabilità" si osserva che, pur volendo ammettere che nella fase prenegoziale la violazione dei doveri di comportamento dell'intermediario sopra ricordati sia idonea ad influire sul consenso della

controparte contrattuale, inquinandolo. appare arduo sostenere che sol per questo il consenso manca del tutto; d'altronde dall'espletata istruttoria non sono emersi elementi tali da comprovare la sussistenza nel caso di specie delle condizioni previste dagli artt. 1427 e segg. c.c..

4. Sulla nullità "per violazione dell'art. 117, primo comma, del T.U.B. e dell'art. 23, primo comma, del T.U.F. per la mancata consegna di copia del contratto".

La censura non ha pregio, atteso che, a fronte della documentazione prodotta dalla parte convenuta Intesa Sanpaolo s.p.a. e delle dichiarazioni sottoscritte dalla stessa parte attrice di avvenuta ricezione di copia dei contratti, la [REDACTED] si è limitata ad affermare che "il contratto di <<negoziazione, ricezione e trasmissione ordini>> ... non è mai stato consegnato ... nonostante l'avvenuta sottoscrizione" delle predette dichiarazioni e che ciò sarebbe stato "dimostrato durante l'espletamento dell'istruttoria" (pagg. 5 e 6 della memoria di replica ex art. 7, co. 2 D. Lgs. n. 5/03), laddove sul punto nessuna attività istruttoria è stata svolta.

5. Sulla nullità "per difetto di causa ex art. 1325 c.c. per l'assenza di alea nei confronti della" Intesa Sanpaolo s.p.a. "rispetto alla natura del contratto".

Al riguardo si osserva che il contratto di swap può essere definito un contratto nominato, ma atipico in quanto privo di disciplina legislativa (ovvero solo socialmente tipico), a termine, consensuale, oneroso e aleatorio, contraddistinto dallo scambio a scadenze prefissate dei flussi di cassa prodotti dall'applicazione di diversi parametri ad uno stesso capitale di riferimento (c.d. nozionale), e la sua funzione consiste nella copertura di un rischio mediante un contratto aleatorio, con la finalità di depotenziare le incertezze connesse ai costi dei finanziamenti (in pratica la posta passiva derivante dall'aumento del tasso variabile relativo al finanziamento dovrebbe essere, nella prospettiva del cliente, neutralizzata dalla posta attiva costituita dal rapporto tra tasso fisso e tasso variabile nel rapporto di swap; se però il tasso di interesse anziché aumentare crolla, ciò rappresenta un



indubbio vantaggio quanto al rapporto di finanziamento, ma nell'ambito dello swap è il cliente a dover versare la differenza alla banca e l'ammontare della perdita è direttamente proporzionale al livello di abbassamento del tasso).

Ed è proprio con riferimento a tale schema contrattuale atipico che viene in rilievo il concetto di causa del contratto che, secondo la più recente giurisprudenza di legittimità, va individuata nella c.d. causa "concreta" ovvero lo scopo pratico del negozio, la sintesi, cioè, degli interessi che lo stesso è concretamente diretto a realizzare, quale funzione individuale della singola e specifica negoziazione, al di là del modello astratto utilizzato (cfr. Cass. civile nn. 10490/06 e 23941/09).

Orbene, nel caso di specie, a fronte del modello astratto di contratto di swap sopra delineato, la parte attrice lamenta la nullità dei contratti di interest rate swap stipulati per "difetto di causa ex art. 1325 c.c. per l'assenza di alea nei confronti della" banca "rispetto alla natura del contratto", adombrando implicitamente l'incapacità degli schemi negoziali in questione di realizzare la funzione di copertura del rischio.

E tuttavia gli unici elementi in concreto evidenziati dalla [REDACTED] quali indici della deviazione dei contratti di interest rate swap dal tipo sociale sul piano della causa concreta sono gli artifici ed i raggiri posti in essere dalla Intesa Sanpaolo s.p.a. al fine di ottenere la pronta conclusioni degli accordi contrattuali, "falsamente prospettando un'operazione di investimento a rendimento agganciato a tassi di interesse", la mancanza di adeguate informazioni e di un'"analisi della situazione finanziaria del cliente" da parte dell'istituto bancario (pag. 7 dell'atto di citazione), la futura e prevedibile diminuzione dei tassi di interesse, con conseguente "notevol[e] vantaggi[o]" per la banca e "possibilità di guadagno sempre minori" per essa cliente, e l'esistenza di addebiti a proprio carico (pag. 26 e 33 dell'atto di citazione), laddove, viceversa, l'individuazione delle caratteristiche tecnico-finanziarie di un derivato va condotta sotto molteplici profili, quali ad esempio eventuali incongruenze nei livelli dei tassi e/o applicazione di commissioni implicite tali da incidere



sul costo complessivo dell'operazione.

I lamentati "difetto di causa ex art. 1325 c.c." ed "assenza di alea" devono, pertanto, ritenersi mere affermazioni di parte.

6. Sulla risoluzione per inadempimento contrattuale.

A fronte dell'inadempimento lamentato dalla parte attrice e consistente, in buona sostanza, nella mancata, adeguata informazione da parte dell'istituto bancario sulla natura complessa e rischiosa degli strumenti finanziari per cui è causa, si rileva che il legale rappresentante della ██████████ ha espressamente dichiarato ex art. 31 reg. Consob n. 11522/98, con atto separato rispetto al testo contrattuale, che la società è in possesso di una specifica competenza ed esperienza in materia di operazioni in strumenti finanziari.

L'art. 31 reg. Consob n. 11522/98, infatti, definisce come operatore qualificato, tra gli altri soggetti, anche "ogni società o persona giuridica in possesso di una specifica competenza ed esperienza in materia di operazioni in strumenti finanziari espressamente dichiarata per iscritto dal legale rappresentante". Quindi, in base alla citata disposizione regolamentare, la natura di operatore qualificato discende dalla contemporanea presenza di due requisiti: uno di natura sostanziale, vale a dire l'esistenza della specifica competenza ed esperienza in materia di operazioni in valori mobiliari in capo al soggetto (società o persona giuridica) che intenda concludere un contratto avente ad oggetto operazioni su detti valori; l'altro, di carattere formale, costituito dalla espressa dichiarazione di possedere la competenza ed esperienza richieste, sottoscritta dal soggetto medesimo.

Ed evidente è la ratio della norma in esame, volta a richiamare l'attenzione del cliente circa l'importanza della dichiarazione ed a svincolare l'intermediario dall'obbligo generalizzato di compiere uno specifico accertamento di fatto sul punto, tenuto anche conto che nella disposizione in esame non si rinviene alcun riferimento alla rispondenza tra il contenuto della dichiarazione e la situazione di fatto effettiva e non è previsto a carico dell'intermediario alcun onere di riscontro della veridicità della dichiarazione,

ric conducendo invece alla responsabilità di chi amministra e rappresenta la società dichiarante gli effetti di tale dichiarazione.

Ciò comporta che, in mancanza di elementi contrari emergenti dalla documentazione già in possesso dell'intermediario in valori mobiliari, la semplice dichiarazione, sottoscritta dal legale rappresentante, che la società dispone della competenza ed esperienza richieste in materia di operazioni in valori mobiliari - pur non costituendo dichiarazione confessoria, in quanto volta alla formulazione di un giudizio e non all'affermazione di scienza e verità di un fatto obiettivo (art. 2730 c.c.; cfr. Cass. civile nn. 1662/73, 5025/81, 16127/02 e 13212/06) - esonera l'intermediario stesso dall'obbligo di ulteriori verifiche sul punto e, in carenza di contrarie allegazioni specificamente dedotte e dimostrate dalla parte interessata, può costituire argomento di prova che il giudice - nell'esercizio del suo discrezionale potere di valutazione del materiale probatorio a propria disposizione ed apprezzando il complessivo comportamento extraprocessuale e processuale delle parti (art. 116 c.p.c.) - può porre a base della propria decisione, anche come unica e sufficiente fonte di prova in difetto di ulteriori riscontri, per quanto riguarda la sussistenza in capo al soggetto che richieda di compiere operazioni nel settore dei in valori mobiliari dei presupposti per il riconoscimento della sua natura di operatore qualificato ed anche ai fini dell'accertamento della diligenza prestata dall'intermediario.

Inoltre, nel caso di asserita discordanza tra il contenuto della dichiarazione e la situazione reale da tale dichiarazione rappresentata, grava su chi detta discordanza intenda dedurre, al fine di escludere la sussistenza in concreto della propria competenza ed esperienza in materia di valori mobiliari, l'onere di provare circostanze specifiche dalle quali desumere la mancanza di detti requisiti e la conoscenza da parte dell'intermediario mobiliare delle circostanze medesime, o almeno la loro agevole conoscibilità in base ad elementi obiettivi di riscontro, già nella disponibilità dell'intermediario stesso o a lui risultanti dalla documentazione prodotta dal cliente (vedi Cass. civile n. 12138/09).



Nel caso di specie, tuttavia, la parte attrice si è limitata ad affermare che la dichiarazione in questione “rappresenta, in realtà, una mera clausola di stile imposta dalla banca con artifici”, che l’istituto bancario “non si è preoccupat[o] di raccogliere le informazioni necessarie, con particolare riferimento all’esperienza nel campo degli investimenti finanziari della propria cliente” e che il proprio legale rappresentante “[si è avvalso] ... di esperti in consulenza finanziaria che [ha] all’uopo individuato nei responsabili” della banca “verso i quali ... ha riposto la massima fiducia” (pagg. 5, 24 e 25 dell’atto di citazione), senza fornire alcun idoneo elemento di prova in ordine all’esistenza di artifici e raggiri ovvero di specifiche circostanze che consentano di escludere la sua qualità di operatore qualificato o, comunque, la propria competenza ed esperienza nel campo delle operazioni in valori mobiliari, ed alla conoscenza o conoscibilità di tali circostanze da parte della banca intermediaria.

Né la dichiarazione in questione appare mera clausola di stile, atteso che la stessa non figura inserita nell’ambito del testo negoziale ed è piuttosto articolata nel contenuto, facendosi riferimento alla struttura organizzativa della società ed alla specifica qualificazione professionale del personale addetto alla gestione degli strumenti finanziari.

Rientrando, pertanto, la fattispecie in esame nell’ambito di previsione dell’art. 31 reg. Consob n. 11522/98 e non trovando applicazione gli artt. 26, 27, 28 e 29 del medesimo regolamento, non sussiste alcuno degli inadempimenti lamentati dalla parte attrice.

7. Sulla “responsabilità extracontrattuale ex art. 2043 c.c. del” [REDACTED].

Le considerazioni sopra svolte escludono altresì la sussistenza di un comportamento illecito del [REDACTED] dipendente della Intesa Sanpaolo s.p.a., nonché degli ulteriori elementi connotanti la struttura dell’illecito aquiliano e segnatamente del nesso causale tra la condotta tenuta dal convenuto e l’evento dannoso lamentato dalla parte attrice.

Restano assorbite tutte le ulteriori questioni prospettate dalle parti.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo. Quanto alle spese di ctu, esse vanno poste definitivamente a carico della parte attrice.

P. Q. M.

il Tribunale di Roma – Sezione XI Civile, definitivamente pronunciando sulla domanda proposta dalla [redacted] nei confronti della Intesa Sanpaolo s.p.a. e di [redacted], così provvede:

- rigetta la domanda;
- condanna la parte attrice al pagamento, in favore della convenuta Intesa Sanpaolo s.p.a., delle spese di giudizio che si liquidano in complessivi €. 6.034,50, di cui €. 20,00 per spese, €. 1.994,00 per diritti e €. 4.020,50 per onorari, oltre IVA e CPA come per legge e rimborso spese generali ex art. 14 t.f.;
- condanna la parte attrice al pagamento, in favore del convenuto [redacted], delle spese di giudizio che si liquidano in complessivi €. 3.685,00, di cui €. 15,00 per spese, €. 1.740,00 per diritti e €. 1.930,00 per onorari, oltre IVA e CPA come per legge e rimborso spese generali ex art. 14 t.f.;
- pone le spese di ctu definitivamente a carico della parte attrice.

Roma, così deciso nella camera di consiglio del 14/06/11

Il Presidente

Dott. Maurizio Manzi

Maurizio Manzi

Funzionario di Cancelleria
Dott.ssa Vania MAZZA

DIR. AMM

[Signature]

Il Giudice estensore

Dott.ssa Caterina Bordo

Caterina Bordo

TRIBUNALE ORDINARIO DI ROMA
Depositato in Cancelleria



Roma, il 14/06/2011

Funzionario di Cancelleria
Dott.ssa Vania MAZZA

DIR. AMM

[Signature]