TRIBUNALE DI BRESCIA
SEZIONE SECONDA CIVILE

Il Giudice Onorario Dott. Maurizio Di Rocco, in temporaneo incarico sul ruolo della P.I. Dott. Augusto Bitonte, nella causa R.G.[redacted], introdotta da [redacted] **s.p.a.**, con l'Avvocato [redacted], attrice, contro [redacted] **s.p.a.**, [redacted] **e** [redacted] con gli Avv. [redacted] del [redacted] e [redacted] del [redacted], convenuti;

a scioglimento della riserva assunta all'udienza del 28.07.2011,

letti gli atti del procedimento;

in merito all'istanza di emissione di ordinanza di ingiunzione esecutiva avanzata da parte attrice;

premesso

- che all'udienza del 28.07.2011 parte attrice ha proposto istanza di emissione di ordinanza di ingiunzione ex art. 186-ter c.p.c. o 186-quater c.p.c. per il pagamento degli importi oggetto di ripetizione mentre parte convenuta si è opposta alla medesima deducendo anche la nullità della Consulenza Tecnica d'Ufficio depositata in data 28.07.2011;

- che all'udienza sono stati concessi termini sino al 15.09.2011 al Consulente Tecnico d'Ufficio per depositare risposta alle osservazioni dei Consulenti Tecnici di Parte, ed al 30.9.2011 alle parti per il deposito di memorie esplicative delle rispettive istanze e per risposta alle eccezioni della rispettiva controparte;

- che nei termini di cui sopra risultano essere state depositate le osservazioni del Consulente Tecnico d'Ufficio, in data 15.09.2011, e delle parti in data 30.09.2011;

- che prima dell'udienza del 28.07.2011 erano stati concessi alle parti i termini di legge per il deposito di memorie ex art. 183-VI comma c.p.c.;

- che le parti hanno depositato nei termini concessi le rispettive memorie e prodotto i rispettivi documenti ed hanno formulato le rispettive istanze istruttorie;

- che pertanto la CTU è stata svolta dopo il deposito delle memorie ex art. 183-VI comma c.p.c. e dei documenti versati in giudizio dalle parti;

rilevato che risulta infondata l'eccezione di nullità della Consulenza Tecnica d'Ufficio sollevata dalla convenuta sul presupposto del mancato rispetto da parte del Consulente Tecnico d'Ufficio dei termini allo stesso concessi (in particolare la convenuta sostiene che il CTU avrebbe disatteso il termine del 31.05.2011 per l'invio della bozza ai Consulenti di Parte e del 30.06.2011 per il deposito della perizia); è infatti pacifico in giurisprudenza come il mancato rispetto del termine da parte del CTU non possa costituire ragione di nullità della Consulenza Tecnica d'Ufficio, rinvenendosi nello stesso unicamente una ipotetica fonte di responsabilità del CTU per l'ipotesi in cui una delle parti lamenti di essere stata danneggiata dal ritardo nel deposito (circostanza questa che non può certo riferirsi alla convenuta, atteso che la CTU è stata disposta su istanza dell'attrice e che è comunque da escludersi in considerazione che il CTU ha motivato il ritardo nel deposito della perizia per motivi di salute), mentre la nullità della Consulenza Tecnica d'Ufficio, può ravvisarsi esclusivamente laddove vengano violate le regole del contraddittorio e quindi il diritto di difesa delle parti (Cass. Civ. 1457/1995; 13428/2007); tale violazione non può ravvi-

sarsi nel caso di specie, nel quale il CTU ha incontrato i consulenti di parte nel giorno di inizio delle operazioni peritali, e prima di depositare la perizia ha inviato la bozza dell'elaborato peritale ai Consulenti Tecnici di Parte consentendo loro di inviare le rispettive conclusioni rispettando il termine di dieci giorni concesso dal Giudice; la fondatezza delle doglianze della convenuta è poi esclusa dalla circostanza che la stessa non ha contestato la congruità del termine di dieci giorni concesso ai Consulenti Tecnici di parte, e dal fatto che i Consulenti Tecnici di Parte hanno inviato le rispettive memorie al CTU, con ciò quindi confermando che il termine loro concesso era sufficiente e tale da essere rispettato; inoltre il CTU ha depositato l'elaborato peritale unitamente alle memorie dei rispettivi Consulenti Tecnici di Parte con ciò evidenziando che nella stesura della sua perizia ha tenuto conto delle conclusioni dei Consulenti Tecnici di Parte; in ogni caso e per di più, all'udienza del 28.07.2011, è stato concesso al CTU un ulteriore termine per depositare un'integrazione alla perizia ed ulteriori risposte e osservazioni alle deduzioni dei Consulenti Tecnici di Parte; il CTU ha depositato le proprie osservazioni e risposte in data 15.09.2011 e anche in relazione alle medesime le parti hanno potuto argomentare con le ulteriori e successive memorie difensive depositate in data 30.09.2011; risulta pertanto ampiamente rispettato ogni contraddittorio ed ogni diritto di difesa delle parti;

rilevato che la convenuta ha ribadito l'eccezione di incompetenza dell'adito Tribunale in virtù della clausola compromissoria inserita quale art. 13 nel "contratto normativo relativo ad operazioni di interest rate cap, interest rate floor e interest rate collar con operatori qualificati" e della clausola n. 15 inserita nel "contratto normativo relativo ad operazioni di interest rate swap con operatori qualificati", allegati alla comparsa di costituzione e risposta entrambi

quali documenti n. 5 ed entrambi recanti la data del 29.03.2005: a sostegno della eccezione la convenuta non ha fornito elementi ulteriori e diversi rispetto a quelli già precedentemente formulati e già valutati con ordinanza 30.12.2010, al cui contenuto si rimanda, con la quale si è evidenziata la non applicabilità di dette clausole ai contratti derivati prodotti dalla convenuta in quanto aventi data antecedente a quella di stipula delle clausole invocate; è pertanto da confermarsi l'esclusione dell'applicabilità della clausola compromissoria invocata da controparte;

rilevato che dall'esame degli atti e documenti versati in causa dalle parti nei termini di legge, è, come confermato anche dalla CTU, allo stato da escludersi la sussistenza di valido Accordo Quadro;

rilevato che i convenuti non hanno fornito dimostrazione alcuna, nei termini concessi ex art. 183-VI comma c.p.c. della qualità di promotori finanziari dei funzionari della banca né hanno chiesto di provarlo per prova orale;

rilevato che il contenuto del doc. 3-bis della convenuta non può considerarsi quale transazione dei contratti di cui è causa poiché dallo stesso non è dato evincere né che l'attrice aveva contestato la nullità dei contratti derivati né che le parti volevano prevenire eventuali liti o contestazioni sui contratti derivati (anzi risulta chiaro che l'oggetto del documento era solo il pagamento da parte di [redacted] s.p.a. della passività maturata sull'ultima operazione in derivati); inoltre è da escludere che con detto documento le parti si siano fatte reciproche concessioni atteso che di fatto è stata prevista solo una modalità di pagamento da parte di [redacted] s.p.a., con il contratto di mutuo, dell'integrale passività derivante dall'ultima operazione in contratti derivati;

rilevato che la prescrizione dell'azione di ripetizione è soggetta all'ordinario termine decennale e decorre, per quanto riguarda i contratti derivati dalle date dei singoli pagamenti; risulta che l'attrice ha interrotto la prescrizione con la lettera datata 29.10.2009 ricevuta dalla convenuta in data 04.11.2009 – doc. 65 dell'attrice -; pertanto ogni pagamento effettuato dall'attrice rientra nel termine decennale prescrizionale;

rilevato che allo stato, rinviata al prosieguo del giudizio ogni valutazione circa la dimostrazione da parte della convenuta della richiesta di compensazione dalla stessa avanzata, può quantomeno ritenersi provato che le operazioni in strumenti derivati hanno comportato flussi netti negativi per l'attrice per euro 973.632,44, importo il cui incasso non è stato contestato ed è stato riconosciuto dalla convenuta (pag. 4 della memoria esplicativa autorizzata depositata in data 30.09.2011);

rilevato che con riferimento a detto importo certamente possono ritenersi sussistere i requisiti per l'emissione di ordinanza di ingiunzione ex art. 186-ter c.p.c. (con riferimento agli interessi, gli stessi decorrono dalla data della messa in mora: 04.11.2009; in virtù del disposto di cui all'art. 641.3 c.p.c. richiamato dall'art. 186-ter.2 c.p.c., si provvede alla liquidazione delle spese relative alla fase processuale);

rilevato che l'attrice ha domandato la condanna in solido dei convenuti ma che la ripetizione di somme può trovare accoglimento solo nei confronti della banca convenuta [redacted] s.p.a. atteso che è la stessa che ha incassato le somme, mentre la solidarietà dei convenuti [redacted] e [redacted] è stata individuata dall'attrice nell'ambito della domanda risarcitoria, che non può integrare i presupposti dell'istanza di ingiunzione ex art. 183-ter c.p.c. e la cui fondatezza potrà essere esaminata solo in sede di sentenza;

rilevato che con riferimento alle istanze istruttorie delle parti:

- l'attrice ha richiesto l'ordine ai convenuti di prodursi la documentazione relativa ai premi percepiti dai funzionari in relazione ai contratti derivati e la produzione dei contratti stipulati tra [redacted] s.p.a. e [redacted] Banca [redacted] s.p.a. contestualmente ai contratti di cui è causa e la richiesta di prova orale per interrogatorio formale e per testi sui capitoli dedotti in atto di citazione;

- la convenuta ha richiesto di disporsi la verificazione di cui all'art. 216 c.p.c. dei documenti dei quali l'attrice ha disconosciuto le sottoscrizioni ed ha richiesto la prova orale dei capitoli di prova dedotti nella memoria ex art. 183-VI comma n. 2 c.p.c.;

rilevato che alla luce delle considerazioni sopra esposte, le richieste istruttorie delle parti risultano irrilevanti, e ciò in particolare anche in quanto:

- le richieste di ordine di produzione dell'attrice sono evidentemente volte a dimostrare il conflitto di interessi ovvero la mala fede dei convenuti, circostanze probatorie rilevanti solo per l'ipotesi in cui la convenuta avesse dimostrato la sussistenza di validi contratti;

- le prove orali articolate da parte attrice (cap. da 1 a 24) sono volte a ricostruire i fatti dei pagamenti delle passività sui contratti derivati, fatti già risultanti dai documenti prodotti in causa ed allo stato da ritenersi non contestati dalla convenuta (salva la richiesta di compensazione); unica rilevanza risultano avere, ai fini della domanda di condanna risarcitoria, i capp. 25, 30, con espunzione degli incisi da ritenersi valutativi; prima dell'ordine di esibizione risulta opportuno, anche per economia processuale, disporsi l'interrogatorio formale

dei convenuti sigg. [redacted] e [redacted]; sugli stessi capitoli invece non può essere ammessa la prova testimoniale;

- la richiesta di verificazione della convenuta risulta irrilevante in considerazione delle risultanze probatorie documentali già acquisite e confermate dalla CTU, per i già ravvisati motivi;

- le prove orali articolate da parte convenuta (cap. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9 e 9bis in quanto sono stati formulati 2 capitoli con numerazione 9), sono formulate in modo generico e contengono valutazioni, e come tali sono inammissibili; le stesse risultano in ogni caso irrilevanti avendo quale finalità quella di dimostrare la conoscenza da parte dei funzionari della banca dei contratti derivati e la illustrazione dei medesimi all'attrice, circostanza questa che è preclusa e può già escludersi in considerazione della circostanza che la convenuta non ha formulato alcun capitolo di prova orale a dimostrazione dell'iscrizione all'albo dei promotori finanziari dei propri funzionari (già non dimostrata documentalmente);

P.Q.M.

Visto l'art. 186-ter c.p.c.,

Condanna la convenuta [redacted] s.p.a., al pagamento in favore dell'attrice dell'importo di Euro 973.632,44= oltre interessi al tasso legale dal 4.11.2009 al saldo effettivo, ed oltre alle spese di lite della fase, liquidate in Euro 1.200,00= per spese imponibili, Euro 378,13 per spese esenti, Euro 8.000,00= per diritti, Euro 32.000,00 per onorari, Euro 500,00= per spese generali oltre accessori di legge;

Dichiara provvisoriamente esecutiva l'ordinanza di condanna;

Rigetta le richieste istruttorie delle parti, fatta eccezione per l'ammissione dell'interrogatorio formale dei convenuti sigg. [redacted] e [redacted] sui capitoli 25 e 30 dai quali il Giudice si riserva, in sede di escussione, l'espunzione degli incisi valutativi;

Riserva all'esito dell'interrogatorio formale di ordinarsi ex art. 210 c.p.c. ai convenuti la produzione in giudizio delle buste paghe relative al periodo compreso tra il 24.2.2000 e il dicembre 2006;

Fissa udienza al 27.01.2012, ore 10.00, per interrogatorio formale dei convenuti sigg. [redacted] e [redacted]

Rinvia al prosieguo del giudizio, riservata ogni altra decisione in relazione alle ulteriori istanze delle parti.

Manda alla Cancelleria per la comunicazione alle parti.

Brescia, 14.12.2010

Il Giudice Onorario

Dott. Maurizio Di Rocco

Depositato in Cancelleria

Brescia, 19 DIC 2011

L'Operatore Giudiziario