

C. U. = X 2 X X



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

La Corte d'Appello di Brescia, Sezione Prima civile, composta dai Sigg.:

Dott. Antonietta Miglio	Presidente
Dott. Luciano Spina	Consigliere
Dott. Fernando D'Amico	Consigliere rel.

Sent. N. 922/17
Cron. N. =
Rep. N. 895
R. Gen. N. 895/2013
Camp. Civ. N. =

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile n. 895 /2013 R.G. promossa con atto di citazione notificato in data 13-09-2013 nn. 487-488-489-490 reg. Cron. del procuratore, avv. G. Ferrini, abilitato alla notifica in proprio e **posta in decisione all'udienza collegiale del 26/10/2016**

OGGETTO:

Bancari (deposito bancario, cassetta di sicurezza, apertura di credito bancario)

da
SPA, rappresentata e difesa dall'avv.
e dall'avv. (),
, VERONA; elettivamente domiciliato in VIA (25121)
BRESCIA presso il difensore avv. , come da procura
in atti.

APPELLANTE

c o n t r o

S.P.A., in persona del suo legale rapp.te, giusta procura in
atti, rappresentata e difesa dall'avv. del foro di
Brescia, elettivamente domiciliata presso il suo studio in (25121) Brescia alla
via

APPELLATA ED APPELLANTI INCIDENTALI

e rappresentati e
difesi dall'avv. e dall'avv.
(), elettivamente domiciliati in VIA (25121)
BRESCIA presso il difensore avv. , còme da procura
in atti.

APPELLATI ED APPELLANTI INCIDENTALI

In punto: appello a sentenza del Tribunale di Brescia in data 05-03-2013
n.863/2013, pubblicata il 06-03-2013.

CONCLUSIONI

Dell'appellante

- In via pregiudiziale d'urgenza

Per i motivi esposti nell'istanza formulata con l'atto di citazione, sospendersi,
ai sensi degli artt. 283 e ss. c.p.c., con effetto immediato, l'esecutività e/o
l'esecuzione della sentenza impugnata ed indicata nell'atto di citazione, n.

863/13 Ordin., R.G. contenzioso n. 15417/10, Cron. 1000/13, Rep. 2043/13,
emessa in data 05.03.2013, dep. 06.03.2013, Giudice Onorario Dott.

del Tribunale di Brescia e, conseguentemente, altresì ordinarsi alla
società S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore,
di restituire l'importo di Euro 1.103.438,92=, ricevuto dalla Banca in
esecuzione coattiva dell'ordinanza-ingiunzione ex art. 186-ter c.p.c. di cui in
atti, di cui si chiede parimenti, per quanto di occorrenza, la sospensione, con
interessi e rivalutazione dal giorno del pagamento al saldo;

- Nel merito

Voglia la Corte Ecc.ma, disporre l'integrale riforma della sentenza impugnata
per i motivi dedotti in atti e, in ogni caso, in riforma integrale ed a revoca
dell'ordinanza ex art. 186-ter c.p.c. pronunciata in data 19.12.2011 dal Giudice
Onorario del Tribunale di Brescia, Dott.

conseguentemente, ordinarsi alla società S.p.A., in persona del
legale rappresentante pro tempore, di restituire l'importo di Euro
1.103.438,92= corrisposto dalla Banca in esecuzione coattiva dell'ordinanza-
ingiunzione ex art. 186-ter c.p.c. di cui in atti, oltre interessi e rivalutazione
dalla data del pagamento e salvo il maggior danno;

- comunque respingersi per la loro infondatezza in fatto ed in diritto e/o
inammissibilità, tutte le domande proposte da S.p.A., comprese
quelle svolte in sede di appello incidentale, anche subordinato, con l'integrale
rifusione delle spese di lite.

Ogni diversa e contraria domanda, eccezione, istanza, anche istruttoria, respinta, per le ragioni esposte in narrativa del presente atto, così giudicare:

A.

IN RELAZIONE ALLE DOMANDE CONCERNENTI I CONTRATTI DI SWAP.

1) In via pregiudiziale dichiararsi il difetto di competenza del Tribunale di Brescia adito e dell'Autorità Giudiziaria ordinaria, essendo la controversia dedotta devoluta al giudizio di un Collegio Arbitrale così come previsto dalle parti nel "Contratto normativo relativo ad operazioni di "Interest rate swap" con operatori qualificati" (doc. 5 Banca, che comprende anche l'analogo contratto normativo per operazioni di Interest rate cap, interest rate floor e Interest rate collar con operatori qualificati), il cui art. 15 devolveva, al comma 2, ogni contestazione disputa o controversia ad un Collegio di tre arbitri il quale giudicherà in via rituale procedendo ai sensi degli artt. 816 e segg. cpc.

Tale contratto normativo risulta concluso il 29.03.2005 tra l'attrice

S.p.A. e

S.p.A., così come specificato in

citazione;

2) In via subordinata, nella denegata ipotesi di mancato accoglimento della eccezione di incompetenza per devoluzione della controversia ad arbitri, nel merito:

- disporsi la separazione della causa proposta dalla

S.p.A. nei

confronti di

S.p.A. da quella proposta dalla medesima Società attrice

nei confronti dei dipendenti della Banca, sig. _____ e sig. _____

_____, come in atti generalizzati, difettando i presupposti di comunanza di causa per un litisconsorzio facoltativo e comunque ex art. 103 c.p.c.;

- comunque respingersi per la loro infondatezza in fatto ed in diritto e/o inammissibilità, tutte le domande proposte da _____ S.p.A., comprese quelle svolte in sede di appello incidentale, anche subordinato, con l'integrale rifusione delle spese di lite.

- in via subordinata nel merito, per mero scrupolo di difesa, nella denegata ipotesi di accoglimento delle domande attoree, condannarsi la società attrice,

_____ in persona del legale rappresentante pro tempore, a restituire alla Banca convenuta, tutte le somme dalla medesima incassate in forza dei contratti per cui è causa, maggiorate di interessi e rivalutazione monetaria dalla data di incasso a quelle della restituzione; condannarsi inoltre la suddetta società attrice _____ al risarcimento dei danni cagionati alla Banca convenuta, o comunque a concorrere alle conseguenze economiche delle illegittimità contestate anche sotto il profilo della concorso di colpa, art. 1227 c.c. e per non essersi la medesima società attrice attivata per evitare e/o ridurre

l'asserito danno, per le ragioni dedotte in narrativa;

disporsi la compensazione tra le somme reciprocamente dovute.

- Dichiararsi in ogni caso la nullità della CTU compiuta dal dott. _____

_____ per le ragioni esposte.

- Condannarsi la S.p.A. ex art. 96 e 91 c.p.c. al risarcimento del danno in favore di S.p.A., da liquidarsi, anche d'ufficio e comunque ad una somma equitativamente determinata.

- nel merito, condannarsi la società attrice, in persona del legale rappresentante pro tempore, a rifondere alla Banca convenuta le spese di causa già pagate per il primo grado e la fase ingiuntiva, nonché al pagamento delle spese relative ai due gradi di giudizio, comprensive di IVA, CPA e contributo forfetario di rimborso di spese generali.

- in ogni caso, annullarsi e/o revocarsi il decreto emesso in data 14.04.2002, depositato il 08.08.2013, dal dott. , Giudice Unico della causa rep. n. 15417/2010 RG, Tribunale di Brescia, il quale attribuiva al CTU dott. le seguenti somme:

- € 405,80= a titolo di rimborso spese;

- € 73.500,00= a titolo di onorario oltre IVA, oneri previdenziali ed altri accessori di legge (doc. 10), cancellando ogni attribuzione di ordine economico al CTU dott. e comunque sollevando la Banca da ogni onere nei suoi confronti.

In via subordinata, dato atto che la Banca, in ossequio alla sentenza 13.12.2013 del Tribunale di Brescia (doc. 15), adito ex art. 702-bis c.p.c. in opposizione al decreto di liquidazione delle spese al CTU Dott. ha corrisposto al medesimo CTU la somma di € 32.497,72= (doc. 16), liquidarsi le competenze al CTU dott. nella misura minima, tenendo conto

dei criteri di legge, secondo le indicazioni di cui in ricorso ex art. 702-bis c.p.c. (doc. 11), sollevando in ogni caso la Banca da qualsivoglia onere.

In via istruttoria, si chiede di essere abilitati a prova contraria nella denegata ipotesi di ammissione dei capitoli avversari, peraltro inammissibili nella loro dedotta formulazione.

Previa dichiarazione di nullità della CTU espletata in primo grado dal Dott.

e comunque in accoglimento delle istanze proposte dalla Banca, si chiede prova per testi sulle circostanze di cui in narrativa e sui seguenti capitoli:

1. “Vero che, con riferimento ai fatti per cui è causa, ho illustrato alla società attrice S.p.A. i contratti di swap per cui è causa, che mi si rammostrano, prima della loro conclusione, esponendo caratteristiche, vantaggi e svantaggi delle singole operazioni, mantenendo la situazione monitorata, d’intesa con gli specialisti di prodotto, al fine di assicurare i necessari aggiornamenti e suggerimenti.”;

2. “Vero che, con riferimento al capitolo di prova precedente, i contratti per cui è causa sono stati illustrati al legale rappresentante dell’attrice S.p.A.”;

3. “Vero che, con riferimento a ciascuna delle operazioni di swap per cui è causa, i cui contratti mi vengono rammostrati, ho illustrato alla società attrice S.p.A. lo strumento finanziario prima della sua conclusione, esponendo caratteristiche, vantaggi e svantaggi delle singole operazioni,

mantenendo la situazione monitorata, d'intesa con gli specialisti di prodotto, al fine di assicurare i necessari aggiornamenti e suggerimenti.”;

4. “Vero che con riferimento al capitolo di prova precedente è stato spiegato in particolare in che ipotesi la regolamentazione dei differenziali sarebbe stata favorevole per la società attrice ed in quali invece per la banca”;

5. “Vero che tutte le operazioni di swap per cui è causa furono richieste dall'attrice S.p.A.”;

6. “Vero che, con riferimento ai capitoli di prova precedenti, i contratti per cui è causa sono stati illustrati al legale rappresentante della S.p.A. all'epoca dei contratti per cui è causa, alla presenza anche del Dott.

consulente finanziario della ”.

Si indicano a testi:

, , ,
, , ,
, e . tutti presso Banca

s.p.a. all'epoca dei fatti, anche a prova contraria, con riserva di ulteriore integrazione.

B.

IN MERITO ALLE CONTESTAZIONI RIGURDANTI I RAPPORTI DI
CONTO CORRENTE.

Confermarsi il capo di sentenza riguardante i rapporti di conto corrente e comunque respingersi tutte le domande, richieste ed istanze anche istruttorie della S. p. A., con condanna della controparte alla rifusione

delle spese, sia del primo che del secondo grado di giudizio.

Dell'appellata ed appellante incidentale

In via preliminare: accertarsi e dichiararsi la tardività dell'appello incidentale proposto dai signori _____ ed _____ ai sensi dell'art. 327 c.p.c. e, per l'effetto, dichiararsi l'inammissibilità del medesimo ed il conseguente passaggio in giudicato, nei loro confronti, della sentenza.

In via preliminare in relazione alle modifiche operate dalle controparti nei fogli di precisazione delle conclusioni prodotti all'udienza di precisazione delle conclusioni del 26.10.2016: accertarsi e dichiararsi, per i motivi tutti esposti in narrativa: l'inammissibilità ex art. 345, 1° comma, c.p.c. delle domande nuove formulate da parte appellante in sede di precisazione delle conclusioni; l'inammissibilità ex art. 345, 3° comma, c.p.c. dei nuovi documenti prodotti da parte appellante in sede di precisazione delle conclusioni; l'inammissibilità per contrasto con precedente giudicato e/o per carenza di interesse ad agire della domanda formulata da parte appellante di rideterminazione del compenso liquidato in favore del C.T.U. Dott.

di cui al decreto emesso in primo grado in data 14.04.2012 ed alla successiva ordinanza emessa all'esito del giudizio ex art. 702 *bis* c.p.c. n. 15055/2013 r.g. Tribunale di Brescia.

In via preliminare, subordinata: nella denegata ipotesi in cui non venisse dichiarato inammissibile l'appello incidentale proposto dai signori

ed _____, accertarsi e dichiararsi, per i motivi tutti
esposti in narrativa:

- l'inammissibilità delle domande formulate dai convenuti sigg.

ed _____ in assenza di legittimazione e/o interesse ad
agire e, in subordine: l'inammissibilità ex art. 345, 1° comma, c.p.c. delle
nuove domande dai medesimi formulate in sede di precisazione delle
conclusioni e l'inammissibilità per contrasto con precedente giudicato della
domanda formulata dai convenuti di rideterminazione del compenso liquidato
in favore del C.T.U. Dott. _____ di cui al decreto emesso in primo
grado in data 14.04.2012 ed alla successiva ordinanza emessa all'esito del
giudizio ex art. 702 *bis* c.p.c. n. 15055/2013 r.g. Tribunale di Brescia;

- l'inammissibilità ex art. 345, 3° comma, c.p.c., dei nuovi documenti prodotti
dai convenuti sigg. _____ ed _____ in sede di
precisazione delle conclusioni;

- la rinuncia dei convenuti sigg. _____ ed _____
alle domande di condanna di _____ S.p.a. al risarcimento del danno ex
artt. 96 e 91 c.p.c., nonché di esonero dei convenuti medesimi dall'obbligo di
pagamento delle competenze del CTU Dott. _____ di cui al decreto di
liquidazione emesso in primo grado in data 14.04.2012.

In via subordinata e nel merito: nella denegata ipotesi in cui non venisse
dichiarato inammissibile l'appello incidentale proposto dai signori

ed _____ rigettare il medesimo e, conseguentemente,

confermarsi i capi della sentenza n. 863/2013 emessa dal Tribunale di Brescia in data 05.03.2013 impugnati dai predetti convenuti;

In via principale e nel merito: rigettarsi l'appello proposto da S.p.a. e, conseguentemente, confermarsi i capi della sentenza n. 364/2012 emessa dal Tribunale di Brescia in data 30.01.2012 impugnati dalla parte appellante.

In via incidentale: confermata la invalidità e/o nullità dei contratti di *swap* e/o collocamento dei derivati tutti intervenuti tra le parti, in parziale riforma della sentenza impugnata n. 863/2013 emessa dal Tribunale di Brescia in data 5.03.2013, condannarsi S.p.a. alla restituzione delle somme tutte addebitate alla S.p.a. pari ad euro 6.401.219,28, ovvero della diversa somma che emergerà nel corso di causa, in ogni caso superiore ad euro 1.491.751,74, oltre agli interessi legali ed alla rivalutazione monetaria dai rispettivi addebiti al saldo.

In via incidentale ulteriore: in parziale riforma della sentenza impugnata n. 863/2013 emessa dal Tribunale di Brescia in data 5.03.2013, accertata e dichiarata l'invalidità, illegittimità e/o nullità del contratto di mutuo stipulato in data 21.6.2006 a mezzo rogito Notaio Calini n. 79311 rep., n. 21437 racc., condannarsi S.p.a. a restituire alla S.p.a. tutte le somme dalla stessa pagate in virtù di detto contratto; in subordine condannarsi S.p.a. al risarcimento del danno patito dalla S.p.a. a seguito della stipula del mutuo, nella misura che verrà determinata in corso di causa anche secondo la liquidazione equitativa dell'adita Corte.

In via incidentale subordinata: nella denegata e non creduta ipotesi in cui l'adita Corte non ritenesse integrate le ipotesi di nullità riconosciute dal Giudice di prime cure accogliersi le ulteriori domande formulate nel giudizio di primo grado, anche in via subordinata, dalla S.p.a. e nella specie:

- riconoscersi e dichiararsi la invalidità, nullità, l'illegittimità, dei contratti di *swap* e/o collocamento dei derivati tutti intervenuti tra le parti di cui in narrativa per gli ulteriori motivi esposti nella presente comparsa di costituzione e risposta e per l'effetto condannarsi S.p.a. alla restituzione delle somme tutte addebitate all'attrice pari ad euro 6.401.219,28, ovvero della minore o maggior somma che emergerà nel corso di causa, oltre agli interessi legali ed alla rivalutazione monetaria dai rispettivi addebiti al saldo;

- in via subordinata, riconoscersi e dichiararsi l'annullamento dei contratti di *swap* e/o collocamento dei derivati tutti intervenuti tra le parti di cui in narrativa e per l'effetto condannarsi S.p.a. alla restituzione delle somme tutte addebitate alla S.p.a. pari ad euro 6.401.219,28, ovvero della minore o maggior somma che emergerà in corso di causa, oltre agli interessi legali ed alla rivalutazione monetaria dai rispettivi addebiti al saldo;

- in via ulteriormente subordinata, riconoscere e dichiarare il grave inadempimento delle controparti S.p.a.,

, per tutti i comportamenti posti in essere all'atto della negoziazione e del collocamento dei contratti di *swap* di cui in narrativa e conseguentemente: a) risolvere i contratti di *swap* di cui in narrativa nonché per l'effetto condannare le predette controparti, in solido tra loro, alla restituzione delle somme tutte addebitate alla S.p.a. pari ad euro 6.401.219,28 ovvero della minore o maggior somma che emergerà in corso di causa, oltre agli interessi legali ed alla rivalutazione monetaria dai rispettivi addebiti al saldo; b) e comunque ed in ogni caso condannare i le predette controparti, in solido tra loro, al risarcimento del danno pari alla somma addebitata dalla banca;

- in via estremamente subordinata, condannarsi le controparti S.p.a., ed , in solido tra loro, alla ripetizione in favore della S.p.a. della somma di euro 6.401.219,28 ovvero nella maggiore o minore somma che verrà determinata nel corso del giudizio anche secondo la valutazione equitativa dell'adita Corte, quale indebito, illegittimo ed ingiustificato arricchimento.

In via incidentale subordinata: nella denegata e non creduta ipotesi in cui l'adita Corte ritenesse di revocare il capo della sentenza di primo grado che dichiara la nullità dei contratti derivati di cui è causa e condanna alle conseguenti restituzioni, voglia l'adita Corte d'Appello ritenere l'assenza di alcun rischio di duplicazione della condanna restitutoria e di quella risarcitoria e, per l'effetto, condannare S.p.a. ed i signori ed

in solido tra loro ed in proporzione alle rispettive responsabilità, al risarcimento del danno in favore di S.p.a. per l'importo di euro 6.401.219,28 o quantomeno di euro 1.491.751,74, oltre interessi e rivalutazione monetaria, e comunque nella maggiore o minore somma che verrà determinata nel corso del giudizio anche secondo la valutazione equitativa del Giudice;

In via incidentale subordinata: nella denegata e non creduta ipotesi in cui l'adita Corte non ritenesse integrate le condotte illecite poste in essere dalle controparti tutte in danno della S.p.a., così come accertate nella sentenza impugnata n. 863/2013, accertare e dichiarare che la condotta delle controparti S.p.a., ed ha integrato un illecito civile e/o penale per gli ulteriori motivi esposti nella presente comparsa di costituzione e risposta e per l'effetto condannare le predette controparti, in solido tra loro, al risarcimento dei danni tutti subiti dalla S.p.a., sin d'ora quantificabili sotto il profilo patrimoniale nella complessiva misura di euro 6.401.219,28, corrisposta per i contratti *swap* di cui in oggetto, o quantomeno dell'importo di euro 1.491.751,74, oltre interessi e rivalutazione monetaria, e comunque nella maggiore o minore somma che verrà determinata nel corso del giudizio anche secondo la valutazione equitativa dell'adita Corte.

In ogni caso: con vittoria delle spese e competenze di entrambi i gradi di giudizio, oltre a c.p.a. 4% ed i.v.a. 22% ove dovute per legge.

Degli altri appellati ed appellanti incidentali

- In via pregiudiziale d'urgenza

Per i motivi esposti nell'istanza formulata con l'atto di citazione, sospendersi, ai sensi degli artt. 283 e ss. c.p.c., con effetto immediato, l'esecutività e/o l'esecuzione della sentenza impugnata ed indicata nell'atto di citazione, n. 863/13 Ordin., R.G. contenzioso n. 15417/10, Cron. 1000/13, Rep. 2043/13, emessa in data 05.03.2013, dep. 06.03.2013, Giudice Onorario Dott.

del Tribunale di Brescia e, conseguentemente, altresì ordinarsi alla società S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, di restituire l'importo di Euro 1.103.438,92=, ricevuto dalla Banca in esecuzione coattiva dell'ordinanza-ingiunzione ex art. 186-ter c.p.c. di cui in atti, di cui si chiede parimenti, per quanto di occorrenza, la sospensione, con interessi e rivalutazione dal giorno del pagamento al saldo;

- Nel merito

Voglia la Corte Ecc.ma, disporre l'integrale riforma della sentenza impugnata per i motivi dedotti in atti e, in ogni caso, in riforma integrale ed a revoca dell'ordinanza ex art. 186-ter c.p.c. pronunciata in data 19.12.2011 dal Giudice Onorario del Tribunale di Brescia, Dott.

conseguentemente, ordinarsi alla società S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, di restituire l'importo di Euro 1.103.438,92= corrisposto dalla Banca in esecuzione coattiva dell'ordinanza-

ingiunzione ex art. 186-ter c.p.c. di cui in atti, oltre interessi e rivalutazione dalla data del pagamento e salvo il maggior danno;

- comunque respingersi per la loro infondatezza in fatto ed in diritto e/o inammissibilità, tutte le domande proposte da S.p.A., comprese quelle svolte in sede di appello incidentale, anche subordinato, con l'integrale rifusione delle spese di lite.

Ogni diversa e contraria domanda, eccezione, istanza, anche istruttoria, respinta, per le ragioni esposte in narrativa del presente atto, così giudicare:

A.

IN RELAZIONE ALLE DOMANDE CONCERNENTI I CONTRATTI DI SWAP.

1) In via pregiudiziale dichiararsi il difetto di competenza del Tribunale di Brescia adito e dell'Autorità Giudiziaria ordinaria, essendo la controversia dedotta devoluta al giudizio di un Collegio Arbitrale così come previsto dalle parti nel "Contratto normativo relativo ad operazioni di "Interest rate swap" con operatori qualificati" (doc. 5 Banca, che comprende anche l'analogo contratto normativo per operazioni di Interest rate cap, interest rate floor e Interest rate collar con operatori qualificati), il cui art. 15 devolveva, al comma 2, ogni contestazione disputa o controversia ad un Collegio di tre arbitri il quale giudicherà in via rituale procedendo ai sensi degli artt. 816 e segg. cpc.

Tale contratto normativo risulta concluso il 29.03.2005 tra l'attrice

S.p.A. e

Banca

S.p.A., così come specificato in

citazione;

2) In via subordinata, nella denegata ipotesi di mancato accoglimento della eccezione di incompetenza per devoluzione della controversia ad arbitri, nel merito:

- disporsi la separazione della causa proposta dalla S.p.A. nei confronti di S.p.A. da quella proposta dalla medesima Società attrice nei confronti dei dipendenti della Banca, sig. e sig.

come in atti generalizzati, difettando i presupposti di comunanza di causa per un litisconsorzio facoltativo e comunque ex art. 103 c.p.c.;

- comunque respingersi per la loro infondatezza in fatto ed in diritto e/o inammissibilità, tutte le domande proposte da S.p.A., comprese quelle svolte in sede di appello incidentale, anche subordinato, con l'integrale rifusione delle spese di lite.

- in via subordinata nel merito, per mero scrupolo di difesa, nella denegata ipotesi di accoglimento delle domande attoree, condannarsi la società attrice, in persona del legale rappresentante pro tempore, a restituire alla Banca convenuta, tutte le somme dalla medesima incassate in forza dei contratti per cui è causa, maggiorate di interessi e rivalutazione monetaria dalla data di incasso a quelle della restituzione; condannarsi inoltre la suddetta società attrice al risarcimento dei danni cagionati alla Banca convenuta, o comunque a concorrere alle conseguenze economiche delle

illegittimità contestate anche sotto il profilo della concorso di colpa, art. 1227 c.c. e per non essersi la medesima società attrice attivata per evitare e/o ridurre l'asserito danno, per le ragioni dedotte in narrativa;

disporsi la compensazione tra le somme reciprocamente dovute.

- Dichiararsi in ogni caso la nullità della CTU compiuta dal dott.

per le ragioni esposte.

- Condannarsi la S.p.A. ex art. 96 e 91 c.p.c. al risarcimento del danno in favore di S.p.A., da liquidarsi, anche d'ufficio e comunque ad una somma equitativamente determinata.

- nel merito, condannarsi la società attrice, in persona del legale rappresentante pro tempore, a rifondere alla Banca convenuta le spese di causa già pagate per il primo grado e la fase ingiuntiva, nonché al pagamento delle spese relative ai due gradi di giudizio, comprensive di IVA, CPA e contributo forfetario di rimborso di spese generali.

- in ogni caso, annullarsi e/o revocarsi il decreto emesso in data 14.04.2002, depositato il 08.08.2013, dal dott. , Giudice Unico della causa rep. n. 15417/2010 RG, Tribunale di Brescia, il quale attribuiva al CTU dott. le seguenti somme:

- € 405,80= a titolo di rimborso spese;

- € 73.500,00= a titolo di onorario oltre IVA, oneri previdenziali ed altri accessori di legge (doc. 10), cancellando ogni attribuzione di ordine economico al CTU dott. e comunque sollevando la Banca da ogni

onere nei suoi confronti.

In via subordinata, dato atto che la Banca, in ossequio alla sentenza 13.12.2013 del Tribunale di Brescia (**doc. 15**), adito ex art. 702-bis c.p.c. in opposizione al decreto di liquidazione delle spese al CTU Dott. ha corrisposto al medesimo CTU la somma di € 32.497,72= (**doc. 16**), liquidarsi le competenze al CTU dott. nella misura minima, tenendo conto dei criteri di legge, secondo le indicazioni di cui in ricorso ex art. 702-bis c.p.c. (doc. 11), sollevando in ogni caso la Banca da qualsivoglia onere.

In via istruttoria, si chiede di essere abilitati a prova contraria nella denegata ipotesi di ammissione dei capitoli avversari, peraltro inammissibili nella loro dedotta formulazione.

Previa dichiarazione di nullità della CTU espletata in primo grado dal Dott. e comunque in accoglimento delle istanze proposte dalla Banca, si chiede prova per testi sulle circostanze di cui in narrativa e sui seguenti capitoli:

1. “Vero che, con riferimento ai fatti per cui è causa, ho illustrato alla società attrice S.p.A. i contratti di swap per cui è causa, che mi si rammostrano, prima della loro conclusione, esponendo caratteristiche, vantaggi e svantaggi delle singole operazioni, mantenendo la situazione monitorata, d’intesa con gli specialisti di prodotto, al fine di assicurare i necessari aggiornamenti e suggerimenti.”;
2. “Vero che, con riferimento al capitolo di prova precedente, i contratti per

cui è causa sono stati illustrati al legale rappresentante dell'attrice S.p.A.”;

3. “Vero che, con riferimento a ciascuna delle operazioni di swap per cui è causa, i cui contratti mi vengono rammostrati, ho illustrato alla società attrice

S.p.A. lo strumento finanziario prima della sua conclusione, esponendo caratteristiche, vantaggi e svantaggi delle singole operazioni, mantenendo la situazione monitorata, d'intesa con gli specialisti di prodotto, al fine di assicurare i necessari aggiornamenti e suggerimenti.”;

4. “Vero che con riferimento al capitolo di prova precedente è stato spiegato in particolare in che ipotesi la regolamentazione dei differenziali sarebbe stata favorevole per la società attrice ed in quali invece per la banca”;

5. “Vero che tutte le operazioni di swap per cui è causa furono richieste dall'attrice S.p.A.”;

6. “Vero che, con riferimento ai capitoli di prova precedenti, i contratti per cui è causa sono stati illustrati al legale rappresentante della S.p.A. all'epoca dei contratti per cui è causa, alla presenza anche del Dott.

consulente finanziario della ”.

Si indicano a testi:

, , ,
, , ,
, e , tutti presso Banca

s.p.a. all'epoca dei fatti, anche a prova contraria, con riserva di ulteriore integrazione.

B.

IN MERITO ALLE CONTESTAZIONI RIGURDANTI I RAPPORTI DI
CONTO CORRENTE.

Confermarsi il capo di sentenza riguardante i rapporti di conto corrente e
comunque respingersi tutte le domande, richieste ed istanze anche istruttorie
della S. p. A., con condanna della controparte alla rifusione
delle spese, sia del primo che del secondo grado di giudizio.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto di citazione notificato in data 10.9.2010, S.p.a. citava
in giudizio S.p.A., unitamente a
e - dipendenti della stessa - chiedendo l'accertamento
della invalidità, nullità ed illegittimità di alcuni contratti derivati conclusi tra la
Società attrice e la Banca e conseguentemente condannarsi i convenuti in
solido alla restituzione della somma di € 5.915.415,00= ovvero la somma
maggiore o minore da accertarsi.

Subordinatamente, la avanzava domanda di annullamento dei contratti
derivati, nella specie di swap, e la condanna dei convenuti al medesimo
importo.

In via ulteriormente subordinata, chiedeva dichiararsi il grave inadempimento
dei convenuti in ordine alla negoziazione dei contratti di swap e
conseguentemente risolvere i medesimi e condannarsi i convenuti in solido

alla somma suddetta anche a titolo di risarcimento del danno.

In ogni caso la chiedeva accertarsi anche che la condotta dei convenuti aveva integrato un illecito civile e/o penale e per tale motivo domandava il risarcimento dei danni sempre nell'importo di € 5.915.415,00= ovvero la somma maggiore o minore da accertarsi.

In via di estremo subordine, sempre l'attrice chiedeva condannarsi i convenuti alla ripetizione della somma suddetta a titolo di indebito, illegittimo ed ingiustificato arricchimento, anche con valutazione equitativa.

Accanto a tali domande inerenti i contratti di swap, la proponeva una domanda riguardante i rapporti di c/c intercorsi con la Banca per asserite applicazioni di interessi anatocistici ed altre componenti in misura illegittima e quindi chiedendo la restituzione di quanto corrisposto in eccesso da accertarsi mediante CTU, con richiesta del risarcimento dei danni di cui si riservava la quantificazione in un successivo giudizio.

La concludeva le proprie domande chiedendo l'invalidità, l'illegittimità e o la nullità del contratto di mutuo stipulato in data 21.6.2006, con conseguente restituzione a carico dei convenuti in solido delle somme pagate e chiedendo il risarcimento del danno da determinarsi anche in via equitativa.

Si costituivano con atti separati ma sostanzialmente conformi, la Banca (nella sua veste di S.p.A., pag. 18 della comparsa di costituzione e risposta) e i due dipendenti convenuti, contestando la ricostruzione in fatto e le

valutazioni in diritto espresse dalla Società attrice, attraverso una analitica esposizione e contestazione che toccava ogni punto trattato nell'atto di citazione.

In particolare i convenuti contestavano alla _____ di aver artificiosamente ricostruito una passività inesistente per € 5.915.415,00=, riportando soltanto le poste addebitate alla stessa e supportate da estratti conto dimessi in causa previa cancellazione materiale degli accrediti pervenuti alla _____ al fine di giustificare la propria tesi di aver chiesto un mutuo di € 5.850.000,00= alla Banca per ripianare tale perdita. Inoltre, contestavano alla _____ la qualità di "operatore qualificato".

Alla prima udienza di comparizione del 16.12.2010, il Tribunale si riservava la decisione in relazione alle eccezioni di parte convenuta circa l'incompetenza dell'adito Tribunale in virtù della sussistenza di clausola compromissoria e circa la richiesta di separazione dei giudizi.

Con ordinanza in data 30.12.2010 il Giudice rigettava l'eccezione di incompetenza svolta da parte convenuta nonché l'istanza di separazione dei giudizi concedendo alle parti i termini di legge per il deposito delle memorie ex art. 183, VI comma, c.p.c.; veniva altresì disposta successiva udienza al 24.3.2011 per la discussione circa l'ammissione dei mezzi istruttori e per il conferimento dell'incarico al CTU.

L'udienza del 24.03.2011, attesa la precedente comunicazione del CTU di impossibilità a presenziare, slittava al successivo 31.03.2011; in tale occasione

veniva conferito l'incarico al CTU come da quesito allegato al verbale di causa; il giudizio veniva quindi rinviato alla successiva udienza del 14.07.2011, che slittava d'ufficio al successivo 28.07.2011.

7. All'udienza del 28.07.2011 parte convenuta contestava la nullità dell'elaborato peritale depositato dal CTU in virtù dell'addotta circostanza che il consulente non avrebbe rispettato i termini concessi dal Giudice per il deposito della perizia; parte attrice contestava la fondatezza delle eccezioni di controparte e svolgeva istanza per l'emissione di ingiunzione di pagamento in corso di causa ex art. 186 *ter* ovvero *quater* c.p.c. per il pagamento delle somme risultanti dovute in virtù dell'elaborato peritale del CTU; il Giudice disponeva la concessione di ulteriore termine al CTU per svolgere le deduzioni in risposta alle osservazioni dei consulenti tecnici di parte; concedeva altresì termine alle parti per il deposito di memorie esplicative delle rispettive istanze e di risposte alle eccezioni e deduzioni svolte in occasione dell'udienza. Si riservava pertanto ogni decisione a seguito dell'esame delle produzioni del CTU e delle parti .

Il CTU provvedeva a depositare il nuovo elaborato peritale nel termine concesso del 15.09.2011; successivamente le parti provvedevano al deposito delle rispettive note autorizzate nel termine del 30.09.2011.

Con ordinanza depositata in data 19.12.2011 il Giudice, previo rigetto delle eccezioni di nullità della CTU come svolta da parte convenuta, condannava

S.p.a. al pagamento in favore dell'attrice dell'importo di euro

973.632,44 oltre interessi ed oltre alle spese di lite della fase, rigettava le richieste istruttorie delle parti fatta eccezione per l'ammissione dell'interrogatorio formale dei convenuti signori _____ e _____ in relazione al quale fissava udienza al successivo 27.01.2012, che slittava d'ufficio al successivo 17.02.2012 .

All'udienza del 17.02.2012 parte convenuta _____ S.p.a. depositava istanza di revoca dell'ordinanza 186 *ter* c.p.c.; comparivano altresì i convenuti signori _____ e _____ i quali si dichiaravano disponibili a rendere l'interrogatorio formale; il Giudice previa discussione con i procuratori delle parti riteneva l'opportunità di verificare la possibilità di soluzione transattiva della vertenza fissando quindi l'udienza del 14.03.2012 per la comparizione personale delle parti e per l'esperimento del tentativo di conciliazione.

All'udienza del 14.03.2012 veniva esperito il tentativo di conciliazione; dopo ampia discussione, su richiesta delle parti volta a verificare la possibilità transattiva sulla base di quanto emerso in occasione dell'udienza, la causa veniva rinviata, in pendenza di trattative, al successivo 19.04.2012 impregiudicato ogni diritto e/o provvedimento.

Anche alle successive udienze del 19.04.2012, e del 03.05.2012 su istanza dei procuratori delle parti la causa veniva differita sempre in virtù di pendenza di trattative.

All'udienza del 18.05.2012, a fronte del mancato raggiungimento di soluzione

transattiva, veniva reso l'interrogatorio formale dei convenuti

e , all'esito del quale veniva fissata udienza per la precisazione delle conclusioni al 12.07.2012 riservato ogni provvedimento in fase di decisione sulle ulteriori istanze delle parti.

All'udienza del 12.07.2012 le parti precisavano le rispettive conclusioni come già svolte rispettivamente in atto di citazione ed in comparsa di costituzione e risposta.

Il Giudice tratteneva la causa in decisione concedendo alle parti termine di legge per il deposito delle comparse conclusionali e delle successive repliche.

In data 05.03.2013 il Tribunale di Brescia emetteva la sentenza n. 863/2013, il cui dispositivo a maggior chiarezza si riporta:

“ PQM - conferma l'ordinanza depositata in data 19.12.2011 e rigetta l'istanza di revoca della medesima;

- condanna la convenuta S.p.a., in persona del suo legale rappresentante pro tempore, al pagamento in favore dell'attrice dell'importo di euro 1.491.751,74, oltre interessi al tasso legale dal 4.11.2009 al saldo effettivo;

- condanna la convenuta S.p.a., in persona del suo legale rappresentante pro tempore, al pagamento in favore dell'attrice a titolo di risarcimento dei danni dell'importo di euro 150.000,00;

- condanna il convenuto e la convenuta S.p.a. in solido al pagamento in favore dell'attrice a titolo di risarcimento danni

dell'importo di euro 25.000,00;

- condanna il convenuto e la convenuta S.p.a.

in solido al pagamento in favore dell'attrice a titolo di risarcimento danni dell'importo di euro 25.000,00;

- condanna i convenuti in solido tra loro al pagamento in favore della

S.p.a., in persona del suo legale rappresentante pro tempore, delle spese di lite, liquidate, in via ulteriore rispetto a quanto già liquidato nell'ordinanza depositata in data 19.12.2011, in euro 490,00 per spese imponibili, euro 24.500,00 per onorari, oltre c.p.a. ed accessori ed imposte di legge;

- pone integralmente a carico della convenuta S.p.a. le spese di CTU

così come liquidate in corso di causa.”

Con atto di citazione notificato in data 17.09.2013 S.p.a. proponeva

appello avverso la predetta sentenza n. 863/2013, chiedendone la riforma e rassegnando le conclusioni conformemente a quanto riportato in epigrafe.

In data 12.11.2013 si costituivano nel giudizio di appello ed

depositando comparsa di costituzione e risposta, contenente appello incidentale di contenuto analogo a quello formulato dalla

S.p.a..

All'udienza del 18.12.2013 veniva discussa l'istanza sulla sospensione della provvisoria esecutorietà della sentenza impugnata e la Corte riservava la propria decisione. Con ordinanza in data 3.01.2014 emessa a scioglimento della predetta riserva, la Corte d'Appello accoglieva l'istanza formulata da

S.p.a. disponendo la sospensione della provvisoria esecutorietà della sentenza impugnata.

Con comparsa di costituzione e risposta depositata in data 9.01.2014 si costituiva nel giudizio di appello la S.p.a. contestando in fatto ed in diritto tutto quanto sostenuto dalle controparti S.p.a., Mondolo ed , chiedendo il rigetto dell'appello avversario e svolgendo altresì appello incidentale.

Alla prima udienza del 29.01.2014 la causa veniva rinviata, per assenza del Consigliere relatore, alla successiva udienza del 12.02.2014, nella quale le parti chiedevano concordemente un rinvio per la precisazione delle conclusioni.

All'udienza del 26.10.2016, le parti precisavano le conclusioni come riportate in epigrafe e la Corte tratteneva la causa in decisione con concessione del termine di 60 giorni per lo scambio delle comparse conclusionali e di ulteriori 20 giorni per il deposito delle relative repliche.

MOTIVI DELLA DECISIONE

In via preliminare è opportuno sgomberare il campo dalla questione sulla ammissibilità dell'appello incidentale proposto da e

L'appello incidentale svolto da ed infatti, deve ritenersi

inammissibile, sia perché proposto in violazione dei termini perentori previsti dall'art. 327 c.p.c., in riferimento all'impugnazione dei capi di condanna dei medesimi convenuti, sia per carenza di interesse ad appellare, in riferimento all'impugnazione dei capi di condanna della sola banca S.p.a..

Avverso la sentenza di primo grado, l'unica parte che ha svolto appello nel termine di legge, scadente il 22.10.2013, deve ritenersi s.p.a..

I convenuti e si sono, infatti, limitati a costituirsi nel giudizio di appello già introdotto dalla banca, con comparsa depositata in data 12.11.2013 (quindi successiva al termine del 22.10.2013 di scadenza dell'impugnazione principale), svolgendo un appello incidentale tardivo.

Ritiene la Corte che l'appello incidentale tardivo (di cui all'art. 334 c.p.c.) può essere svolto unicamente nel caso in cui l'interesse ad appellare sorga per effetto dell'appello principale, ovvero quando la parte soccombente rispetto a capi di sentenza diversi da quelli già impugnati decida di proporre il proprio gravame solo a fronte dell'azione di controparte, essendo invece disposta ad accettare la sentenza finché anche l'altra parte faccia altrettanto. La facoltà di proporre un'impugnazione tardiva è invece preclusa alla parte che intende appellare i medesimi capi di sentenza già oggetto dell'appello principale (c.d. "appello incidentale adesivo"), posto che in tal caso l'unico motivo del mancato rispetto dei termini di cui agli artt. 325 e 327 c.p.c. deve essere individuato in una colposa inerzia della parte.



Sul punto il Supremo Collegio di legittimità ha avuto modo di evidenziare che “l'appellato il quale, costituendosi, chiedo l'accoglimento del gravame per le medesime ragioni fatte valere dell'appellante, formula una impugnazione il cui interesse non sorge dall'impugnazione principale, con la conseguenza che essa non può essere proposta nel termine previsto dall'art. 334 cod. proc. civ. per l'impugnazione incidentale tardiva” (Cass. Civ. n. 1610/2008).

Pertanto, occorre rilevare il passaggio in giudicato della sentenza n. 863/2013 nei confronti dei signori ed ed, in particolare, dei seguenti capi:

“- condanna il convenuto e la convenuta s.p.a. in solido al pagamento in favore dell'attrice a titolo di risarcimento danni dell'importo di euro 25.000,00;

- condanna il convenuto e la convenuta s.p.a. in solido al pagamento in favore dell'attrice a titolo di risarcimento danni dell'importo di euro 25.000,00;

- condanna i convenuti in solido tra loro al pagamento in favore della

S.p.a., in persona del suo legale rappresentante pro tempore, delle spese di lite, liquidate, in via ulteriore rispetto a quanto già liquidato nell'ordinanza depositata in data 19.12.2011, in euro 490,00 per spese imponibili, euro 24.500,00 per onorari, oltre c.p.a. ed accessori ed imposte di legge”.

L'appello incidentale svolto da ed peraltro, non si limita ad

impugnare i capi di condanna emessi nei confronti dei medesimi convenuti, ma si estende ai capi della sentenza di primo grado che riconoscono una responsabilità in capo alla sola S.p.a. condannandola alle restituzioni ed al risarcimento del danno in favore della S.p.a..

Anche rispetto a tali capi della sentenza deve rilevarsi l'inammissibilità dell'impugnazione per carenza di interesse ad appellare, non essendo rinvenibile alcuna soccombenza dei medesimi ed in riferimento ai predetti capi della sentenza.

Venendo all'appello principale proposto da S.p.a. si evidenzia che lo stesso si articola formalmente in otto motivi, al cui interno, sovente, vengono cumulati diversi profili di censura.

- Con il primo motivo di gravame l'appellante principale si duole del rigetto dell'eccezione di incompetenza e di carenza di legittimazione attiva.

Ad avviso dell'appellante, "la sentenza replica l'errata considerazione che l'eccezione di incompetenza per devoluzione della controversia in arbitri sollevata dalla Banca e dai due convenuti, si fonda anche sulla base dell'art. 13 del contratto quadro 29.03.2005 che regolava le operazioni di "Interest rate cap, floor e collar", mentre "l'eccezione formulata dalla Banca si basava unicamente sul contratto normativo con operatori qualificati concluso in data 29.03.2005 tra e Banca il quale all'art. 15 (Legge

applicabile e clausola compromissoria), devolveva, al comma 2, ogni contestazione, disputa o controversia ad un Collegio di arbitri il quale giudicherà in via rituale procedendo ai sensi degli artt. 816 e segg. c.p.c..

Tra gli elementi che si evidenziano ai fini interpretativi, l'appellante rileva che, come si legge alla fine dell'accordo di subentro ed anche nell'allegata lettera del 29.03.2005 (prodotte in calce al doc. 6 Banca), le parti espressamente convengono che il subentro abbia luogo a far data dal 29.03.2005, ovvero la data di conclusione dell'accordo quadro.

Secondo l'appellante, "convenendo con la Banca che gli effetti del subentro abbiano effetto proprio dalla data di sottoscrizione del contratto quadro concluso in concomitanza, ha collocato nelle mani degli arbitri, "Ogni disputa, contestazione o controversia fra le parti" derivanti dal contratto normativo o da ciascun contratto specifico, oppure "ai medesimi inerente". In tale nozione si intenderebbe ogni loro modificazione e pertanto anche il subentro di cui al doc. 6 e l'estinzione anticipata, soprattutto in considerazione degli effetti risolutivi, dato che tale risoluzione è chiaramente consensuale e quindi presenta caratteri contrattuali.

La censura è priva di fondamento.

Il Giudice di primo grado, per escludere la devoluzione di competenza ad arbitri, non ha considerato solo la clausola compromissoria contenuta nell'art. 13 del "Contratto normativo per operazioni di Interest rate cap, Interest rate

floor e Interest rate collar con operatori qualificati” e non quella contenuta nell’art. 15 del “Contratto normativo relativo ad operazioni di Interest rate swap con operatori qualificati”, ma ha chiaramente considerato le clausole compromissorie contenute in entrambi i succitati contratti. Dal testo dell’ordinanza 30.12.2010 del Tribunale si evince: “dall’esame del contenuto dei contratti prodotti dalla convenuta quale documento n. 5, denominati appunto quali relativi ad operazioni di interest rate cap, interest rate floor e interest rate collar” e di “interest rate swap”, sin d’ora è possibile escludere il collegamento di detti contratti con gli altri prodotti dalla convenuta ...”.

Del tutto condivisibile appare sul punto la decisione del Giudice di prime cure, sufficientemente motivata ed immune da qualsivoglia vizio logico giuridico.

Parimenti infondata è la censura mossa alla statuizione del Giudice di prime cure che ha rilevato l’assenza di collegamento alcuno, sia soggettivo che oggettivo, tra le singole operazioni di *swap* oggetto di giudizio ed i contratti normativi contenti le clausole compromissorie che secondo l’appellante disciplinerebbero dette operazioni.

Nell’ordinanza 30.12.2010 il Tribunale di Brescia ebbe infatti a motivare approfonditamente come segue (il doc. 1): “è possibile escludere il collegamento di detti contratti con gli altri contratti prodotti dalla convenuta quali documenti n. 6, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, e ciò sia sotto il profilo soggettivo, attese le

diverse denominazioni dei contratti, sia sotto il profilo oggettivo, atteso che i contratti specifici non riportano la previsione e sottoscrizione della clausola compromissoria e riportano criteri e parametri di conteggio non riconducibili al contenuto dei contratti normativi”.

Ad ulteriore prova della fondatezza della motivazione del Giudice di prime cure si evidenzia come i contratti normativi, prodotti quali doc. n. 5 della banca ed entrambi aventi data 29.3.2005, risultino denominati “Contratto Normativo relativo ad operazioni di Interest Rate Cap, Interest Rate Floor e Interest Rate Collar con operatori qualificati” e “Contratto Normativo relativo ad operazioni di Interest Rate Swap con operatori qualificati”, laddove nessuno dei singoli contratti derivati, prodotti dalla banca con i n. 6, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, riporta invece alcun riferimento nominativo di Interest Rate Swap oppure Rate Floor oppure ancora Rate Collar, riportando invece denominazioni diverse.

Contrariamente a quanto sostenuto dall'appellante, le predette deduzioni sono state rilevate nel giudizio di primo grado, sia dalla _____ S.p.a., sia dal CTU nominato. Nelle note autorizzate depositate in data 30.09.2011 (alle pagine 7 e 8) la _____ rilevava: “è possibile evidenziare, con carattere pressoché definitivo, l'assoluta irrilevanza di detti documenti ovvero la loro inefficacia probatoria anche a prescindere da un'eventuale verifica delle

sottoscrizioni in calce ai medesimi, e ciò per i seguenti specifici motivi: con riferimento al documento n. 5 bis (il “Contratto Normativo relativo ad operazioni di Interest Rate Cap, Interest rate floor e Interest rate Collar con operatori qualificati” e il documento denominato “Contratto Normativo relativo ad operazioni di Interest Rate Swap con operatori qualificati” del 29.3.2005) ed al documento n. 11bis (il documento denominato “Norme relative alle operazioni di Interest Rate Swap tra ed operatori qualificati” avente data 24.2.2000) di fatto individuati da parte convenuta come i “Contratti Quadro” di cui alle singole negoziazioni successivamente stipulate, già si è evidenziato come detti contratti non possono certo riferirsi alle successive negoziazioni di cui ai documenti di sintesi prodotti dalla banca e ciò tanto sotto il profilo soggettivo quanto sotto quello oggettivo. Tale circostanza, risulta evidente da un semplice raffronto tra i contratti quadro riportati agli atti da controparte ed i singoli contratti di strumenti derivati. E’ infatti da escludere qualsivoglia riferimento soggettivo tra gli accordi quadro, si ribadisce disciplinanti i contratti Interest Rate swap oppure Rate Floor oppure Rate Collar, e i singoli contratti derivati nessuno dei quali riporta in calce il riferimento nominativo Interest rate swap oppure Rate Floor oppure ancora Rate Floor; anzi e per il vero i documenti di sintesi prodotti da parte convenuta riportano denominazioni diverse: così ad es. il doc. 6bis è denominato Formula Inflazione Swap;

così il doc. 13bis è denominato MIB30 Depo Swap;

così il doc. 17bis è qualificato Vega Depo swap;

così il doc. 21bis è qualificato Atlantic Floater CM swap 01/00 - 129130;

così il doc. 23bis è qualificato Extra Swap 01/00 – 177719/21;

così il doc. 25bis è qualificato Extra2 Swap;

così il doc. 27bis è qualificato Sunrise Swap

così il doc. 28bis è qualificato Direzionale Euribor Swap

così il doc. 29bis è qualificato Sunrise Swap;

così il doc. 33bis è qualificato Inflazione Swap

così il doc. 35bis è qualificato Formula inflazione Swap.

Il che esclude ogni collegamento e riconducibilità soggettiva di detti documenti agli accordi quadro”.

I predetti rilievi sono poi stati altresì confermati dal CTU, che così si esprimeva nel proprio elaborato peritale: “da un punto di vista formale, non può non rilevarsi come nessuno dei contratti in esame sia provvisto di accordo quadro che ne regoli le condizioni [...] In particolare, si specifica come gli accordi quadro agli atti siano i seguenti:

- accordo quadro del 24.02.00 (stipulato però tra ed
S.p.a. e non con S.p.a., controparte dei singoli contratti);

- contratto normativo del 29.03.2005 – interest rate swap (che non risulta sottoscritto dalla banca Banca S.p.a.) che è successivo ai contratti agli atti, per cui gli stessi non possono certo riferirsi a tale successivo contratto normativo;

- contratto normativo del 29.03.2005 – interest rate cap, floor e collar (che non risulta sottoscritto dalla banca Banca S.p.a.) che è anch'esso successivo ai contratti agli atti, per cui gli stessi non possono certo riferirsi a tale successivo contratto normativo” (pag. 54 dell’elaborato peritale del CTU).

Nessuna pronuncia *ultra petita* è pertanto ravvisabile nella motivazione del Giudice di prime cure il quale si è limitato a fornire la propria interpretazione sull’applicabilità di documenti prodotti in causa, che richiedevano necessariamente un esame da parte del Giudice proprio ai fini della valutazione della fondatezza dell’eccezione di incompetenza svolta dalla parte convenuta.

Altrettanto infondata è la censura della sentenza nella parte in cui ha escluso, anche sotto il profilo temporale, la possibilità di applicare alle operazioni di *swap* oggetto di causa i contratti normativi del 29.03.2005.

Il Tribunale di Brescia, nella citata ordinanza 30.12.2010, ha correttamente osservato in proposito che: “i contratti prodotti quali documento n. 5 dalla convenuta espressamente prevedono – è la lettera b) delle premesse – che detti

contratti sarebbero volti a regolamentare «ciascun futuro contratto specifico»”
(doc. 1).

I documenti di sintesi di *swap* prodotti dalla appellante non possano certamente cadere nella disciplina contrattuale degli accordi normativi, atteso che sono tutti di data antecedente al 29.03.2005 (così infatti prosegue la citata ordinanza: “è da escludere in ogni caso l’applicabilità delle clausole contenute in detti contratti, che recano la data del 29.03.2005, ai contratti specifici che la convenuta ha prodotto quali documenti numeri 6, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, che recano tutti data antecedente al 29.03.2005”).

Non appare apprezzabile, pertanto, la doglianza dell’appellante, posto che la motivazione del Giudice di prime cure è fondata su circostanze documentali ed oggettive, risultanti proprio dal contenuto dei documenti prodotti in primo grado dall’appellante.

Privo di fondamento deve ritenersi anche l’ulteriore tentativo dell’appellante di desumere l’applicabilità del contratto normativo del 29.03.2005, dalla circostanza che “l’ultima operazione intercorsa tra S.p.a. e

S.p.a., il contratto Formula Inflazione Swap del 29.10.2004, è stato anticipatamente risolto in data 20.06.2006 ... ovvero sotto la vigenza del contratto quadro del 2005” (pagina 18 dell’atto di appello): la risoluzione di un contratto è invero circostanza del tutto irrilevante ai fini dell’efficacia

temporale del contratto *de quo*.

Non appare condivisibile, peraltro, ritenere una presunta volontà dei contraenti di sottoporre alla disciplina dei contratti normativi (datati 29.03.2005) l'ultimo contratto derivato dalla sola circostanza che la _____ s.p.a. sia subentrata nel medesimo, posto che in tale occasione non vi è stata alcuna rinegoziazione del contratto derivato invero già stipulato in data 29.10.2004.

Il Giudice di prime cure ha, quindi, correttamente rilevato che "non può ritenersi l'applicabilità della clausola compromissoria al doc. 6 in quanto detto documento non costituisce un nuovo contratto, ma esclusivamente una successione soggettiva da parte della _____ s.p.a. in contratto già stipulato alla precedente data del 29.01.2004, data antecedente al contratto normativo prodotto quale documento 5 dalla convenuta; a conferma, la clausola compromissoria neppure viene richiamata nel documento 6".

Del tutto irrilevante risulta la questione relativa all'asserita invalidità dei disconoscimenti operati dalla _____ S.p.a. in riferimento ai contratti normativi prodotti dalla banca quali doc. 5 e 5-bis.

Il Giudice di prime cure ha infatti deciso sull'eccezione di incompetenza prescindendo dai predetti disconoscimenti, mentre ha desunto l'inapplicabilità al caso di specie dei contratti normativi 29.03.2005 prodotti dalla banca per assenza di collegamento alcuno con i contratti di *swap* oggetto di causa.

L'ulteriore profilo impugnato dall'appellante, riguarda il difetto di

legittimazione dell'attrice.

Il fondamento dell'eccezione di difetto di legittimazione attiva della avanzato dall'appellante trarrebbe spunto dal fatto "che l'odierna

S.p.A., è il frutto di fusioni di altre società, che poi presero il nome di quella estinta (doc. 4 Banca), con effetti a far data dal 01.12.2004. A fronte di tale trasformazione societaria, ai sensi dell'art. 2504-bis c.c., la società risultante dalla trasformazione assume i diritti e gli obblighi di quelle fuse od incorporate, proseguendo in tutti i loro rapporti, ma rileva l'appellante "ciò non significa che essa possa mettere in discussione né la volontà della propria dante causa, né gli accordi conclusi e ratificati dalla precedente realtà societaria e mai messi in discussione od impugnati."

Ad avviso dell'appellante, "appare destituita di ogni fondamento l'asserzione del Giudice di prime cure, per cui la Banca avrebbe "accettato la successione negoziale di cui al doc. 6" (ovvero quella comunicazione di subentro del 06.12.2004, con la quale la dava atto alla Banca dell'intervenuta fusione per incorporazione avvenuta), dal momento che, da un lato, non risulta un atto formale di accettazione della Banca; dall'altro, ha sempre contestato di aver accettato questa impostazione.

Sostiene la difesa dell'appellante che "la Banca ha certamente inteso avvalersi, avendolo prodotto, del doc. 6, ovvero della comunicazione di avvenuta fusione per incorporazione della nuova realtà societaria ma solo per quanto -

sia formalmente che sostanzialmente - si poteva dedurre sul piano probatorio per destituire di fondamento le avverse domande.

La censura è manifestamente infondata.

Del tutto condivisibile appare la pronuncia del Tribunale nella parte in cui dichiara che “deve parimenti essere rigettata l’eccezione di carenza di legittimazione attiva dell’attrice sollevata dalla convenuta, posto che la stessa convenuta ha accettato la successione negoziale di cui al doc. 6, documento utilizzato per di più a sostegno della propria tesi difensiva. La stessa convenuta ha poi svolto domanda riconvenzionale di restituzione di tutte le somme accreditate all’attrice a qualsiasi titolo nei confronti della

S.p.a., sempre relativa ai contratti dedotti in causa con ciò riconoscendone pertanto la legittimazione” (pagine 18 e 19 della sentenza impugnata).

Il fatto che S.p.a. sia subentrata alla precedente realtà societaria nei rapporti bancari pendenti con la S.p.a. è pacifico ed incontestato anche a prescindere dal contenuto del succitato doc. 6; in quanto la trasformazione societaria ha determinato esclusivamente una successione contrattuale. Ed invero, non vi è dubbio che i rapporti di conto corrente siano continuati in capo alla S.p.a. (vedasi a riguardo l’intestazione degli estratti conto prodotti (docc. 3-5, 9-20, 24-31, 36-41 e 44-47 del fascicolo di primo grado).

Del tutto pretestuosa appare, inoltre, la prospettazione difensiva dell'appellante secondo cui il rigetto dell'eccezione preliminare di carenza di legittimazione attiva non poteva fondarsi sull'esame della domanda riconvenzionale in quanto proposta in via gradata, atteso il carattere non preminente e secondario di tale argomento nell'economia della motivazione, in considerazione del fatto che l'art. 2504*bis* c.c. espressamente prevede: "la società che risulta dalla fusione o quella incorporante assumono i diritti e gli obblighi delle società partecipanti alla fusione, proseguendo in tutti i loro rapporti, anche processuali, anteriori alla fusione".

A coronamento del primo motivo di gravame l'appellante censura la strategia difensiva ed il comportamento processuale della

In particolare, deduce l'appellante, la nell'espone quello che riteneva il saldo contabile delle negoziazioni in derivati per quasi sei milioni di Euro in passivo, avrebbe riportato solo gli addebiti conseguenti alle operazioni *de quibus*, omettendo di considerare gli accrediti, questi parimenti risultanti dagli estratti conto e dai singoli contratti ove veniva specificato l'importo accreditato, sotto forma di "Up front", al momento della negoziazione di una nuova operazione.

Rileva l'appellante che il conto corrente è stato adoperato secondo le esigenze della medesima e non avrebbe affatto maturato la passività *ex adverso* ipotizzata, poiché nel tempo gli addebiti sono stati assorbiti dagli accrediti,

secondo le regolazioni trimestrali effettuate tempo per tempo e che, a quell'epoca, la soffriva economicamente per aver dovuto subire una riorganizzazione interna e liquidare prima un fratello della sig.ra e successivamente una sorella, entrambi usciti dalla compagine societaria con forte impatto sulla tesoreria interna.

A cagione della ritenuta illegittimità del comportamento processuale della S.p.A. l'appellante ha chiesto la condanna della medesima Società ai sensi degli articoli 91 e 96 c.p.c..

Anche detta censura è priva di fondamento.

Corretto appare il rilievo del Giudice di prime cure secondo cui “i convenuti non hanno contestato i predetti pagamenti della società attrice, assumendone e ritenendone la legittimità e producendo a sostegno della validità degli addebiti i contratti sottoscritti in data 29.03.2005 ... nonché una serie di documenti denominati contratti derivati” (pagina 16 della sentenza impugnata) e “la prova dei versamenti effettuati dall'attrice è documentale potendosi rinvenire nelle quietanze di pagamento prodotte agli atti, le cui risultanze la convenuta non ha contestato, per l'importo, ricostruito analiticamente sulla base delle risultanze dei documenti prodotti dalle parti ed ammessi dall'odierno Giudicante, pari a complessivi euro 6.401.219,28” (pagina 33 della sentenza impugnata).

Invero, a seguito di una analitica e corretta considerazione delle risultanze

documentali, il Giudice di primo grado ha individuato quale importo dovuto all'attrice la somma di euro 1.491.751,54, pari alla differenza tra la somma delle perdite subite dalla S.p.a. in virtù dei contratti derivati di cui è causa e la somma degli accrediti effettuati da in virtù dei medesimi contratti. Sul punto, si avrà modo di ritornare più oltre.

- Con il secondo motivo di gravame, l'appellante censura la sentenza di primo grado nella parte in cui ha ritenuto di rigettare l'eccezione secondo la quale la domanda della sarebbe preclusa in virtù del contenuto della lettera datata 20-06-2006.

Ad avviso dell'appellante il Giudice ha ritenuto ad una prima delibazione che mancasse l'elemento della corrispettività delle concessioni, ma tale profilo si esporrebbe alla censura di *ultra ed extra petita*, oltre che dei limiti del rilievo officioso delle cause di nullità, posto che, nella sostanza, il Giudice di prime cure ha sostenuto che la scrittura *de qua* sia nulla come transazione (art. 1418 c.c.) per l'assenza di un suo elemento costitutivo (la corrispettività).

Nel merito rileva che dal tenore della citata scrittura e dalle parole adoperate, era perlomeno evidente che si voleva eliminare ogni "contestazione" in ordine all'ultima operazione di swap (con scadenza 02.11.2009), posto che viene dichiarato dalla che "La sottoscritta, nella suddetta qualità, dichiara altresì di non aver più nulla a pretendere, per qualsiasi ragione o titolo, in

relazione all'operazione di cui è contestazione, anche nei confronti di qualsiasi
società appartenente al S.p.A.”.

La censura è priva di fondamento.

Correttamente il Tribunale di Brescia ha escluso che il documento datato
20.06.2006 possa qualificarsi come “transazione”, con ciò ritenendo
irrilevante l'eventuale verifica delle sottoscrizioni apposte in calce al
medesimo.

L'esclusione di una qualsivoglia efficacia transattiva del predetto documento
emerge sia sotto il profilo oggettivo del suo contenuto, riferibile tutt'al più
all'ultimo contratto derivato ma non certo ai precedenti, nemmeno richiamati
nel documento, sia sotto il profilo della carenza di reciproche concessioni tali
da poter individuare una transazione, posto che in detto documento si dà
semplicemente atto che P.P.L. S.p.a. paga l'intero importo della
perdita del contratto derivato a mezzo delle somme erogate in suo favore dalla
banca in virtù di contratto di mutuo.

La sentenza del Tribunale, con motivazione del tutto condivisibile, afferma
infatti che: “appare evidente che oggetto della summenzionata lettera deve
ritenersi solo il pagamento da parte di P.P.L. s.p.a. della passività
maturata sull'ultima operazione in derivati, vale a dire quella di “formula
inflazione swap n. 04110200039” come si legge nel documento (“con
riferimento all'operazione in oggetto”) e pertanto esclude che il documento si

possa riferire anche agli altri contratti.”

Ed ancora, correttamente il Tribunale rileva che: “con riferimento all’ultima operazione è da escludere qualsiasi natura transattiva ... dell’accordo, tenuto conto che non risulta che le parti si siano fatte reciproche concessioni” (pagine 19 e 20 della sentenza).

Ed infatti, dal testo del documento in oggetto emerge chiaramente come

S.p.a. non abbia fatto alcuna “concessione” tale da poter integrare i necessari presupposti e requisiti del negozio di transazione; nella lettera 20.06.2006 si legge soltanto che la banca convenuta si è limitata ad erogare un mutuo in favore dell’attrice “ ... per la totale chiusura del contratto di cui all’oggetto ...”.

Sul punto il Supremo Collegio di legittimità ha avuto modo di precisare:

“affinché un atto possa qualificarsi atto di transazione è necessario che contenga lo scambio di reciproche concessioni, sicché, ove manchi l’elemento dell’“aliquid datum, aliquid retentum”, essenziale ad integrare lo schema della transazione, questa non è configurabile.” (cfr.: Cass. Civ., 4 ottobre 2007, n. 20780).

Invero, nella dichiarazione del 20.06.2006 non può neppure individuarsi il contesto di conflittualità tipico della transazione, atteso che nel documento in oggetto nessuna “lite” sorta tra le parti era indicata; né può dirsi che la dichiarazione fosse volta a prevenire la presente causa, posto che l’oggetto

della medesima era il solo pagamento, integrale, da parte della P.P.L. S.p.a. e pertanto eventuali rinunce erano da intendersi limitate a tale aspetto, non potendosi estendersi alle azioni svolte nel presente giudizio. (Cfr. Cass. Civ. 1 aprile 2010 n. 7999).

Priva di fondamento è anche la doglianza in merito ad un'asserita pronuncia *ultra o extra petita* di nullità della scrittura privata 20.06.2006 e ciò non solo perché parte appellata ha chiaramente e ripetutamente richiesto tale pronuncia, ma anche perché il rilievo di nullità ben potrebbe essere officioso e derivare, in ogni caso, ex art. 1972, comma 1, c.c., ed in conformità alla giurisprudenza affermatasi sul punto, dalla nullità del contratto di *swap* oggetto dalla dichiarazione.

Con l'atto di citazione introduttivo del giudizio di primo grado la attrice aveva rilevato "la invalidità, nullità, l'illegittimità" dei contratti "tutti intervenuti tra le parti", ed ancora "anche previa declaratoria di nullità, illiceità e/o invalidità dei contratti". Tali istanze venivano altresì ribadite alla prima udienza del 16.12.2010, ove la S.p.a. ebbe specificatamente ad eccepire che: "il contenuto del doc. 3 prodotto da controparte, anche questo sconosciuto ex art. 2719 c.c., non può certo ritenersi avere natura transattiva atteso che non sono desumibili le reciproche concessioni, posto che l'attrice ha pagato integralmente le somme pretese dalla banca a chiusura dell'operazione di swap (così ad es. Cass. Civ. 1.4.2010 n.

7999); dal che si evidenzia ed eccepisce sin d'ora la nullità del contenuto di detto documento” .

- Con il terzo motivo di gravame, l'appellante si duole del mancato accoglimento da parte del Tribunale dell'eccezione di prescrizione opportunamente sollevata in primo grado.

Evidenzia l'appellante, anche in risposta ad una supposta rinunzia all'eccezione avanzata *ex adverso*, che la Banca ha concluso chiedendo di respingersi per la loro infondatezza in fatto ed in diritto e/o inammissibilità tutte le domande proposte da controparte, per le ragioni esposte in narrativa dell'atto di appello e per i motivi dedotti nel medesimo, quindi anche in ordine alla dedotta eccezione di prescrizione.

L'appellante torna ad eccepire, quindi, l'intervenuta decadenza e prescrizione in ordine alle azioni di annullamento per errore e dolo, di responsabilità extra contrattuale e precontrattuale, di danni relativamente a queste domande e di ogni altro diritto ed azione che doveva esercitarsi nel lasso di tempo intercorso sino alla notifica della citazione.

Rileva l'appellante che “le ipotesi invocate dalla in materia di nullità, appaiono essere figure di nullità relativa assimilabili a delle annullabilità e quindi soggette al medesimo termine di prescrizione, escludendosi altresì che si possa parlare di nullità assoluta.”

Ed inoltre, che “nel caso in esame emerge chiaramente dalla stessa esposizione dei fatti di controparte, che la ha concluso due contratti quadro e ben 12 operazioni di swap, ponendo in essere in modo inequivoco comportamenti rivelanti un impegno assolutamente incompatibile con l’odierna volontà di caducazione.

La censura è di scarso pregio.

Correttamente il Giudice di prime cure ha respinto l’eccezione nei seguenti termini: “deve essere rigettata anche l’eccezione di prescrizione sollevata dalla convenuta con specifico riferimento al termine quinquennale dell’azione di annullamento, essendo l’azione di nullità, di regola, imprescrittibile e l’azione di ripetizione soggetta all’ordinario termine decennale con decorrenza, per quanto riguarda i contratti derivati, dalle date dei singoli pagamenti.

Dalla documentazione versata in atti dalle parti, risulta che l’attrice ha interrotto la prescrizione con la lettera datata 29.10.2009, ricevuta dalla convenuta in data 04.11.2009 (il doc. 65 attoreo). Pertanto ogni pagamento effettuato dall’attrice rientra nel termine decennale di prescrizione” (pagina 20 della sentenza).

Occorre rilevare che S.p.a. ha svolto in via principale domanda di accertamento della nullità di contratti derivati ed ha inoltre svolto domanda di ripetizione di somme versate in virtù dei contratti nulli: azione soggetta all’ordinario termine decennale ed in primo grado è stata prodotta agli atti,

quale doc. 65, la lettera 29.10.2009 anche con efficacia interruttiva della prescrizione.

Non condivisibile appare il tentativo di assimilare l'ipotesi di annullamento di un contratto a quella, ben diversa, della sua nullità relativa per desumerne un identico termine prescrizione. Ed invero, ai sensi dell'art. 1422 c.c. l'azione di nullità è imprescrittibile e tale principio generale non può che ritenersi applicabile tanto alle nullità assolute, quanto a quelle relative, ivi compresa l'azione di nullità relativa concessa a protezione del contraente debole dall'art. 23 T.U.F., in quanto pienamente coerente con le finalità di tutela del contraente debole, cui mira la nullità di protezione.

Come rilevato anche dall'appellata "quand'anche .. si volesse accedere alla tesi della prescrittibilità dell'azione di nullità "protettiva", giammai potrebbe ritenersi che il relativo termine sia quello di cinque anni invocato da controparte. Infatti, la prescrizione quinquennale è prevista da norme che hanno indubitabilmente natura eccezionale e che, come tali, non sono suscettibili di applicazione analogica (art. 14 disp. prel. cod. civ.). Lo stesso art. 2946 c.c. limita peraltro le ipotesi di prescrizione abbreviata ai soli casi tassativamente previsti dalla legge, tra i quali non rientra quello dell'azione di nullità relativa. Ne consegue che l'eventuale termine di prescrizione della nullità relativa – se mai di prescrizione dell'azione di nullità possa parlarsi – non potrebbe che essere quello ordinario decennale."

Né appare degna di maggior pregio l'argomentazione secondo cui, prima del decorso di detto termine, l'eventuale esecuzione del contratto nullo potrebbe equipararsi ad una convalida del medesimo con conseguente preclusione dell'azione di nullità, ostando a tal fine il chiaro disposto dell'art. 1423 c.c., che prevede ipotesi assolutamente tassative per la convalida dei negozi nulli, chiaramente limitate ai soli casi espressamente previsti dalla legge (artt. 590, 799, 1972, 2332 e 2379 c.c.).

Invero, l'azione promossa dalla _____ S.p.a. appare volta all'accertamento di diversi profili di nullità dei contratti derivati in oggetto.

Il Giudice di prime cure, ha accolto la domanda accertando la sussistenza dei seguenti profili di invalidità dei contratti:

- nullità per mancanza dei requisiti essenziali dei contratti derivati, ivi compresa la forma scritta *ad substantiam*;
- nullità per assenza di un valido contratto quadro concluso in forma scritta;
- nullità per inesistenza ed invalidità della dichiarazione di operatore qualificato.

La violazione delle norme di comportamento imposte alla banca ed ai suoi dipendenti non ha invece motivato alcuna pronuncia di nullità, essendo sempre stata proposta e considerata come fondamento della condanna risarcitoria fondata, a sua volta, sulla dedotta responsabilità contrattuale della banca e dei suoi dipendenti.

Il Giudice di prime cure, infatti, ha accolto le istanze dell'attrice, condannando al risarcimento del danno la S.p.a. ed i dipendenti ed previo accertamento della violazione da parte dei medesimi dei doveri di correttezza, diligenza e professionalità previsti dagli artt. 21 e 26 del D.Lgs. 58/1998 e dell'obbligo di esecuzione del contratto secondo buona fede.

Correttamente il Tribunale ha rilevato che i doveri di diligenza e professionalità di cui all'art. 21 TUF, "sono anche espressione del principio generale di buona fede oggettiva proprio del diritto generale dei contratti, principio su cui anche l'esclusione degli adempimenti di cui agli artt. 27, 28, 29 Reg. Consob in presenza di operatori qualificati, non incide minimamente" (pagina 39 della sentenza), in quanto tali profili di responsabilità hanno entrambi natura contrattuale e la relativa azione risarcitoria è pertanto soggetta all'ordinario termine decennale di prescrizione. (cfr.: Cass. n. 3773/2009, secondo cui: "la violazione delle regole che avviene a seguito del perfezionamento del contratto quadro di intermediazione finanziaria genera responsabilità contrattuale, quand'anche il comportamento non conforme a diligenza si ponga cronologicamente in un contesto anteriore al conferimento degli ordini a cui le norme comportamentali si riferiscono").

- Con il quarto motivo di gravame, l'appellante ripropone l'eccezione di

nullità della CTU.

Rileva l'appellante che "il Giudice, da un lato, ha disatteso le istanze della difesa in merito alle gravi eccezioni presentate, prima fra tutte l'ampiezza dell'incarico conferito al Dott. [redacted] e l'anomalia di disporre una CTU prima delle memorie 183, VI co. c.p.c., dall'altro, pare trarre elementi di mancata contestazione od implicita rinuncia, sempre in una, per noi, anomala contrapposizione giudice-parte, al di fuori di alcuna eccezione formulata dalla controparte, quindi *extra petita*."

L'appellante deduce la nullità della consulenza tecnica d'ufficio dimessa dal CTU, dott. [redacted] per il mancato rispetto dei termini tassativamente stabiliti con ordinanza del 31.03.2011 del Giudice Unico, che indicava il 31.05.2011 come limite temporale per l'invio della bozza dell'elaborato peritale e del 30.06.2011 per il deposito della consulenza tecnica.

Questo comportamento, a suo dire, avrebbe determinato una grave lesione del diritto di difesa della Banca e dei dipendenti; la prima ha, per scrupolo difensivo, utilizzato il lasso di tempo del rinvio della causa, per dimettere una propria preliminare relazione di replica, che però non ha potuto confezionare in modo completo, sia a causa del mancato preavviso, sia dei mancati incontri programmatici.

Inoltre, l'appellante censura l'utilizzo di estratti conto palesemente alterati e quindi l'aver ricostruito il flusso finanziario derivante dalla negoziazione *de*

qua, sulla base di tali inutilizzabili documenti, pervenendo a conclusioni deviate in via di mero fatto, con l'indicazione di una passività superiore di 6 volte a quella reale, tutto ciò senza fare alcun cenno alla criticità presente nella documentazione posta a base della propria relazione.

Oltre a detta censura, si imputa al CTU di non aver esaminato appieno la documentazione versata in atti, da cui è agevolmente ricavabile il reale flusso degli accrediti e degli addebiti, che porta ad un differenziale complessivo per la di Euro 973.632,44, a fronte di quello di Euro 5.940.219,28, indicato dal CTU.

L'appellante rileva ancora che "il CTU aveva riconosciuto la necessità di un approfondimento con i rispettivi consulenti di parte, poiché emergevano profili di criticità: in particolare per quanto attiene alla richiesta che il CTU "verifichi la conformità del comportamento della banca e dei contratti in relazione alla normativa di riferimento;" e che pretendere che il CTU si pronunci su detti aspetti, rappresenta un'inammissibile delega di funzioni.

Le censura è sostanzialmente infondata.

L'appellante, invero, evidenzia tre profili di presunta nullità della CTU espletata nel giudizio di primo grado:

- il mancato rispetto da parte del CTU dei termini concessi dal Giudice, con conseguente asserita violazione del principio del contraddittorio;
- la presunta illegittima considerazione da parte del CTU di estratti conto

asseritamente inutilizzabili e l'inosservanza del quesito formulato dal Giudice;

- l'asserito superamento dei limiti di potere riservati al CTU con asserita pronuncia di diritto.

Sul primo punto nessuna colpa può essere imputata al CTU posto che il dott.

è stato impossibilitato a depositare l'elaborato peritale entro i termini originariamente previsti per causa di forza maggiore, consistente nel grave infortunio e nelle conseguenti operazioni dallo stesso subite, debitamente comunicate al Giudice con richiesta di proroga.

Pur non essendo stato rispettato l'originario termine di deposito dell'elaborato, le parti hanno avuto modo di partecipare alle operazioni peritali ed hanno altresì potuto inviare le proprie osservazioni alla bozza di CTU rispettando il termine di dieci giorni loro concesso.

Inoltre, appare evidente dall'esame degli atti processuali che il Giudice di prime cure ha adottato le misure adeguate per consentire alle parti di instaurare un regolare contraddittorio in merito alla CTU espletata, addirittura concedendo, a seguito della richiesta dell'appellante, un ulteriore termine, sia al CTU che alle parti, per depositare un'integrazione alla perizia ed ulteriori risposte alle osservazioni dei Consulenti Tecnici di parte. A riprova dell'ampio contraddittorio svolto vi è il medesimo elaborato peritale definitivo, nel quale vengono riportate le osservazioni svolte dai CTP e le risposte rese dal CTU, sulle quali le parti hanno ulteriormente potuto replicare con le successive

memorie difensive depositate in data 30.09.2011.

Con riferimento alla presunta nullità per valutazione di estratti conto asseritamente inutilizzabili e per inosservanza del quesito formulato dal Giudice, il CTU non ha fatto altro che adeguarsi alle istruzioni impartite dal Giudice all'atto del conferimento dell'incarico, che gli imponevano di svolgere le proprie valutazioni "letti gli atti di causa, esaminata la documentazione prodotta in atti"; né è ravvisabile alcuna pronuncia del Giudice di prime cure che dichiarò inammissibili alcuni documenti ritualmente prodotti da S.p.a.

Da un semplice esame dell'elaborato peritale depositato nel giudizio di primo grado, emerge con tutta chiarezza come il CTU, lungi dal recepire passivamente le deduzioni e quantificazioni operate dalla sola

S.p.a., abbia invece analiticamente esaminato ciascuna delle dodici operazioni di *swap* oggetto di causa (pagine 6-49 della perizia) ed abbia quantificato il saldo di tali operazioni considerando il rapporto tra addebiti ed accrediti (lo si evince dalla tabella riepilogativa riportata a pagina 50 della perizia, ove il risultato netto dei flussi finanziari relativi ai contratti derivati viene espressamente determinato in base al regolamento prodotti derivati).

Quanto all'ultimo punto, inerente la presunta nullità per asserito superamento dei limiti di potere riservati al CTU, si evidenzia come il Giudice di prime cure non abbia affatto incaricato il CTU di svolgere operazioni giuridiche di

interpretazione contrattuale o normativa, né tantomeno di sussunzione della fattispecie concreta sotto il regime di disposizioni normative.

In realtà, il Tribunale di Brescia ha conferito al CTU l'incarico, altamente tecnico, di esaminare la struttura dei contratti derivati oggetto di causa per verificare se la medesima rispettasse i parametri, altrettanto tecnici, previsti dalla normativa di riferimento.

La correttezza del *modus operandi* adottato dal CTU e l'assenza nel suo elaborato di valutazioni di carattere giuridico, viene peraltro esplicitata dallo stesso CTU nella "nota metodologica" inserita in epigrafe alla propria relazione definitiva, nella quale precisa il processo di valutazione di coerenza/congruità dei contratti stipulati. È di tutta evidenza, pertanto, come anche la valutazione del CTU in merito alla congruità dei contratti derivati alla normativa di settore, lungi dall'aver comportato apprezzamenti di natura giuridica, si sia concentrata esclusivamente su questioni prettamente tecniche e di natura contabile-finanziaria.

- Con il quinto motivo di gravame l'appellante si duole della sentenza impugnata nella parte in cui ha ritenuto la nullità dei contratti derivati oggetto di causa sotto diversi profili:

- per l'assenza di valido contratto quadro regolamentante i contratti derivati;
- per la mancanza della qualità di operatore qualificato in capo alla

- per l'illiceità della causa insita nei contratti derivati oggetto di causa.

Le censure investono anche le pronunce consequenziali relative alla condanna alla restituzione delle somme addebitate per effetto dei contratti nulli, alla pronuncia di ordinanza-ingiunzione ex art. 186 ter c.p.c. Vengono infine censurati i capi di sentenza relativi alla responsabilità della banca per violazione di norme comportamentali ed alla conseguente domanda risarcitoria formulata da S.p.a. nei confronti della banca e dei convenuti

ed

Per quanto riguarda il primo profilo, ad avviso dell'appellante, il contratto quadro 29.03.2005 coprirebbe tutte le operazioni concluse dalla – “nuova” – ed altresì tutte le operazioni per cui è causa, dal momento che le parti hanno voluto sottoporre i contratti tra di loro intercorsi ad un nuovo accordo quadro.

Il contratto normativo del 29.03.2005 regolerebbe i rapporti sino a tale data conclusi e, subordinatamente, comunque, dovrebbe regolare le operazioni di Formula Inflazione Swap come da dichiarazione del 29.03.2005 e come da transazione/estinzione del 20.06.2006.

Ancora, poi, l'appellante rileva che la prima operazione del 24.02.2000 (doc. 13), menziona nelle premesse la conclusione del contratto normativo di pari data, per cui, in difetto di una prova che la controparte avrebbe semmai dovuto fornire ed in applicazione delle ordinarie regole ermeneutiche, il riferimento

non può essere che al contratto normativo dimesso come doc. 11 della Banca.

Ad avviso dell'appellante, sarebbe quindi da respingersi la tesi secondo la quale non si rinviene nelle premesse della operazioni *de quibus* un preciso riferimento ad un contratto normativo, dal momento che l'eventuale assenza di un formale contratto quadro non determina l'invalidità dell'operazione, che resta regolata da quello precedente.

Le censure attinenti a tale profilo sono prive di fondamento.

Pienamente condivisibile appare la motivazione espressa sul punto dal Giudice di prime cure, essendo stato ineccepibilmente rilevato che (pag. 23 della sentenza). “sono corretti i rilievi dell'attrice circa una mancanza dei requisiti essenziali dei contratti prodotti in causa dalla convenuta, e circa la mancanza di prova scritta, che la giurisprudenza richiede *ad substantiam* (Cass. Civ. 17341/2008), tenuto conto che dai contratti non emerge né la corretta indicazione delle parti, non essendo individuati i nominativi dei procuratori della banca, né la sottoscrizione di questi ultimi, e quindi della banca, la cui mancanza per giurisprudenza non è sanabile neppure con la produzione in giudizio”

Invero, il Tribunale di Brescia, lungi dal rilevare vizi formali dei contratti medesimi, ha escluso che i contratti quadro possano essere identificati nei contratti normativi del 29.03.2005, prodotti da controparte sub docc. 5-5bis, e nel contratto 24.02.2000 prodotto da controparte sub docc. 11-11bis, attesa

l'assenza di qualunque collegamento tra i medesimi e le operazioni di *swap* oggetto di giudizio, motivata in base alle seguenti argomentazioni:

Il Giudice di prime cure ha opportunamente rilevato che "è possibile escludere il collegamento ... sia sotto il profilo soggettivo, attese le diverse denominazioni dei contratti, sia sotto il profilo oggettivo, atteso che i contratti specifici non riportano la previsione e sottoscrizione della clausola compromissoria e riportano criteri e parametri di conteggio non riconducibili al contenuto dei contratti normativi" (pagina 18 della sentenza impugnata).

Il primo Giudice ha pure correttamente evidenziato che "i contratti prodotti quali documento n. 5 dalla convenuta espressamente prevedono – è la lettera b) delle premesse – che detti contratti sarebbero volti a regolamentare «ciascun futuro contratto specifico»" (pagina 18 della sentenza impugnata).

Con riferimento alla qualità di operatore qualificato, rileva l'appellante che il Giudice al di fuori dalle eccezioni e dai rilievi di parte – con violazione del principio del contraddittorio (*iuxta alligata et probata partium*) e con il mancato rispetto delle prescrizioni in caso di rilievo officioso delle nullità – ritiene di poter dare per accertati i seguenti assunti:

che la dichiarazione di operatore qualificato resa dalla _____ in data
24.02.2000 (doc. 12 Banca), sia sottoscritta dal sig. _____ nella
sua qualità di legale rappresentante della _____

che le successive operazioni ed in particolare quella contestuale del

24.02.2000 di MIB30 DEPO SWAP siano sottoscritte dalla sig.ra

che vi deve essere identità di soggetti tra chi sottoscrive la dichiarazione ex art. 31 Reg. Consob 11522/1998 e quello che sottoscrive le singole operazioni, oppure che la Banca avesse l'onere di dimostrare che anche quest'ultimo avesse le qualità di Operatore Qualificato, cosa che non è avvenuta.

Ad avviso dell'appellante, questo ragionamento sarebbe palesemente infondato e non sorretto da alcun riferimento giurisprudenziale, se non il generico appello alle decisioni delle Sezioni Unite per affermare - l'altrettanto generico - interesse generale all'integrità dei mercati.

Le censure in ordine al mancato riconoscimento della qualità di Operatore Qualificato della S.p.a., seppur suggestive, sono prive di effettivo fondamento.

Condivisibile appare quanto ritenuto dal Tribunale con riferimento alla predetta dichiarazione di operatore qualificato, la cui irrilevanza ai fini del decidere è stata evidenziata sotto diversi profili:

a) il documento contenente la dichiarazione risulterebbe sottoscritto da un soggetto diverso dal successivo firmatario dei contratti derivati, con conseguente annullamento delle finalità di protezione sottese alla medesima dichiarazione di Operatore Qualificato ("la dichiarazione risulta essere prestata dal Sig. e non dalla Sig.ra che è invece il

soggetto che risulterebbe avere sottoscritto i singoli contratti derivati ... la ratio dell'art. 31 Reg. Consob 11522/98, allorquando individua nel legale rappresentante della società il soggetto che può rendere la dichiarazione per la società dallo stesso rappresentata, non può che essere nel senso che è solo lo stesso soggetto, in quanto legale rappresentante, che nella sua qualità può sottoscrivere i singoli contratti derivati": pagina 26 della sentenza);

b) alla dichiarazione in oggetto non può riconoscersi alcuna efficacia ex art. 31 del Regolamento Consob n. 11522/1998, atteso che non contiene i requisiti previsti a tal fine dalla legge: "il doc. 12 prodotto dai convenuti non può integrare i requisiti prescritti dall'art. 31 Reg. Consob 11522/98 posto che la dichiarazione di operatore qualificato prevista dall'art. 31, comma 2, Reg. Consob n. 11522/1998 deve contenere, pena la sua invalidità, la precisazione degli effetti che la stessa comporta in termini di inapplicabilità della normativa specifica di tutela dell'investitore e deve avere per oggetto la comunicazione delle esperienze effettivamente possedute dal cliente, così da consentire all'intermediario una corretta valutazione in ordine alla professionalità del soggetto ... il contenuto del documento n. 12 prodotto dai convenuti invece non contempla tali requisiti ..." (pagine 28 e 29 della sentenza);

c) il doc. 12 (o 12 bis) di parte avversa non potrebbe infine comportare l'esclusione della normativa di protezione dell'investitore invocata da controparte, per assenza del necessario requisito del possesso, in capo alla

cliente, di una specifica esperienza in strumenti finanziari: “in tutti i casi, anche la sottoscrizione di operatore qualificato di cui all’art. 31 del regolamento Consob numero 11522 del 1998 non sarebbe stata sufficiente a comportare la automatica disapplicazione della normativa di protezione dell’investitore, essendo a tal fine necessario anche il requisito di carattere sostanziale del possesso di una specifica esperienza in strumenti finanziari ... qualità, anche professionale, che va esclusa con riferimento alla società attrice ed alla signora posto che la stessa esercita attività di produzione e commercializzazione di articoli casalinghi rientrante in settore ben diverso da quello finanziario” (pagine 29 e 30 della sentenza).

La motivazione del Giudice di prime cure, sul punto risulta essere pienamente condivisibile, sufficientemente articolata ed immune da qualsivoglia vizio logico-giuridico, come tale di per sé sufficiente ad escludere la fondatezza della censura d’appello.

Di scarso pregio appare, poi, la censura di pronuncia *ultra ed extra petita*, in quanto la divergenza tra i predetti sottoscrittori è stata rilevata sulla base di documentazione ritualmente acquisita al processo ed è stata sufficientemente evidenziata dalla odierna appellata nel corso del giudizio di primo grado, ancor più ove si consideri il potere del Giudice di valutare la validità e l’efficacia dei documenti prodotti in causa e, nella specie, la validità e l’efficacia di una dichiarazione di operatore qualificato sottoscritta da soggetto



diverso da quello che ha concluso e siglato le operazioni derivate e, presumibilmente, sfornito dei requisiti sostanziali previsti a tal fine dalla normativa di settore.

Non v'è dubbio che, per l'ipotesi in cui il legale rappresentante della società sia diverso da quello che ha sottoscritto la dichiarazione di operatore qualificato, la banca, e i suoi funzionari, hanno comunque l'obbligo, sempre dettato dai criteri di professionalità e di trasparenza, di verificare che l'interlocutore, persona fisica, alla quale far sottoscrivere il contratto, sia effettivamente in possesso delle competenze di operatore qualificato.

La divergenza tra il soggetto sottoscrittore della dichiarazione di operatore qualificato ed il firmatario delle operazioni in derivati rileva pertanto sotto i seguenti profili, tutti contrastanti con la *ratio* del citato art. 31 del Regolamento Consob:

- il sottoscrittore dei contratti derivati non era operatore qualificato e non poteva pertanto comprendere la complessità e pericolosità delle operazioni finanziarie che si accingeva a svolgere;
- il contenuto della dichiarazione di operatore qualificato, rilasciata presumibilmente dal signor _____ non può presumersi *tout court* conforme al vero, in forza del disposto dell'art. 31 del Regolamento Consob 11522/1998, imponendo al contrario alla banca una puntuale verifica in merito all'effettiva sussistenza di specifica competenza ed esperienza.

Correttamente, il Giudice di prime cure ha rilevato che la dichiarazione sub doc. 12 della banca non avrebbe potuto automaticamente comportare l'esclusione della normativa di protezione dell'investitore invocata da parte appellante: "in tutti i casi, anche la sottoscrizione di operatore qualificato di cui all'art. 31 del regolamento Consob numero 11522 del 1998 non sarebbe stata sufficiente a comportare la automatica disapplicazione della normativa di protezione dell'investitore, essendo a tal fine necessario anche il requisito di carattere sostanziale del possesso di una specifica esperienza in strumenti finanziari ... qualità, anche professionale, che va esclusa con riferimento alla società attrice ed alla signora _____ posto che la stessa esercita attività di produzione e commercializzazione di articoli casalinghi rientrante in settore ben diverso da quello finanziario" (pagine 29 e 30 della sentenza).

La conseguenza dello *status* di operatore qualificato è rappresentata dalla disapplicazione, nei confronti di tali soggetti, di una serie di regole di condotta previste per gli intermediari finanziari espressamente individuati sempre dal summenzionato art. 31: "Ad eccezione di quanto previsto da specifiche disposizioni di legge e salvo diverso accordo tra le parti, nei rapporti tra intermediari autorizzati e operatori qualificati non si applicano le disposizioni di cui agli articoli 27, 28, 29, 30, comma 1, fatta eccezione per il servizio di gestione, e commi 2 e 3, 32, commi 3, 4 e 5, 37, fatta eccezione per il comma 1, lettera d), 38, 39, 40, 41, 42, 43, comma 5, lettera b), comma 6, primo periodo, e comma 7, lettere b) e c), 44, 45, 47, comma 1, 60, 61 e 62".

La sussistenza della qualità di operatore qualificato non esonera dall'obbligo di rispettare il precetto di cui agli artt. 23 e 21 Testo Unico Finanza. L'art. 31 del Regolamento Consob n. 11522/98 non menziona l'art. 23 T.U.F. e l'art. 21 T.U.F., che prescrive gli obblighi degli intermediari di comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza, tra le norme che risultano derogabili in presenza di un operatore qualificato (Cfr.: Cass. Civ. n. 3889/2014).

Per altro verso, l'art. 3, 2° comma del regolamento Consob n. 11522/1998 ha considerato operatori qualificati una serie di imprenditori che esercitano attività tipicamente finanziarie (quelli elencati nella prima parte della norma) e quelle persone fisiche che abbiano "documentato" la concreta e stabile prestazione della loro attività professionale di cui alla seconda parte della norma. La disposizione regolamentare esprime la necessità di una reale e consolidata competenza di questi soggetti.

A riguardo, il Supremo Collegio di legittimità ha avuto modo di precisare che "l'autodichiarazione dell'investitore non è sufficiente a classificarlo come «investitore qualificato», infatti, gli investitori persone fisiche rientrano nella categoria degli «operatori qualificati» ove «documentino il possesso dei requisiti di professionalità» stabiliti per gli esponenti aziendali delle società di intermediazione mobiliare" (Cass. Civ. 23-09-2016 n. 18702).

Anche con riferimento alla causa concreta dei contratti in questione la sentenza di primo grado ha correttamente rilevato che "dalle risultanze

probatorie è emerso come i contratti derivati per cui è causa non fossero strumenti finanziari di copertura ma strumenti finanziari altamente speculativi. Tale circostanza, oltre che dimostrata dalla consistenza degli importi degli addebiti effettuati dalla banca convenuta tali da evidenziarne una percentuale di notevole incidenza delle perdite subite, ha trovato conferma anche nella Consulenza Tecnica d'Ufficio ..." (pagina 31 della sentenza).

Il CTU riguardo al derivato (MIB30 Depo Swap) rileva: "il derivato in esame è quindi chiaramente speculativo, e non di copertura, poiché, come nell'esempio sopra riportato, se aumentano i tassi di interesse non solo aumentano gli interessi che spa dovrà pagare alle banche che la finanziano (primo danno) ma si dovranno anche pagare flussi finanziari a beneficio della banca con la quale si è sottoscritto il derivato (secondo danno).

Se invece i tassi diminuiscono, al vantaggio connesso con la riduzione degli interessi da pagare agli istituti finanziatori (primo vantaggio) si somma l'ulteriore vantaggio di ricevere flussi positivi dal derivato (secondo vantaggio). Appare singolare sostenere che un simile contratto sia di copertura: è invece chiaramente uno strumento speculativo. ... Peraltro, l'inserimento all'interno di un contratto del parametro MIB30 appare del tutto slegata da qualsiasi logica aziendale, poiché la variazione di detto tasso non comporta nessuna apprezzabile "interferenza" rispetto ad una azienda industriale. In altre parole, non si comprende l'interesse della spa alla variazione dell'indice MIB30: essendo una azienda industriale, non ha

alcun senso "scommettere" su tale indice. Indubbiamente tale componente aumenta ancora di più la natura speculativa del derivato in esame, che quindi assolutamente non è definibile di copertura" (pagine 63 e 64 della CTU).

Con riferimento al profilo delle restituzioni, rileva l'appellante che in base a quanto ritenuto dal Giudice di prime cure, la differenza tra gli importi che risultano addebitati ed accreditati è pari a € 1.491.751,54: importo che la Banca viene condannata a pagare alla detratta la somma di € 973.632,44=, se corrisposta.

Ad avviso dell'appellante tale risultato non può essere condiviso e presenta oltre ad una errata valutazione del contegno della Banca e della evidenti violazioni e contraddizioni.

L'appellante fonda il proprio assunto sulla circostanza che il predetto importo risulterebbe da estratti conto (i docc. 3-5, 9-20, 24-31, 36-41 e 44-47 del fascicolo di primo grado di parte attrice) asseritamente alterati e riportanti "grossolane cancellazioni", e che a suo dire contrasterebbero anche con l'ulteriore documentazione (i docc. dal 67 al 614 del fascicolo di primo grado di parte attrice) prodotta dall'odierna appellata a sostegno dell'ulteriore domanda svolta in primo grado, relativa alla ripetizione delle somme contestate in relazione al rapporto di conto corrente.

L'appellante si duole, infine, del metodo adottato dal Giudice di prime cure nella quantificazione del credito restitutorio riconosciuto in capo alla

S.p.a..

La censura è priva di effettivo fondamento.

Le deduzioni dell'appellante contrastano con le risultanze documentali acquisite agli atti del giudizio dalle quali emerge che i documenti nn. 3-5, 9-20, 24-31, 36-41 e 44-47, quelli ai quali l'appellante vorrebbe ricondurre un'alterazione, sono stati prodotti dalla S.p.a. sia al fine di evidenziare la prova documentale dei versamenti effettuati e degli addebiti della banca in relazione ai contratti derivati di cui è causa (poi tutti riepilogati nel citato rendiconto prodotto quale doc. 48: ora il doc. 9), nonché in forma integrale sempre in allegato all'atto di citazione, anche unitamente ad altri estratti conto, quali docc. 67-614.

“La prova dei versamenti effettuati dall'attrice è documentale potendosi rinvenire nelle quietanze di pagamento prodotte agli atti, e le cui risultanze la convenuta non ha contestato, per l'importo, ricostruito analiticamente sulla base delle risultanze dei documenti prodotti dalle parti ed ammessi dall'odierno Giudicante, pari a complessivi euro 6.401.219,28. Infatti l'importo deve ritenersi determinato dalla somma dei singoli importi per causale “addebito prodotti derivati” che si rinvergono sui rispettivi documenti ...” (pagina 33 della sentenza).

L'analitica ricostruzione delle risultanze documentali svolta nella sentenza di primo grado ha correttamente individuato quale importo dovuto all'attrice la

somma di euro 1.491.751,54, appunto pari alla differenza tra la somma delle perdite pagate dalla _____ s.p.a. in virtù dei contratti derivati di cui è causa e la somma degli accrediti da _____ effettuati per i medesimi contratti.

Pretestuosa ed inammissibile appare la richiesta di revoca della ordinanza ex art. 186-ter c.p.c., con la quale il Tribunale condannava _____ S.p.a. a pagare a favore di _____ S.p.a. la somma di € 973.632,44=, oltre ad interessi al tasso legale dal 04.11.2009 al saldo effettivo, oltre alle spese di lite, liquidate in € 1.200,00= per spese imponibili, € 378,13= per spese esenti, € 8.000= per diritti, € 32.000= per onorari, € 500= per spese generali, oltre accessori di legge.

Ed invero, il provvedimento di cui all'art. 186 *ter* c.p.c. è di natura ordinatoria e, come tale, è destinato ad essere assorbito e sostituito dalla sentenza conclusiva della relativa fase di giudizio, salvo che venga prima revocato o modificato dal medesimo Giudice che l'ha emesso.

Come correttamente rilevato dal Supremo Collegio di legittimità, "la disciplina contenuta nell'art. 186 *ter* cod. proc. civ., con riferimento all'ordinanza-ingiunzione di pagamento o di consegna in corso di causa, non contempla l'apertura di una fase autonoma di opposizione, svincolata dal giudizio di merito pendente nel quale è stata emessa, né la sua definitività con gli effetti del giudicato in caso di omessa opposizione, prevedendo piuttosto

che il processo debba proseguire regolarmente, affinché la condanna provvisoria venga revocata, modificata o confermata dalla sentenza conclusiva, dalla quale è necessariamente destinata ad essere sostituita o assorbita. Infatti, detto provvedimento anticipatorio è assoggettato al regime delle ordinanze revocabili di cui agli artt. 177 e 178, primo comma, cod. proc. civ., e, come tale, è inidoneo ad assumere contenuto decisorio e ad incidere con l'autorità del giudicato su posizioni di diritto sostanziale. (Cass. Civ. Sez. Un. n. 1820/2007: all. 21).

Del tutto ininfluyente deve ritenersi la circostanza che il Giudice di prime cure abbia pronunciato un'ordinanza ex art. 186^{ter} c.p.c. per somme inferiori a quelle oggetto della relativa istanza, non essendo ravvisabile a riguardo alcuna violazione di diritto ma, semplicemente, un accoglimento solo parziale delle domande svolte dalla S.p.a..

Del tutto condivisibile appare la conferma con la sentenza di merito della predetta ordinanza, sussistendone tutti i presupposti di legge ed atteso che la prova scritta idonea ai fini dell'emissione della medesima ordinanza risulta pacificamente rappresentata dagli estratti conto dimessi dalla

S.p.a. sub docc. 3-5, 9-20, 24-31, 36-41 e 44-47, poi tutti riepilogati nel citato rendiconto prodotto quale doc. 48, pacificamente idonei a dimostrare i versamenti effettuati e gli addebiti della banca in relazione ai contratti derivati di cui è causa.

L'appellante sottopone a censura l'accoglimento della domanda di risarcimento prospettata dalla : domanda risarcitoria fondata sulla base del mancato rispetto dell'onere di diligenza posto dagli artt. 21 e 26 del D. Lgs. 58/1998 (TUF), che si ritengono non derogati dall'art. 31 Reg. Consob 11522/1998.

Rileva l'appellante che "la è stata sempre informata preventivamente dagli esperti di in merito alla operazione che essa intendeva compiere, che è stata quindi illustrata secondo quelle che erano le aspettative del mercato (l'esperto finanziario fa proiezioni, non certo previsioni), tenendo conto dei parametri noti ad ogni operatore finanziario quali ad esempio le rilevazioni sulla curva dei tassi, forniti dalle più accreditate agenzie. Non si può quindi genericamente addossare alla Banca l'esito negativo di un'operazione, giudicando dei contratti per loro natura aleatori con il senno di poi, ovvero dai loro risultati e prescindendo anche dagli avvenimenti storici e dei loro riflessi sul mercato."

Ad avviso dell'appellante, "altro elemento di fondamentale importanza al fine di rigettare una sorta di incapacità della di rendersi conto degli effetti delle operazioni concluse, e che le operazioni avevano una periodicità trimestrale e quindi ogni tre mesi è avvenuta la contabilizzazione del differenziale prodotto dal contratto sul conto corrente di che non ha mai sollevato alcuna contestazione al riguardo.

La censura è priva di effettivo fondamento.

In ordine alla violazione degli obblighi di diligenza, professionalità e buona fede, il Giudice di prime cure fonda la propria pronuncia di condanna sui seguenti rigorosi presupposti:

a) Mancato assolvimento dell'onere probatorio, imposto dall'art. 23 Testo Unico Finanza, in riferimento al rispetto degli obblighi di diligenza, correttezza e trasparenza ex artt. 21 e 26 Testo Unico Finanza.

Così si pronuncia la sentenza di primo grado: "la domanda dell'attrice risulta parimenti fondata e meritevole di accoglimento anche sotto il profilo risarcitorio, in considerazione del fatto che i convenuti non hanno fornito prova di avere rispettato gli obblighi di diligenza, correttezza e trasparenza su di essi gravanti in materia di regole generali di comportamento ex artt. 21 e 26 D.Lgs. 58/1998, ai sensi del cui combinato disposto nella prestazione dei servizi e delle attività di investimento ed accessori, i soggetti abilitati sono tenuti a comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza, per servire al meglio l'interesse dei clienti per l'integrità dei mercati, e ciò anche nei confronti della clientela riconducibile al novero degli operatori qualificati, non essendone esclusa l'operatività dall'art. 31 Reg. Consob n. 11522/1998 (Trib. Milano 23.03.2012)."

I convenuti tutti hanno violato gli obblighi di diligenza e professionalità di cui all'art. 21 TUF, nonché il generale principio di buona fede oggettiva, atteso

che “hanno proposto all’attrice strumenti finanziari non rispondenti alle esigenze di quest’ultima” (pagine 39 e 40 della sentenza).

La prima violazione riscontrata dal Giudice consiste nell’offerta di contratti derivati non rispondenti alle esigenze economiche della società attrice trova peraltro fondamento e riscontro nella Consulenza Tecnica d’Ufficio svolta che ha accertato come: “da un punto di vista sostanziale, il primo contratto (MIB30 Depo Swap – Riferimento 1574/00-1, 24 febbraio 2000) chiaramente non aveva alcuna funzione di copertura per la : non si comprende il motivo per il quale una azienda industriale debba scommettere su di una diminuzione dei tassi di interesse ... Da un punto di vista logico, quindi, il primo contratto non è certo di copertura, ma raddoppia il rischio di perdite in caso di aumento dei tassi di interesse sul mercato. Si tratta di un contratto speculativo, tra l’altro caratterizzato da elevati “costi occulti” ... I contratti successivi, ancora più estranei ed avulsi dalla logica industriale e dal contesto della si appalesano poi come un modo per rinviare (almeno in parte) il realizzo delle perdite agli esercizi successivi. Risultano quindi costruiti non in funzione di assicurare un qualche vantaggio o copertura alla cliente (sono del tutto avulsi dai suoi possibili interessi o dalle sue possibili convenienze, e sono tutti caratterizzati da mtm negativi) ma in funzione di altre logiche, del tutto incomprensibili allo scrivente, che vede quindi quale unica logica possibile quella dal rinvio “nuovo” almeno di parte delle perdite. A ben vedere, però, tale obiettivo (sulla cui legittimità lo scrivente non intende entrare,

lasciandone la valutazione all'Organo Giudicante) non è stato realizzato, poiché nel tempo si sono accumulate perdite via via crescenti. Il risultato è stato quindi un accavallarsi di perdite" (pagine 54 e 55 della CTU).

La seconda violazione riscontrata dal Giudice consiste nell'assenza di adeguata preparazione e cognizione in materia di contratti derivati in capo ai venditori, signori ed

Così si esprime il Tribunale: "di notevole rilevanza risulta anche la circostanza che i convenuti e non hanno provato la loro qualità di promotori finanziari in quanto induce il Giudice a ritenere che, in mancanza della dimostrazione di tale qualità, unica che avrebbe consentito quantomeno di presumere la particolare e speciale preparazione e cognizione dei contratti derivati, è da escludersi che i convenuti siano stati in grado di fornire all'attrice l'adeguata informazione circa la complessità e pericolosità degli strumenti finanziari proposti alla società attrice. Risulta, pertanto, anche violato l'art. 26, lett. E) del reg. Consob, che impone, così come è imposto da principi di correttezza a qualsiasi venditore, di avere un'adeguata conoscenza del prodotto che si offre alla clientela". (pagine 38 e 39 della sentenza).

Il Giudice di prime cure ravvisa infine nella violazione dei doveri di diligenza e professionalità previsti dalla normativa di settore, anche la violazione del "generale principio di buona fede oggettiva proprio del diritto generale dei

contratti” (pagina 39 della sentenza), da cui deriva, comunque, il fondamento della condanna risarcitoria sulla scorta della costante giurisprudenza di legittimità (Cfr.: Cass. Civ. n. 2855/2008; n. 18947/2005; n. 23273/2006).

Tale obbligo risulta essere stato violato dai convenuti i quali invece hanno proposto all’attrice strumenti finanziari non rispondenti alle esigenze di quest’ultima” (pagine 39 e 40 della sentenza).

In ordine alla responsabilità dei due dipendenti e rileva l’appellante che il Giudice “pone a fondamento della responsabilità dei due dipendenti fatti del tutto irrilevanti, quali l’assenza della qualità di promotori finanziari, il fatto che non conoscessero le operazioni che andavano a proporre (presunta dalla prima), ma anche di aver agito in violazione dei doveri specifici e generali posti dalla relativa normativa.

Eccepisce, inoltre, la prescrizione delle domande e dei diritti *ex adverso* invocati nei confronti dei convenuti e dal momento che viene dedotta una responsabilità di tipo extracontrattuale e quindi con termine di prescrizione quinquennale, mentre i fatti a loro addebitati si riferiscono agli anni 2000 per il sig. Orioli ed agli anni 2003 per il sig. Mondolo.

Ad avviso dell’appellante “il problema della responsabilità dei dipendenti va affrontato ontologicamente, risalendo all’affermazione di controparte secondo cui i dipendenti avrebbero tenuto un comportamento non rispettoso dei doveri comportamentali a loro imposti dell’art. 21 TUF e dell’art. 26 Reg. Consob

11522/98, nonché dalle norme in materia buona fede.

Rileva all'uopo che "se è vero che l'art. 1228 c.c. riporta nell'ambito contrattuale la disciplina contenuta nell'art. 2049 c.c., la riporta riferendosi alle ipotesi di colpa o dolo dell'ausiliario e non certo in relazione all'attività dallo stesso svolta, di carattere giuridico, nell'ambito delle sue funzioni di rappresentanza organica della Banca.

Anche detto profilo di censura è privo di fondamento.

La responsabilità dei signori ed deve ritenersi di natura contrattuale e trova la propria fonte nella violazione delle specifiche regole dettate dalla legge e poste a tutela dei soggetti nel cui interesse quelle regole sono dettate e che, per violazione di esse, abbiano sofferto un danno; tale specie di responsabilità si configura come responsabilità da contatto sociale qualificato, pertanto soggetta all'ordinario termine prescrizione decennale (cfr.: Cass. Civ. Sez. Unite n. 14712/2007).

La responsabilità dei signori ed come rilevato anche dall'appellata, è stata correttamente accertata dal Giudice di prime cure in base alle seguenti circostanze:

a) i convenuti non hanno provato la loro qualità di promotori finanziari; ciò consente di escludere che siano stati in grado di fornire all'attrice l'adeguata informazione circa la complessità e pericolosità degli strumenti finanziari proposti alla s.p.a. e comporta pertanto la violazione dell'art.

26, lettera E del Regolamento Consob, che impone invece di avere un'adeguata conoscenza del prodotto che si offre alla clientela (pagine 38 e 39 della sentenza impugnata); a tal riguardo è evidentemente del tutto infondata l'affermazione dell'appellante secondo cui la presunta natura di operatore qualificato della s.p.a. escluderebbe la necessità che i contratti derivati siano proposti da promotori finanziari: innanzitutto, perché tale natura in capo all'odierna esponente è stata correttamente esclusa dalla sentenza impugnata ed in secondo luogo perché, come rilevato anche dal Giudice di prime cure, i doveri di diligenza e professionalità di cui all'art. 21 TUF, violati dai convenuti, oltre a non essere menzionati nell'art. 31 del Regolamento Consob n. 11522/1998 tra gli obblighi derogabili in presenza di operatori qualificati, "sono anche espressione del principio generale di buona fede oggettiva proprio del diritto generale dei contratti, principio su cui anche l'esclusione degli adempimenti di cui agli artt. 27, 28, 29 Reg. Consob in presenza di operatori qualificati, non incide minimamente" (pagina 39 della sentenza);

b) come osservato dal Giudice di prime cure, ciò "è stato confermato dall'interrogatorio formale nel corso del quale tanto il convenuto

quanto il convenuto hanno riconosciuto che il vendere strumenti finanziari come quelli per cui è causa contribuiva al raggiungimento del budget insieme ad altre voci poste alla base di un'eventuale incentivazione economica (premio o bonus) personale.

In tutti i casi il comportamento dei sigg.

ed

improntato evidentemente alla vendita di prodotti finanziari complessi e rischiosi per fini propri della banca e degli stessi operatori, stante la presunzione di non conoscenza adeguata degli strumenti finanziari proposti in assenza di qualità di promotori finanziari in capo ai predetti sigg.

ed

consente all'odierno Giudicante di

individuare in capo ai medesimi non solo la colpa nel non aver prestato la dovuta diligenza e prudenza, ma anche la personale responsabilità nel partecipare alla negoziazione di detti strumenti finanziari nella presumibile consapevole conoscenza che gli stessi avrebbero potuto arrecare all'attrice gravissime perdite. Presunzione valida per il primo contratto stipulato che si trasforma in certezza di arrecare nocumento alla società attrice laddove successivamente alla perdita maturata con il primo contratto, sono stati comunque proposti, dai sigg. ed altri contratti derivati sempre ad alto rischio e con caratteristiche di assoluta finalità speculativa, a cascata ovvero l'uno per coprire e rinegoziare le perdite del precedente" (pagine 40 e 41 della sentenza).

Nessuna censura può, infine, essere mossa alla liquidazione equitativa del danno svolta dal Tribunale, posto che l'*iter* logico seguito dal Giudice risulta adeguatamente e compiutamente motivato nella sentenza impugnata.

- Il sesto motivo d'appello, avente ad oggetto la pronuncia sulle spese di giudizio e asserita responsabilità aggravata della _____ s.p.a., è manifestamente privo di fondamento, stante l'innegabile soccombenza in primo grado e l'infondatezza dei motivi dell'odierno appello.

Inammissibile, oltre priva di fondamento, deve ritenersi la censura relativa al provvedimento di liquidazione delle spese di un CTU, posto che l'art. 170 del D.P.R. n. 115/2002 riserva ad un procedimento speciale (disciplinato dall'art. 15 del D.Lgs. 150/2011, da introdurre con ricorso ex art. 702bis c.p.c.) ogni opposizione al decreto di pagamento delle spese dell'ausiliario del Giudice

Anche la domanda svolta dall'appellante di condanna ex art. 96 c.p.c. a carico della _____, oltre che infondata, è da ritenersi nuova e perciò inammissibile ex art. 345 c.p.c., posto che non risulta formulata nel giudizio di primo grado.

- Con il settimo motivo di appello si censura mancato accoglimento delle domande formulate in via riconvenzionale subordinata dalla Banca ed aventi ad oggetto la condanna della società _____ a restituire alla Banca tutte le somme dalla medesima incassate in forza dei contratti per cui è causa, maggiorate di interessi e rivalutazione monetaria dalla data di incasso a quelle della restituzione; condannarsi inoltre la suddetta società attrice _____, al risarcimento dei danni cagionati alla Banca convenuta, o comunque a concorrere alle conseguenze economiche delle illegittimità contestate anche

sotto il profilo della concorso di colpa, art. 1227 c.c. e per non essersi la medesima società attrice attivata per evitare e/o ridurre l'asserito danno, per le ragioni dedotte in narrativa; disporsi la compensazione tra le somme reciprocamente dovute.

La censura è priva di fondamento.

il Giudice di prime cure ha invero correttamente accolto la domanda di compensazione tra gli addebiti imputati alla S.p.a. e accrediti in favore della medesima da parte della banca.

Il Giudice infatti, pur rilevando il mancato assolvimento dell'onere probatorio gravante su , ha accolto la domanda avversaria sulla base dei documenti versati agli atti dalla medesima S.p.a., posto che, come riconosciuto dallo stesso Tribunale, "i convenuti non hanno invece fornito alcuna prova degli accrediti effettuati in favore dell'attrice" (pagina 35 della sentenza): non sussiste pertanto alcun concreto interesse ad impugnare.

La domanda di risarcimento dei danni asseritamente cagionati alla banca dalla che in realtà era stata proposta in via alternativa, risulta parimenti inaccoglibile in quanto priva di qualunque dimostrazione.

Nell'atto di appello sembra basare la richiesta di accoglimento di tale istanza su mere affermazioni senza provare invece i profili di colpa che sarebbero imputabili alla l'esistenza di un danno effettivo a carico della ed il nesso causale tra tale presunto danno ed il comportamento

imputabile alla

Anche la domanda di riduzione della responsabilità della banca ex art. 1227 c.c., proposta in via meramente alternativa, risulta infine sfornita di qualunque sostegno probatorio.

- Con l'ottavo motivo di appello si censurano in via residuale altri punti della pronunzia impugnata.

In primis, viene posta la questione della mancata separazione della causa proposta nei confronti della Banca da quella promossa contro e

Rileva l'appellante che con tale scelta processuale, l'attrice voleva raggiungere un altro scopo, e cioè impedire la testimonianza dei dipendenti citati, come mezzo di prova a cui sarebbe ricorsa la Banca.

La questione pare priva di fondamento, stante il riconoscimento da parte del Giudice di prime cure della solidarietà passiva tra la banca ed i propri dipendenti. Tra le domande proposte nei confronti della banca e dei suoi dipendenti esiste infatti una connessione tanto soggettiva quanto oggettiva, determinata dalla sussistenza di un'obbligazione solidale ex art. 1228 c.c.

Il cumulo delle domande nel medesimo giudizio è pertanto pienamente legittimato, anche in virtù del disposto di cui agli artt. 103 e 33 c.p.c.; per

contro, non convince l'assunto avverso secondo cui l'eventuale separazione delle cause avrebbe consentito a _____ e ad _____ di deporre come testimoni nel giudizio pendente nei confronti della banca, atteso che i medesimi avrebbero in ogni caso avuto un "interesse" che ai sensi dell'art. 246 c.p.c. li avrebbe resi incapaci di testimoniare.

Altra questione è posta sulla domanda subordinata di _____ S.p.a. di annullamento dei contratti derivati per dolo.

Sul punto, occorre rilevare che non sussiste in capo ad _____ alcun interesse a svolgere deduzioni in merito ad una domanda subordinata proposta da _____ S.p.a., che neppure è stata considerata dal Giudice di prime cure per essere stata superata dall'accoglimento della domanda principale. Ogni deduzione deve pertanto ritenersi pleonastica ed inammissibile.

Anche sul conflitto di interessi riguardante _____ S.p.a., sul quale l'appellante si dilunga in considerazioni di vario genere, occorre evidenziare preliminarmente l'assenza di qualsiasi interesse in capo alla _____ a svolgere censure e deduzioni, posto che detto argomento, sollevato dalla _____ S.p.a., non è stato oggetto di pronuncia del Giudice di prime cure.

Lo stesso dicasi delle doglianze relative alle commissioni implicite, alla illegittimità del contratto di mutuo e all'anatocismo, considerato che detti argomenti, sollevati dalla _____ S.p.a. non sono stati accolti dal

Venendo all'appello incidentale svolto dalla _____ S.p.a. si rileva che risulta articolato su quattro motivi di gravame.

- Il primo motivo di appello concerne "l'erroneo accoglimento parziale della domanda riconvenzionale svolta da _____ S.p.a."

La _____ S.p.a. ha proposto appello incidentale avverso la sentenza n. 863/2013 emessa dal Tribunale di Brescia, relativamente al seguente capo: "condanna la _____ S.p.a., in persona del suo legale rappresentante pro tempore, al pagamento in favore dell'attrice della somma di euro 1.491.751,74, oltre interessi al tasso legale dal 4.11.2009 al saldo effettivo".

Rileva l'appellante come "l'accertamento in merito al mancato assolvimento dell'onere probatorio gravante sulla _____ dovesse comportare il rigetto della domanda svolta dalla medesima ai sensi dell'art. 2697 c.c., a mente del quale "chi vuol far valere un diritto in giudizio, deve provarne i fatti che ne costituiscono il fondamento ...".

A suo avviso, "una simile inerzia, grave e colpevole, non solo comportava l'obbligo per il Giudice di rigettare la domanda svolta dalla _____ S.p.a. ai sensi dell'art. 2697 c.c., ma poteva altresì essere valutata quale argomento di prova contro _____ ai sensi dell'art. 116, II comma, c.p.c."

La censura è priva di effettivo fondamento.

Correttamente il Tribunale ha proceduto all'esame ed alla effettiva quantificazione delle perdite originate dalle negoziazioni oggetto di

contestazione, avvalendosi dell'ausilio del CTU e sulla base della documentazione regolarmente depositata dalle parti, dalla quale risultano con sufficiente evidenza, tanto gli addebiti, quanto gli accrediti.

Tale quantificazione dei flussi in addebito ed in accredito, operata sulla base della documentazione prodotta dalle parti, ed in particolar modo sulla base degli estratti conto prodotti dalla [redacted] attiene alla determinazione delle perdite effettive generate dall'assunzione dei prodotti finanziari in contestazione, anche a prescindere dalla domanda riconvenzionale svolta dalla Banca.

- Con il secondo motivo di appello incidentale, si censura l'ingiusto rigetto della domanda di [redacted] S.p.a. di risarcimento del danno da svalutazione monetaria.

Ad avviso dell'appellante "ingiusta è la decisione del Tribunale di primo grado di rigettare la domanda svolta dalla [redacted] S.p.a. di rivalutazione monetaria delle somme chieste in restituzione alla [redacted] S.p.a., sul solo presupposto che si trattasse di "debito di valuta" e non di "debito di valore" (così infatti si esprime il Tribunale: "a parere dell'odierno Giudicante nulla è dovuto a titolo di rivalutazione monetaria dell'importo ripetuto trattandosi di debito di valuta e non di valore": pagina 37 della sentenza impugnata).

La censura è fondata.

L'obbligazione restitutoria accertata a carico della banca rappresenta

pacificamente un'obbligazione avente per oggetto una somma di denaro ai sensi e per gli effetti dell'art. 1224 c.c., posto che, sin dall'origine del rapporto contrattuale, le reciproche prestazioni a carico delle parti (ed ora oggetto di restituzione) erano esclusivamente di natura pecuniaria.

Ai sensi del secondo comma della citata disposizione, ne consegue pertanto che il creditore dell'obbligazione (la S.p.a.) ha diritto a ricevere, non solo gli interessi legali sulle predette somme, ma anche il risarcimento del maggior danno subito nelle more della restituzione a causa dell'indisponibilità degli importi addebitati.

Orbene, la più recente giurisprudenza di legittimità, supportata dalla pronuncia delle Sezioni Unite, è ormai pacificamente attestata sul principio secondo cui "il maggior danno di cui all'art. 1224, secondo comma, cod. civ. può ritenersi esistente in via presuntiva in tutti i casi in cui, durante la mora, il saggio medio di rendimento netto dei titoli di stato con scadenza non superiore a dodici mesi sia stato superiore al saggio degli interessi legali. Ricorrendo tale ipotesi, il risarcimento del maggior danno spetta a qualunque creditore, quale che ne sia la qualità oggettiva o l'attività svolta" (Cass. Civ. Sez. Un. n. 19499/2008: all. 29).

Pertanto, deve riconoscersi alla il diritto ad ottenere la rivalutazione monetaria, sull'importo oggetto di restituzione a proprio favore, nella misura in cui il tasso medio annuale dei titoli di Stato supera il saggio di interesse



legale.

- Con il terzo motivo di appello, l'appellante ha rilevato l'ingiusto rigetto delle domande di ripetizione conseguenti all'accertamento delle illegittime causali degli addebiti in conto corrente.

Il motivo risulta espressamente rinunciato dalla con la propria comparsa conclusionale (pp. 78-79), come ben rilevato anche dalla Banca nella propria memoria di replica (p.10). Sul punto, pertanto, *nulla quaestio*.

- Con il quarto motivo d'appello incidentale, l'appellante si duole dell'omessa pronuncia in merito alla domanda di accertamento dell'invalidità del contratto di mutuo e di ripetizione delle somme pagate in virtù del medesimo.

Premette l'appellante che nel giudizio di primo grado la S.p.a. aveva svolto domanda per l'accertamento e la dichiarazione dell'invalidità, illegittimità e/o nullità del contratto di mutuo stipulato in data 21.06.2006 con la S.p.a. e per la conseguente condanna dei convenuti a restituire all'attrice tutte le somme dalla stessa pagate in virtù di detto contratto o, in subordine, per la condanna dei convenuti al risarcimento del danno patito dall'attrice a seguito della stipula del medesimo.

Rileva l'appellante, in proposito, che nessuna statuizione è rinvenibile nella sentenza n. 863/2013 emessa dal Tribunale di Brescia, e ne censura, pertanto, il vizio di omessa pronuncia.

A suo avviso, "la fondatezza di tale motivo d'appello si rinviene, in
pagina88 di 92

particolare, nel collegamento negoziale tra gli illeciti ed illegittimi contratti derivati oggetto di causa ed il contratto di mutuo *de quo*, essendo quest'ultimo stato stipulato per consentire il pagamento delle perdite maturate sulle operazioni di *swap*, con l'ulteriore aggravamento della richiesta di ipoteca su compendio immobiliare. Detto collegamento risulta, anzi, positivamente dimostrato anche dall'ulteriore circostanza che di fatto l'importo concesso a mutuo sia stato accreditato sul conto corrente della S.p.a. ed immediatamente compensato con le passività ivi riportate derivanti proprio dalle operazioni di *swap* oggetto di causa.”

Ciò sarebbe confermato anche dal doc. 3bis (prodotto anche quale doc. 6 dall'appellata in grado di appello), che la banca invoca quale documento estintivo dei rapporti di cui è causa, dal quale si evince che “l'erogazione del mutuo ipotecario è da considerarsi a completa e definitiva tacitazione di ogni e qualsiasi pretesa relativa all'operazione *de qua*”.

Dalla nullità del contratto di mutuo deriverebbe la ripetizione in favore della S.p.a. degli importi addebitati dalla banca a titolo di oneri ed interessi sul medesimo. Ed infine, anche nella denegata ipotesi in cui non si ritenesse fondata la domanda di invalidità di cui sopra, la S.p.a. avrebbe comunque diritto ad ottenere il pagamento dei succitati importi pagati in virtù del contratto di mutuo anche a titolo risarcitorio.

La censura, seppur suggestiva, è priva di effettivo fondamento.

La tesi per cui la Pedrini sarebbe stata costretta a richiedere un mutuo dell'importo di € 5.850.000,00 per coprire le passività dell'ultima operazione (che inglobava quelle precedenti), è destinata a restare sfornita di adeguato fondamento, in quanto per la maggiore parte detto mutuo appare contratto per far fronte ad esigenze organizzative della medesima, come riportato nel relativo atto del 20.06.2006.

L'appellante intende sostenere di avere subito perdite per i contratti derivati in contestazione per un importo di € 5.915.415,00, esponendo solo gli addebiti ed omettendo gli accrediti da cui si origina e prende forma il relativo calcolo differenziale che determina l'esito finale e l'importo a debito o a credito di una delle parti alla conclusione di ogni operazione

Invero, appare verosimile che Pedrini utilizzò detto mutuo per chiudere l'ultima operazione (€ 628.200,00), mentre la restante somma "per la copertura di altre esigenze finanziarie aziendali." Il contenuto dell'atto del 20.06.2006, come pure dei riscontri contabili citati dall'appellante, infatti, non supportano in modo univoco il collegamento negoziale dedotto tra il mutuo ipotecario ed i contratti derivati affetti da nullità.

Quanto ai motivi di appello incidentale condizionato vertenti su contestazioni di profili riguardanti i contratti derivati, quali la presunta indeterminatezza, la contestata qualità di promotori finanziari in capo ai funzionari della Banca, profili di contenuto dei contratti medesimi, la negoziazione fuori sede e

l'aleatorietà, risultano completamente assorbiti dal mancato accoglimento dell'appello principale cui sono subordinati.

Al rigetto dell'appello principale proposto dalla Banca S.p.a e dell'appello incidentale proposto da e da ritenersi, nell'economia del giudizio di soccombenza, preponderante e prevalente sul rigetto parziale, dell'appello incidentale, previa compensazione per 1/5, segue la condanna degli appellanti in solido a rimborsare alla società appellata S.p.a. le spese del grado d'appello, nella misura dei restanti 4/5, alla cui liquidazione, come da dispositivo, si provvede in conformità ai criteri di cui alla tabella A del decreto ministeriale 10 marzo 2014, n. 55.

P.Q.M.

La Corte d'Appello di Brescia – Prima Sezione Civile, definitivamente pronunciando, ogni diversa e contraria domanda o istanza respinta, così decide:

- Rigetta l'appello principale proposto da S.p.a-- avverso la sentenza del Tribunale di Brescia, n. 863/2013;

- Dichiaro inammissibile l'appello incidentale proposto

e

- In parziale accoglimento dell'appello incidentale proposto da

S.p.a., riconosce il diritto della stessa al pagamento del maggior danno, nella

misura in cui il tasso medio annuale dei titoli di Stato supera il saggio di interesse legale, sull'importo di Euro 1.491.751,74, dal 04-11-2009 al saldo.

- Conferma nel resto la sentenza impugnata.

- Condanna gli appellanti S.p.a., e

in solido alla rifusione delle spese del giudizio d'appello in favore dell'appellata S.p.a. che, previa compensazione nella misura di 1/5, si liquidano nei restanti 4/5 in € 6.500,00 per la fase studio, € 4.000,00 per la fase introduttiva ed € 9.500,00 per la fase decisoria, oltre rimborso forfettario ed accessori come per legge.

- Si da atto che ai sensi del DPR n. 115/2002, art. 13, comma 1 quater, come modificato dalla legge n.228/2012, ricorrono i presupposti per il versamento da parte degli appellanti S.p.a, e dell'ulteriore importo per contributo unificato, pari a quello dovuto per l'appello.

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio della Prima Sezione Civile della Corte di Appello il 22-02-2017.

IL CONSIGLIERE EST.

Fernando D'Amico

IL PRESIDENTE

Antonietta Miglio

DEPOSITATO NELLA CANCELLERIA
DELLA CORTE D'APPELLO DI BRESCIA
22 GIU. 2017

Oggi

IL FUNZIONARIO GIUDIZIARIO
Giuseppe PASQUARELLA

IL FUNZIONARIO GIUDIZIARIO
Giuseppe PASQUARELLA

pagina 92 di 92