



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
IL TRIBUNALE DI BRESCIA
SECONDA SEZIONE CIVILE

n.° 863/13 ordin

In persona del G.U. dott. Maurizio Di Rocco ha pronunciato la seguente

n.° [redacted] ruolo

S E N T E N Z A

nella causa civile promossa con citazione notificata il 10.09.2010 e iscritta al n. [redacted] del Ruolo Generale Affari Civili Contenziosi per l'anno 2010 da

n.° 1000/13 cron.

n.° 2043/13 rep.

[redacted] S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*

con l'Avv.to [redacted] per mandato generale alle liti in calce all'atto di citazione

UDIENZA DISCUSSIONE

ATTRICE

contro

il _____

[redacted] S.p.a. (già [redacted])

[redacted] S.p.a. e già [redacted]

S.p.a.), in persona del legale rappresentante *pro tempore*

SENTENZA PUBBLICATA

con gli Avv.ti [redacted] e [redacted] per mandato generale alle liti 29.10.2010 Notaio [redacted] di [redacted]

il 6 MAR. 2013

Mao

e

SIGG.

e

con gli Avv.ti per mandato alle liti allegato alla comparsa di costituzione e risposta

CONVENUTI

Trattenuta la causa in decisione all'udienza del 12.07.2012

CONCLUSIONI

Per l'attrice: *Contrariis reiectis*; previe le declaratorie tutte di ragione e/o di legge; accertati i fatti esposti, accertata la condotta illegittima e illecita, nonché contraria a buona fede e correttezza della banca convenuta in danno dell'attrice: - Nel merito in via principale: 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 e per l'effetto condannarsi i convenuti in solido tra loro alla restituzione delle somme tutte addebitate all'attrice pari ad euro 5.915.415,00, 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 i convenuti in solido tra loro alla restituzione delle somme tutte addebitate all'attrice pari ad euro 5.915.415,00, 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

dei convenuti 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 i convenuti in solido tra loro alla restituzione delle somme tutte addebitate all'attrice pari ad euro 5.915.415,00 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 convenuti in solido tra loro al risarcimento del danno pari alla somma addebitata dalla banca. - In ogni caso: accertare e dichiarare che la condotta dei convenuti ha integrato un illecito civile e/o penale e per l'effetto condannare i convenuti in solido tra loro al risarcimento dei danni tutti subiti dalla società attrice, sin d'ora quantificabili sotto il profilo patrimoniale nella complessiva misura di euro 5.915.415,00 corrisposta per i contratti swap di cui in oggetto, e comunque nella maggiore o minore somma che verrà determinata nel corso del giudizio anche secondo la valutazione equitativa dell'adito Giudice. - In via estremamente subordinata: Condannarsi i convenuti in solido tra loro alla ripetizione in favore della società attrice della somma di euro 5.915.415,00 ovvero nella maggiore o minore somma che verrà determinata nel corso del giudizio anche secondo la valutazione equitativa dell'adito Giudice, quale indebito, illegittimo ed ingiustificato arricchimento. - In ogni caso: Accertato e dichiarato che la convenuta banca, durante i rapporti di conto corrente intercorsi, in forza delle esplicitate, illegittime, causali, ha illegittimamente applicato in danno dell'attrice voci di debito effettivamente

non dovute per interessi ultra legali, tassi d'interesse creditori in misura inferiore a quelli legali, commissione massimo scoperto e interessi in misura illegittima, siccome determinati e capitalizzati trimestralmente in violazione del divieto dell'anatocismo, nonché il sistema delle valute fittizie, e quant'altro evidenziato nella premessa in fatto ed in diritto del presente atto, il tutto in violazione dell'obbligo di trasparenza e dei principi di buona fede e correttezza, anche previa declaratoria di nullità, illiceità e/o invalidità dei contratti, delle clausole e dei tassi applicati dalla banca, condannare la banca convenuta alla ripetizione in favore dell'attrice delle somme versate e non dovute ovvero dovute a titolo di interessi creditori, oltre interessi e rivalutazione monetaria, nella misura che verrà determinata in corso di causa anche mediante apposita Consulenza Tecnica d'Ufficio che sin da ora si insta. - Condannare la convenuta al risarcimento, in favore dell'attrice, dei danni subiti e subendi, a causa della illegittima condotta assunta *ex adverso*, con condanna generica riservata la quantificazione a successivo giudizio. - In ogni caso: accertata e dichiarata l'invalidità, illegittimità e/o nullità del contratto di mutuo stipulato in data 21.6.2006 a mezzo rogito Notaio [REDACTED] n. 79311 rep. n. 21437 racc., condannarsi i convenuti in solido tra loro a restituire all'attrice tutte le somme dalla stessa pagate in virtù di detto contratto; in subordine condannarsi i convenuti in solido tra loro al risarcimento del danno patito dall'attrice a seguito della stipula del mutuo, nella misura che verrà determinata in corso di causa anche secondo la liquidazione equitativa dell'adito Giudice. - In ogni caso: con vittoria di

spese, diritti e onorari, oltre al rimborso forfettario 12,50%, c.p.a. 2%, i.v.a. 20% ove dovute per legge.

Per i convenuti: Voglia il Tribunale Ill.mo, ogni diversa e contraria ricostruzione, ipotesi, produzione, domanda, eccezione ed istanza anche istruttoria respinta, 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 nell'art. 15 del richiamato contratto normativo concluso il 29.03.2005 tra l'attrice [REDACTED] e [REDACTED] S.p.a., così come specificato in narrativa;

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 [REDACTED] nei confronti di [REDACTED] S.p.a. da quella proposta dalla medesima società attrice nei confronti dei dipendenti della Banca, sig. [REDACTED] e [REDACTED], come in atti generalizzati, difettando i presupposti di comunanza di causa per un litisconsorzio facoltativo e comunque ex art. 103 cpc; comunque respingersi per la loro infondatezza in fatto ed in diritto e/o inammissibilità, tutte le domande proposte in citazione 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 [REDACTED] 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 [REDACTED] 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.

Nel merito, condannarsi la società attrice, [REDACTED] in persona del legale rappresentante *pro tempore*, a rifondere ai convenuti le spese di causa, comprensive di IVA, CPA e contributo forfetario di rimborso di spese generali.

B. In merito alle contestazioni riguardanti i rapporti di conto corrente:

in via principale: respingersi nel miglior modo perché prescritte e perché infondate in fatto ed in diritto per i motivi esposti in narrativa, le domande tutte proposte dalla Società attrice con l'atto di citazione.

In via riconvenzionale: Nella denegata ipotesi di accoglimento della (eventuale) domanda attorea volta ad ottenere la declaratoria di nullità dei rapporti di conto corrente, condannarsi l'attrice alla restituzione di tutte le

somme accreditate all'attrice a qualsiasi titolo, per l'importo che sarà eventualmente determinato in corso di causa, compensando le poste reciprocamente dovute. Condannare inoltre la società attrice a corrispondere alla Banca gli interessi nella misura prevista all'art. 117 TUB e, subordinatamente, nella misura legale sulle somme mutate dalla Banca stessa e condannare inoltre la stessa attrice a corrispondere alla Banca un compenso in relazione ai servizi prestati dall'Istituto di Credito, da determinarsi anche in via equitativa e anche a titolo di indebito arricchimento, compensando le poste reciprocamente dovute.

Con vittoria di spese, diritti, onorari *ex lege* del presente giudizio.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto di citazione notificato il 10 settembre 2010 la [REDACTED] S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, conveniva in giudizio innanzi al Tribunale di Brescia la [REDACTED] S.p.a. in persona del legale rappresentante *pro tempore* ed i signori [REDACTED] e [REDACTED] per sentire accogliere le seguenti conclusioni:

“Contrariis reiectis;

previe le declaratorie tutte di ragione e/o di legge;

Accertati i fatti esposti, accertata la condotta illegittima e illecita, nonché contraria a buona fede e correttezza della banca convenuta in danno dell'attrice:

Nel merito in via principale: 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 e per l'effetto condannarsi i convenuti in solido tra loro alla restituzione delle somme tutte addebitate all'attrice pari ad euro 5.915.415,00, 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 i convenuti in solido tra loro alla restituzione delle somme tutte addebitate all'attrice pari ad euro 5.915.415,00, 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 dei convenuti 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 i convenuti in solido tra loro alla restituzione delle somme tutte addebitate all'attrice pari ad euro 5.915.415,00 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 convenuti in solido tra loro al risarcimento del danno pari alla somma addebitata dalla banca.

In ogni caso: accertare e dichiarare che la condotta dei convenuti ha integrato un illecito civile e/o penale e per l'effetto condannare i convenuti in solido tra loro al risarcimento dei danni tutti subiti dalla società attrice, sin d'ora quantificabili sotto il profilo patrimoniale nella complessiva misura di euro 5.915.415,00 corrisposta per i contratti swap di cui in oggetto, e comunque nella maggiore o minore somma che verrà determinata nel corso del giudizio anche secondo la valutazione equitativa dell'adito Giudice.

In via estremamente subordinata: Condannarsi i convenuti in solido tra loro alla ripetizione in favore della società attrice della somma di euro 5.915.415,00 ovvero nella maggiore o minore somma che verrà determinata nel corso del giudizio anche secondo la valutazione equitativa dell'adito Giudice, quale indebito, illegittimo ed ingiustificato arricchimento.

In ogni caso: Accertato e dichiarato che la convenuta banca, durante i rapporti di conto corrente intercorsi, in forza delle esplicitate, illegittime, causali, ha illegittimamente applicato in danno dell'attrice voci di debito effettivamente non dovute per interessi ultra legali, tassi d'interesse creditori in misura inferiore a quelli legali, commissione massimo scoperto e interessi in misura illegittima, siccome determinati e capitalizzati trimestralmente in violazione del divieto dell'anatocismo, nonché il sistema delle valute fittizie, e quant'altro evidenziato nella premessa in fatto ed in diritto del presente atto, il tutto in violazione dell'obbligo di trasparenza e dei principi di buona fede e correttezza, anche previa declaratoria di nullità, illiceità e/o invalidità dei contratti, delle clausole e dei tassi

applicati dalla banca, condannare la banca convenuta alla ripetizione in favore dell'attrice delle somme versate e non dovute ovvero dovute a titolo di interessi creditorî, oltre interessi e rivalutazione monetaria, nella misura che verrà determinata in corso di causa anche mediante apposita Consulenza Tecnica d'Ufficio che sin da ora si insta.

Condannare la convenuta al risarcimento, in favore dell'attrice, dei danni subiti e subendi, a causa della illegittima condotta assunta ex adverso, con condanna generica riservata la quantificazione a successivo giudizio.

In ogni caso: accertata e dichiarata l'invalidità, illegittimità e/o nullità del contratto di mutuo stipulato in data 21.6.2006 a mezzo rogito Notaio [REDACTED] n. 79311 rep n. 21437 racc., condannarsi i convenuti in solido tra loro a restituire all'attrice tutte le somme dalla stessa pagate in virtù di detto contratto; in subordine condannarsi i convenuti in solido tra loro al risarcimento del danno patito dall'attrice a seguito della stipula del mutuo, nella misura che verrà determinata in corso di causa anche secondo la liquidazione equitativa dell'adito Giudice.

In ogni caso: con vittoria di spese, diritti e onorari, oltre al rimborso forfettario 12,50%, c.p.a. 2%, i.v.a. 20% ove dovute per legge.”

Si costituivano in giudizio tanto [REDACTED] s.p.a., la quale affermava di essere subentrata ad [REDACTED] s.p.a. ed a [REDACTED] s.p.a., ed i due convenuti dipendenti della medesima signori [REDACTED] e [REDACTED] a mezzo di separati atti di costituzione, con l'assistenza dei medesimi difensori, svolgendo le seguenti conclusioni:

“Voglia il Tribunale Ill.mo, ogni diversa e contraria ricostruzione, ipotesi, produzione, domanda, eccezione ed istanza anche istruttoria respinta, 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 nell’art. 15 del richiamato contratto normativo concluso il 29.03.2005 tra l’attrice [REDACTED] e [REDACTED] S.p.a., così come specificato in narrativa;

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 [REDACTED] nei confronti di [REDACTED] S.p.a. da quella proposta dalla medesima società attrice nei confronti dei dipendenti della Banca, sig. [REDACTED] e [REDACTED] come in atti generalizzati, difettando i presupposti di comunanza di causa per un litisconsorzio facoltativo e comunque ex art. 103 cpc; comunque respingersi per la loro infondatezza in fatto ed in diritto e/o inammissibilità, tutte le domande proposte in citazione 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, [REDACTED] 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 [REDACTED] 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.

Nel merito, condannarsi la società attrice, [REDACTED] in persona del legale rappresentante pro tempore, a rifondere ai convenuti le spese di causa, comprensive di IVA, CPA e contributo forfetario di rimborso di spese generali.

B. In merito alle contestazioni riguardanti i rapporti di conto corrente

in via principale: respingersi nel miglior modo perché prescritte e perché infondate in fatto ed in diritto per i motivi esposti in narrativa, le domande tutte proposte dalla Società attrice con l'atto di citazione.

In via riconvenzionale: Nella denegata ipotesi di accoglimento della (eventuale) domanda attorea volta ad ottenere la declaratoria di nullità dei rapporti di conto corrente, condannarsi l'attrice alla restituzione di tutte le somme accreditate all'attrice a qualsiasi titolo, per l'importo che sarà eventualmente determinato in corso di causa, compensando le poste

reciprocamente dovute. Condannare inoltre la società attrice a corrispondere alla Banca gli interessi nella misura prevista all'art. 117 TUB e, subordinatamente, nella misura legale sulle somme mutate dalla Banca stessa e condannare inoltre la stessa attrice a corrispondere alla Banca un compenso in relazione ai servizi prestati dall'Istituto di Credito, da determinarsi anche in via equitativa e anche a titolo di indebito arricchimento, compensando le poste reciprocamente dovute.

Con vittoria di spese, diritti, onorari ex lege del presente giudizio."

A scioglimento della riserva assunta all'udienza del 16.12.2010, con il provvedimento depositato in data 30.12.2010 il Giudice concedeva alle parti i termini di legge per il deposito delle memorie ex art. 183, sesto comma c.p.c..

Le parti depositavano le rispettive memorie nei termini di legge, in particolare producendo i rispettivi documenti e formulando le rispettive istanze istruttorie.

Dopo l'avvenuto deposito delle parti delle rispettive memorie e documenti, alla successiva udienza del 31.3.2011 il Giudice disponeva Consulenza Tecnica d'Ufficio.

All'udienza del 28.07.2011 parte attrice proponeva 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 opponeva alla medesima deducendo anche la nullità della Consulenza Tecnica d'Ufficio depositata in data 28.07.2011.

Il Giudice concedeva quindi ulteriore termine al Consulente Tecnico d'Ufficio fino al 15.09.2011, 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 di risposta alle rispettive eccezioni.

Nel rispetto dei termini di cui sopra venivano depositate le osservazioni del Consulente Tecnico d'Ufficio, in data 15.09.2011, e delle parti in data 30.09.2011.

In data 19.12.2011 in parziale accoglimento dell'istanza dell'attrice, il Giudice emetteva ordinanza di condanna della convenuta ██████████ S.p.a. al pagamento dell'importo di euro 973.632,44= oltre interessi al tasso legale dalla data del 4.11.2009 al saldo effettivo, riservando al prosieguo del giudizio ogni altra decisione.

All'udienza del 17.02.2012 la convenuta depositava istanza di revoca dell'ordinanza emessa, e l'attrice chiedeva termine per esame della medesima e per replicare.

Tuttavia poiché i procuratori delle parti chiedevano rinvio onde verificare possibilità di definizione transattiva della causa, il Giudice fissava udienza al 14.03.2012 per la comparizione personale delle parti.

Fallito l'esperimento del tentativo di conciliazione dopo alcuni successivi ulteriori rinvii disposti su richiesta delle parti, dopo l'interrogatorio formale dei convenuti, all'udienza del 12.07.2012 la causa veniva trattenuta in decisione.

MOTIVI DELLA DECISIONE



Diverse sono le domande ed eccezioni svolte dalle parti, che dall'odierno Giudicante sono esaminate separatamente.

In particolare l'attrice ha anzitutto svolto domanda di ripetizione delle somme pagate alla convenuta ██████████ S.p.a. in conseguenza di contratti derivati in relazione ai quali ne ha dedotto in via principale l'illegittimità e la invalidità, ed in via subordinata l'annullamento e l'inadempimento.

1. In ordine alle eccezioni di incompetenza del Giudice adito e di carenza di legittimazione attiva sollevate dalle parti convenute.

A fronte della domanda dell'attrice, i convenuti hanno domandato in via principale il rigetto della medesima, sia per le sollevate eccezioni preliminari di compromesso in arbitri sulla base della presenza di clausola compromissoria e di carenza di legittimazione attiva dell'attrice, sia per le eccezioni pregiudiziali di decadenza e prescrizione nonché per l'avvenuta stipula di una transazione estintiva della pretesa dell'attrice.

Inoltre, le parti convenute hanno avanzato domanda riconvenzionale volta ad ottenere per l'ipotesi di accoglimento della domanda dell'attrice, la condanna di quest'ultima alla restituzione delle somme versate in favore dell'attrice sempre in relazione ai contratti derivati.

A supporto della domanda l'attrice ha prodotto copia documentale dei pagamenti effettuati in favore della banca convenuta (i documenti da n. 3 a n. 5, da n. 9 a n. 20, da n. 24 a n. 31, da n. 36 a n. 41, da n. 44 a n. 47) assumendo che gli stessi erano imputabili ai contratti derivati fatti sottoscrivere dai convenuti.

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 29.3.2005 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” (entrambi numerati con il n. 5), nonché una serie di documenti denominati contratti derivati (doc.ti 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).

Inoltre i convenuti, per il medesimo fine, hanno prodotto una dichiarazione in data 24.2.2000 (doc. n. 12) ed una dichiarazione resa in data 20.06.2006 dalla stessa definita quale atto di transazione (doc. n. 3).

A fronte di tale produzione l'attrice ha disconosciuto la conformità di detti documenti (doc. 3, 5, 12 di parte convenuta) ex art. 2719 c.c. e l'autenticità delle sottoscrizioni.

La banca convenuta ha quindi effettuato la produzione degli originali dei documenti (numerati con l'aggiunta bis) a seguito della quale l'attrice ha confermato il disconoscimento delle sottoscrizioni.

La difesa della ██████████ S.p.a. ha quindi avanzato istanza di verifica.

Premesso che ai documenti prodotti dai convenuti, avendone l'attrice disconosciuto le sottoscrizioni, non può attribuirsi efficacia probatoria in assenza di esito positivo (nel senso di accertamento dell'autenticità delle sottoscrizioni) dell'istanza di verifica successivamente proposta dai

convenuti, in tutti i casi, il Giudice ha ritenuto la causa matura per la decisione in considerazione della circostanza che detti documenti anche a seguito di un'eventuale esito positivo della verifica delle sottoscrizioni, non determinerebbero un accoglimento delle eccezioni sollevate dalla convenuta volte a paralizzare la domanda dell'attrice, che invece vanno rigettate.

Infatti a parere del Giudicante deve essere respinta l'eccezione di incompetenza dell'adito Tribunale in virtù di 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 di parte convenuta entrambi quali documenti n. 5 ed entrambi recanti la data del 29.03.2005.

La stessa parte convenuta ha in proposito assunto che detti contratti, e quindi la clausola compromissoria in detti contenuta, si riferiscono ai contratti dalla stessa parte convenuta prodotti 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 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 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, tenuto conto 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.

Gli stessi 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” ed è quindi da escludere in ogni caso l’applicabilità delle clausole contenute in detti contratti, che recano la data del 29.3.2005, ai contratti specifici che la convenuta ha prodotto quali documenti numeri 6, 13, 15, 16, 17, 21, 23, 24, 25, 27, 28, 30, 31, 33, 35, 36, che recano tutti data antecedente al 29.3.2005; neppure 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 [REDACTED] s.p.a. nel contratto già stipulato alla precedente data del 29.10.2004, data antecedente al contratto normativo prodotto quale documento 5 dalla convenuta.

A conferma, la clausola compromissoria neppure viene richiamata nel documento 6 ed è pertanto da escludere, in ogni caso, l’applicabilità della clausola compromissoria invocata dalla convenuta.

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.

2. In ordine all'eccezione di preclusione all'azione della parte attrice in virtù della lettera datata 20.06.2006 sollevata dalle parti convenute.

Il Giudice ritiene che debba essere rigettata anche l'eccezione sollevata dalla convenuta secondo la quale la domanda dell'attrice sarebbe preclusa in virtù del contenuto della lettera datata 20.06.2006 (doc. n. 3).

Infatti, a parere del Giudicante, detto documento non può considerarsi quale transazione dei contratti di cui è causa poiché dallo stesso non è dato evincere né che vi era stata prima alcuna contestazione ovvero causa in relazione alla nullità dei contratti derivati né che le parti volevano prevenire eventuali liti o contestazioni sui contratti derivati medesimi.

A contrario, appare evidente che oggetto della summenzionata lettera deve ritenersi solo il pagamento da parte di ██████████ 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.

Inoltre, con riferimento all'ultima operazione è da escludere qualsiasi natura transattiva – il che evidentemente non rende necessaria la formulazione di alcuna domanda volta ad ottenerne la declaratoria di nullità così come paventato dalla difesa dei convenuti nei propri atti difensivi - dell'accordo tenuto conto che non risulta che le parti si siano fatte reciproche concessioni e ciò a prescindere dalla mera affermazione della difesa della Banca convenuta che, negli atti conclusivi del giudizio, aveva indicato quale concessione della Banca alla società attrice l'applicazione di un tasso di interesse di favore sul mutuo, senza peraltro fornire alcuna dimostrazione probatoria dell'assunto (Cass. 20780/2007, 7999/2010).

3. In ordine all'eccezione di prescrizione sollevata dalle parti convenute.

Parimenti, il Giudice ritiene che 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 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 – (doc. n. 65 attoreo).

Pertanto ogni pagamento effettuato dall'attrice rientra nel termine decennale prescrizionale.

4. In ordine all'eccezione di nullità della CTU sollevata dalle parti convenute.

Infine, secondo il Giudice, deve essere definitivamente respinta l'eccezione di nullità della Consulenza Tecnica d'Ufficio sollevata dalla convenuta sul presupposto del mancato rispetto da parte del Consulente Tecnico d'Ufficio, dott. ██████████ dei termini allo stesso concessi (in particolare la convenuta ha sostenuto 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).

E' 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 ravvisarsi 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 tutti i casi, all'udienza del 28.07.2011, l'odierno Giudicante ha 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 i propri chiarimenti 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.

A parere del Giudicante risulta pertanto ampiamente rispettato ogni contraddittorio ed ogni diritto di difesa delle parti.

Infine il Giudice rileva come l'infondatezza dell'eccezione sollevata dalla convenuta trovi ulteriore conferma nella circostanza che la convenuta medesima ritiene invece valida la Consulenza Tecnica d'ufficio nella parte in cui ha ritenuto non documentata la domanda dell'attrice circa la ripetizione delle somme di cui al conto corrente, con ciò evidentemente riconoscendo la validità formale della Consulenza Tecnica d'Ufficio e rinunciando implicitamente all'eccezione.

5. Nel merito in ordine alle risultanze probatorie.

Ad ogni modo, la Consulenza Tecnica d'Ufficio svolta nel giudizio consente solo di confermare le risultanze probatorie della prova documentale offerta dalle parti dalla quale è emerso come i contratti derivati intervenuti tra le parti non possano certo rivestire i caratteri di legittimità richiesti dall'ordinamento giuridico.

E ciò sotto diversi profili.

Anzitutto 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 (Trib. Mantova 13.3.2006).

a) In ordine all'esistenza del contratto quadro.

Inoltre i convenuti non hanno dimostrato l'esistenza di un valido contratto quadro regolamentante i contratti derivati, anzi da escludersi con certezza posto che come già rilevato in relazione all'eccezione di incompetenza, i dati dei documenti prodotti dai convenuti non contengono alcun rinvio ricettizio ad altro contratto precedente ma anzi rinviano a contratti futuri, così consentendo di escludere che i Contratti normativi (doc. 5 di parte convenuta), poiché datati 29.3.2005, possano riferirsi ai contratti derivati specifici per cui è causa, in quanto questi tutti aventi data anteriore.

Inoltre essi, come già rilevato, non individuano alcun collegamento soggettivo (anzi recano diverse denominazioni) ovvero oggettivo con i singoli contratti ed al riguardo la convenuta non ha fornito alcuna prova dell'effettiva e sostanziale riconducibilità di detti contratti alla disciplina dei contratti quadro dei quali ha invocato l'applicabilità.

Peraltro, il Giudice rileva come anche la Consulenza Tecnica d'Ufficio ha escluso la sussistenza di validi contratti quadro riportando l'affermazione secondo la quale *"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"*.

Invece, con riferimento ai singoli contratti la CTU ha evidenziato:

- che il contratto [REDACTED] Swap richiama un accordo normativo del 14.02.2002 che non risulta prodotto agli atti di causa;



- il contratto [REDACTED] Swap richiama un accordo normativo del 3 gennaio 2000 che non risulta prodotto agli atti di causa, e i contratti [REDACTED] 2 Swap, [REDACTED] Swap, [REDACTED] Direzionale Euribor, [REDACTED] Swap del 12.11.2003, [REDACTED] Swap, [REDACTED] inflazione Swap, addirittura richiamano un accordo normativo senza data.

Pertanto il Giudice deve ritenere che in coincidenza con tutti i contratti derivati non sussisteva il contratto quadro con la conseguenza che, per la mancanza della forma scritta, il contratto quadro deve ritenersi nullo con riferimento ai contratti derivati e la nullità del contratto quadro travolge tutti i singoli contratti derivati che devono ritenersi nulli con ogni conseguenza di legge perché essi costituiscono l'attuazione o l'esecuzione di quel contratto (Trib. Modena 27.4.2010, Trib. Napoli n. 5942/ 2006).

La stessa Consulenza Tecnica d'Ufficio ha confermato che la mancanza di contratto quadro *“pregiudica l'efficacia dei contratti poiché al di là degli obblighi normativi in tema di accordo quadro, la comprensione stessa dei singoli contratti viene minata dalla mancanza alla base di un accordo quadro che specifichi ad esempio il significato della terminologia adottata nei singoli contratti, gli obblighi informativi, il diritto di recesso e così via”*.

b) In ordine alla qualità di operatore qualificato.

Né consente di sanare le dette carenze probatorie l'eventuale qualità di operatore qualificato in capo all'attrice come eccepito dai

convenuti sul presupposto della dichiarazione prodotta agli atti quale documento n. 12.

In proposito il Giudice non può non evidenziare la circostanza che la dichiarazione risulta essere prestata dal Sig. [REDACTED] e non dalla Sig.ra [REDACTED] che è invece il soggetto che risulterebbe avere sottoscritto i singoli contratti derivati.

In proposito il Giudice rileva come la disposizione di cui all'art. 31 Reg. Consob 11522/98 consente in presenza di operatore qualificato di esonerare l'intermediario finanziario da una serie di obblighi.

Però, secondo la giurisprudenza della Suprema Corte, in considerazione della particolare delicatezza ed importanza delle norme che trovano disapplicazione, di rango imperativo in quanto emanate sia per la tutela dell'interesse del singolo contraente che dell'interesse generale dell'integrità dei mercati finanziari" (Cass. sezioni unite n. 26725/2007) l'applicazione della citata norma deve essere rigorosa.

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 poi sottoscrivere i singoli contratti derivati.

Pertanto, a parere del Giudicante non può certo estendersi l'efficacia della dichiarazione a qualsiasi soggetto facente parte della società, diverso dal legale rappresentante sottoscrittore anche perché, in caso di interpretazione estensiva della sopra citata norma, si legittimerebbe alla

stipula di contratti finanziari di particolare complessità e rischio anche soggetti ignari della preventiva dichiarazione di operatore qualificato resa dal legale rappresentante (al contrario si potrebbe sostenere che la stipula di contratti derivati per la banca potrebbe essere effettuata anche dal cassiere o da altro dipendente e non da soggetti invece effettivamente aventi particolari cognizioni e qualifiche).

In conclusione, su tal aspetto, l'odierno Giudicante ritiene che, in presenza di soggetti sottoscrittori diversi dal legale rappresentante della società, non sussistendo di fatto alcuna dichiarazione avente l'efficacia richiesta dall'art. 31 Reg. Consob 11522/98, non può porsi a carico dell'attrice l'onere probatorio di dimostrare la non veridicità della dichiarazione resa, essendo invece a carico della banca dimostrare che anche il soggetto sottoscrittore dei singoli contratti derivati, appunto diverso dal legale rappresentante che ha sottoscritto la dichiarazione di operatore qualificato, avesse le cognizioni per essere operatore qualificato, onere probatorio da considerarsi non assolto dai convenuti.

Al contrario, a parere del Giudicante, risulterebbe non corretta la condotta della convenuta banca che nella stessa data (il 24.2.2000) della dichiarazione di operatore qualificato sottoscritta dal sig. [REDACTED] (documento n. 12), non ha fatto sottoscrivere allo stesso soggetto il contratto "Mib30 depo swap 1574/00-1" (doc. n. 13) che invece ha fatto sottoscrivere alla signora [REDACTED]

Inspiegabile e comunque inopportuno appare il comportamento della banca convenuta e dei suoi operatori che, a fronte della circostanza

nota che era il Sig. [REDACTED] il legale rappresentante della società attrice, unico soggetto che si era affermato operatore qualificato e che quindi avrebbe potuto rilevare la non adeguatezza dell'operazione proposta, ha invece preferito far sottoscrivere, - lo stesso giorno, per quanto riguarda il primo contratto derivato, in cui il Sig. [REDACTED] avrebbe dichiarato di essere operatore professionale- , il contratto derivato ad altro soggetto della società attrice, Sig.ra [REDACTED], che, in mancanza di prova, si deve ritenere persona non in grado di valutare tecnicamente ed economicamente la bontà dell'operazione finanziaria complessa che la Banca gli proponeva di sottoscrivere.

Ciò individua, secondo l'odierno Giudicante, una responsabilità della convenuta tale da determinare anche eventuali obblighi risarcitori.

In tutti i casi, il doc. n. 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'articolo 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, mentre la dichiarazione che si limiti a ripetere il contenuto della disposizione legislativa si risolve in una semplice valutazione giuridica e non ha l'effetto di attestare l'esperienza effettiva (App. Trento n. 46/2009).



Tale modalità di rendere la dichiarazione consente, infatti, al dichiarante una più consapevole presa di cognizione dell'oggetto della dichiarazione e dei suoi effetti consistenti nella rinuncia ad alcune delle tutele previste dalla regolamentazione di settore (Trib. Prato, 04/06/2012).

Il contenuto del documento n. 12 prodotto dai convenuti invece non contempla detti requisiti ed anzi addirittura non individua l'art. 31 del citato regolamento Consob, richiamando invece l'art. 8 – “ai sensi e per gli effetti dell'art. 8 del Regolamento Consob n. 11522” – e neppure la rinuncia alle tutele specifiche di cui all'art. 31.

E' quindi da escludersi la esistenza di una valida dichiarazione ex art. 31 Reg. Consob 11522/98.

In tutti i casi, anche la sottoscrizione della dichiarazione 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.

Il testo della citata norma pone chiaramente in luce il fatto che l'essenza della nozione di operatore qualificato deve essere individuata nel carattere professionale dell'attività finanziaria esercitata dall'investitore (Trib. Novara, 30/09/2011).

Qualità, anche professionale, che va esclusa con riferimento alla società attrice ed alla signora [REDACTED] posto che la stessa esercita

attività di produzione e commercializzazione di articoli casalinghi rientrante in settore ben diverso da quello finanziario.

Comunque, al riguardo, l'onere probatorio, anche a confutazione della dichiarazione di operatore qualificato prodotta dalla convenuta, ben può ritenersi assolto dall'attrice con la produzione in giudizio della visura camerale della ██████████ S.p.a. (doc. n. 1) dalla quale emerge che la stessa non possa considerarsi impresa operante professionalmente nel campo finanziario con le competenze tecniche richieste per strumenti finanziari di notevole complessità quali sono i contratti derivati.

E deve osservarsi che anche se il legislatore non ha determinato con sufficiente precisione il livello minimo della specifica competenza ed esperienza dell'investitore che giustifica la disapplicazione delle norme di protezione, la giurisprudenza di legittimità ha, tuttavia, specificato che, in ogni caso, la banca intermediaria, prima di effettuare operazioni, ha l'obbligo di fornire all'investitore un'informazione adeguata in concreto, tale cioè da soddisfare le specifiche esigenze del singolo rapporto, in relazione alle caratteristiche personali e alla situazione finanziaria del cliente, tanto da affermare anche che all'operatività di detta regola - applicabile anche quando il servizio fornito dall'intermediario consista nell'esecuzione di ordini - non è di ostacolo il fatto che il cliente abbia in precedenza acquistato un altro titolo a rischio, perché ciò non basta a renderlo operatore qualificato (Cass. Civ. n. 17340/2008).

Pertanto, in assenza di operatore qualificato, non può considerarsi esclusa nei rapporti intervenuti tra le parti la disciplina degli artt. 27, 28, 29

e 30 del Reg. Consob 11522/98 richiamati nell'art. 31, che non risulta essere stata rispettata dai convenuti.

c) In ordine all'eccezione di parte attrice di illiceità della causa insita nei contratti derivati.

Parimenti fondata deve ritenersi l'eccezione dell'attrice circa l'illiceità della causa insita nei contratti derivati.

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.

Il CTU ha rilevato che *“il primo contratto (MIB30 Depo Swap – riferimento 1574/00 – 1, 24 febbraio 2000) chiaramente non aveva alcuna funzione di copertura per la ██████████... 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” (il mark to market che non si è trasformato in up front erogato e nemmeno previsto) ... Peraltro l'aggiunta della scommessa sull'indice MIB30 (del tutto inutile per una azienda industriale, tra l'altro non quotata) rende ancor più difficile (se non impossibile) individuare una logica di copertura per il contratto”*.

Inoltre il collegamento negoziale tra le operazioni per cui è causa può ravvisarsi anche nell'ulteriore circostanza rilevata dal CTU che *“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 dell'unica logica possibile del rinvio delle perdite” come l'aleatorietà solo a carico dell'attrice: “la struttura stessa di tali contratti rendeva molto improbabile (anche ex ante) il conseguimento di un qualche vantaggio (sia in termini finanziari che in termini di copertura) per la ██████”.*

Per quanto concerne la difficoltà di comprensione dei contratti derivati sempre la CTU riporta: *“In merito poi alla intelligibilità ed alla comprensibilità dei contratti in esame emerge chiaramente come siano di difficilissima comprensione; non risultano costruiti sulle esigenze di un'azienda industriale, poiché non coprono dal rischio di aumento di tassi di interesse anzi in alcuni casi raddoppiano il rischio, in altri contengono speculazioni e scommesse su indici di borsa o su singoli titoli azionari, speculazioni e scommesse che appaiono sicuramente non coerenti con una logica di copertura di un'azienda industriale. Non appare quindi un caso fortuito il maturare di perdite via via crescenti e di nessun flusso positivo per la ██████”.*

Maceo

L'effetto della ritenuta illiceità della causa è la nullità dei contratti derivati stipulati dalla società attrice.

Alla predetta nullità conseguono, quale effetto ripristinatorio tra le parti circa la situazione *quo ante*, le restituzioni di quanto effettuato dai contraenti in virtù del contratto nullo.

In ordine alle rispettive restituzioni l'attrice ha svolto domanda di ripetizione delle somme pagate a mezzo di addebiti mentre la convenuta ha chiesto la compensazione con detti importi di quelli a suo dire accreditati in favore dell'attrice.

Il Giudice ritiene che appaiono del tutto infondati i rilievi dei convenuti secondo i quali l'attrice avrebbe limitato la domanda all'importo di euro 5.915.415,00= posto che nelle domande e conclusioni dell'attrice si legge il richiamo alle maggiori o minori somme emergende nel corso di causa.

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 rinvengono sui rispettivi documenti: di euro 16.501,37= (doc. 3), 37.284,74= (doc. 4), 49.203,42= (doc. 5), 380.000,00= (doc. 9), 374.357,36= (doc. 10),

69.059,56= e 69.059,56= (doc. 11 e 325), 49.608,55= (doc. 12), 12.402,14= (doc. 13), 12.402,14= (doc. 14), 49.608,55= (doc. 15), 12.402,14= (doc. 16 e 354), 12.402,14= (doc. 17 e 354), 12.402,14= (doc. 18 e 19 e 354), 12.402,14= (doc. 19 e 354), 49.608,55= (doc. 20 e 19 e 354), 305.100,00=, 152.600,00=, 152.600,00= (doc. 24), 25.076,85= (doc. 25) 11.879,94= (doc. 26), 24.531,70= (doc. 27), 617.000,00= (doc. 28), 269.712,68= (doc. 29), 259.900,00= (doc. 30), 26.577,78= (doc. 31), 26.577,78= (doc. 36), 335.000,00= (doc. 37), 55.455,55= (doc. 38), 549.000,00= (doc. 39), 19.906,25= (doc. 40), 19.906,25= (doc. 41), 590.000,00= (doc. 44), 460.500,00= (doc. 45), 191.990,00= (doc. 46), 628.200,00= (doc. 47), 461.000,00= (doc. 405) –.

Con riferimento alle contestazioni dei convenuti circa la validità formale dei documenti n. 9, 11, 19, 24, 27, 37, 39, 41, 44, 45, 46, 47 in quanto assunti come soggetti ad alterazione, il Giudice rileva che risultano allo stato depositati in atti dalla società attrice i documenti integrali di tutti gli estratti conto dal gennaio 1997 al maggio 2010 (i documenti da 67 a 614).

Pertanto l'eccezione sollevata da parte convenuta di alterazione dei documenti operata dall'attrice deve ritenersi infondata e, per l'effetto, rigettata.

Peraltro, anche in mancanza della ulteriore produzione documentale da parte della difesa attorea, il Giudice rileva che le risultanze di cui ai citati documenti ben possono costituire argomenti di prova per il Giudice ex art. 116 c.p.c. ed è evidente che addebiti risultanti dagli estratti conto sono stati

effettuati dalla convenuta nei confronti dell'attrice tanto che la banca convenuta stessa non ne ha contestato la sostanza.

I convenuti non hanno invece fornito alcuna prova degli accrediti effettuati in favore dell'attrice: al riguardo infatti i convenuti non hanno prodotto nel termine di legge concesso loro ex art. 183, VI comma, c.p.c. alcuna pezza giustificativa dei pagamenti e non hanno proposto alcuna prova orale volta a dimostrare la circostanza di fatto, con ciò incorrendo nelle relative decadenze di legge.

Peraltro, in proposito, proprio la produzione documentale effettuata dall'attrice di tutti gli estratti conto, soccorre i convenuti.

E' infatti vero come sostenuto dall'attrice che è la parte che svolge una domanda che deve provare il fondamento della medesima, ma è altrettanto vero che anche in questo caso le risultanze dei documenti, seppur prodotte dall'attrice e quindi non utilizzabili dalla convenuta a sostegno delle proprie domande, possono essere utilizzate dal Giudice quali argomenti di prova ex art. 116 c.p.c..

Il Giudice, richiamando pertanto la ricostruzione operata dai convenuti nella tabella riepilogativa alla pagina n. 33 della memoria esplicativa autorizzata 30.09.2011 - nella quale i convenuti richiamano a supporto probatorio dei versamenti effettuati in favore dell'attrice i documenti n. 267, 289, 309, 325, 331, 340, 353, 361, 25, 373, 375, 378, 381, 390, 394, 36, 403, 405, 419, 428, 437, 438, 451, 457, 473, 535 prodotti dall'attrice - e prendendo pertanto per valida la medesima nonostante la carenza di offerta probatoria diretta da parte dei convenuti, i versamenti

effettuati in favore dell'attrice con causale "accredito per prodotti derivati" possono così individuarsi: Euro 276.238,24=, 69.059,56= e 69.059,56= (doc. 325), 701.713,00= (doc. 361), 876.900,00= (doc. 378), 269.712,68= e 6.566,61= (doc. 381), 8.642,33= (doc. 394), 11.561,75= (doc. 403), 202.000,00= e 259.000,00= (doc. 405), 335.000,00= (doc. 419), 36.851,11= (doc. 428), 549.000,00= (doc. 437), 2.500,00= e 587.500,00= (doc. 457), 460.500,00= (doc. 473) e 187.662,90= (doc. 519), quindi per un importo totale di euro 4.909.467,74=.

La differenza, a seguito di compensazione, tra gli importi addebitati per complessivi euro 6.401.219,28= provati dall'attrice e gli importi accreditati per complessivi euro 4.909.467,74=, risulta pari ad euro 1.491.751,54= somma pertanto per la quale la convenuta viene condannata alla restituzione in favore dell'attrice, oltre gli interessi al tasso legale decorrenti dalla data della messa in mora, prodotta dall'attrice con il documento n. 65, ricevuta dalla convenuta il 4.11.2009.

Il Giudice, essendo già stata emessa l'ordinanza, depositata in data 19.12.2011, di condanna della convenuta ██████████ s.p.a. al pagamento dell'importo di euro 973.632,44= in favore della società attrice, conferma la medesima ordinanza rigettando l'istanza di revoca della medesima formulata dalla difesa dei convenuti.

Ne consegue che, laddove la banca convenuta abbia già versato l'importo di cui alla richiamata ordinanza ex art. 186 ter c.p.c., sarà tenuta al pagamento della sola differenza di Euro 518.119,10= (pari alla differenza

tra l'importo complessivo di euro 1.491.751,54= e quello di euro 973.632,44= oggetto dell'ordinanza di condanna).

A parere dell'odierno Giudicante nulla e' dovuto a titolo di rivalutazione monetaria dell'importo ripetuto trattandosi di debito di valuta e non di valore.

Peraltro, come già rilevato con la citata ordinanza che viene confermata dall'odierno Giudicante, solo la convenuta [REDACTED] s.p.a., e non anche i convenuti [REDACTED] e [REDACTED] puo' essere condannata alla restituzione delle somme dalla stessa incassate.

d) In ordine alla domanda risarcitoria formulata da parte attrice.

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 e accessori, i soggetti abilitati sono tenuti a comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza, per servire al meglio l'interesse dei clienti e per l'integrità dei mercati, e ciò a 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).

In virtù del successivo art. 23 l'onere probatorio di avere assolto a tale obbligo, che ha una immediata portata precettiva, per la violazione

del quale la Consob e la giurisprudenza penale già risultano (come evidenziato dagli articoli di quotidiani prodotti dall'attrice e dalle massime richiamate nei medesimi dai quali risulta provato un contesto in cui il gruppo ██████ non ha dato la minima importanza alle effettive esigenze dei clienti, e non si è fatto parte diligente per garantire la scelta di un prodotto adatto ai clienti medesimi) avere condannato numerosi dirigenti ██████ grava sui soggetti abilitati con ciò derivandone che il primo e fondamentale dovere dell'intermediario diligente, corretto e professionale è quello di proporre un prodotto adeguato a tali esigenze, e quindi, almeno tendenzialmente, privo di implicazioni speculative.

Tale circostanza e' da escludersi nei rapporti tra la ██████ S.p.a. e la ██████ tenuto conto che la banca convenuta non ha assolto al proprio *onus probandi* rispetto alla rispondenza dei contratti derivati proposti alle esigenze economiche della società attrice.

Inoltre, 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.

Si tratta di doveri di diligenza e professionalità che, a ben vedere, scaturiscono dall'art. 21 TUF, e come tali sono norme imperative di settore, ma che sono anche espressione del generale principio di buona fede oggettiva proprio del diritto generale dei contratti, doveri su cui anche l'esclusione degli adempimenti di cui agli artt. 27, 28, 29 Reg. Consob in presenza di operatori qualificati, non incide minimamente; correttezza (o buona fede in senso oggettivo) che rappresenta un metro di comportamento per i soggetti del rapporto, il cui contenuto non è a priori determinato, ma necessita di un'opera valutativa di concretizzazione, in riferimento agli interessi in gioco e alle caratteristiche del caso specifico, da compiersi alla stregua dei valori obiettivi riconosciuti dall'ordinamento, tra cui in primo luogo quelli della Costituzione (solidarietà sociale, libertà di iniziativa economica, tutela del risparmio).

La giurisprudenza - probabilmente non a caso, spesso in materia di rapporti bancari, dati i differenti rapporti di forza tra le parti - è giunta a sostenere che la clausola di buona fede nell'esecuzione del contratto opera come criterio di reciprocità, imponendo a ciascuna parte del rapporto obbligatorio di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, così da costituire un dovere giuridico autonomo, a prescindere dalla esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto stabilito da norme di legge; ne

conseguenze che la sua violazione costituisce di per sé inadempimento e può comportare, ex sé, l'obbligo di risarcire il danno che ne sia derivato (Cass. Civ. n. 2855/2005; 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.

Al riguardo si deve rilevare che diversamente dalla condanna alla restituzione, con riferimento alla domanda risarcitoria va individuata una responsabilità anche solidale dei convenuti [redacted] e [redacted]

L'interesse personale dei medesimi nel far stipulare i contratti derivati all'attrice in assenza delle qualità professionali richieste, è stato confermato dall'interrogatorio formale nel corso del quale tanto il convenuto [redacted] quanto il convenuto [redacted] 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. [redacted] e [redacted], 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. [redacted] e [redacted]

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 nocimento alla società attrice laddove successivamente alla perdita maturata con il primo contratto, sono stati comunque proposti, dai Sigg. [REDACTED] e [REDACTED] 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.

In accoglimento della domanda attorea, pertanto, i convenuti vanno condannati a risarcire l'attrice dei danni derivanti dalla condotta inadempiente sopra accertata, danni che in primo luogo andrebbero individuati nella sommatoria dei flussi di cassa negativi addebitati a [REDACTED] come sopra già ricostruiti in complessivi euro 1.491.751,54=.

La circostanza che detto importo costituisce già oggetto di condanna della convenuta [REDACTED] s.p.a. sotto il profilo restitutorio conseguente alla nullità, preclude che lo stesso possa essere oggetto di ulteriore condanna risarcitoria essendo il danno di per sé già assorbito dalla precedente condanna.

In tutti i casi, tenuto conto che l'attrice ha svolto anche richiesta di liquidazione equitativa, in considerazione della consistenza dell'ammontare

degli importi delle negoziazioni dei contratti derivati intervenuti tra le parti e della consistenza degli importi delle perdite applicate all'attrice, la quale, certamente, per il periodo di durata dei contratti derivati non ha potuto disporre della liquidità con pregiudizio nell'esercizio dell'attività imprenditoriale, il Giudice ritiene congruo liquidare a titolo risarcitorio, in via ulteriore rispetto alla condanna restitutoria, l'importo di Euro 150.000,00= a carico della convenuta Unicredit s.p.a., ed in ragione della circostanza che i convenuti [REDACTED] e [REDACTED] hanno partecipato attivamente solo ad alcuni dei contratti di cui è causa, di euro 25.000,00= a carico di ciascuno di essi.

Il Giudice, con riferimento alla condanna dei convenuti [REDACTED] e [REDACTED] condanna anche la convenuta banca [REDACTED] s.p.a. in via solidale.

e) In ordine alla domanda di ripetizione degli interessi anatocistici formulata da parte attrice.

Non può invece accogliersi la domanda dell'attrice di ripetizione delle somme addebitate sul conto corrente a titolo di interessi anatocistici atteso che il Consulente Tecnico d'Ufficio ha rilevato che *“la evidente incompletezza della documentazione in atti non consente allo scrivente CTU di elaborare i dati coerentemente con il contenuto del quesito”*.

Le spese di lite

Le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate, ai sensi del D.M. 20 luglio 2012, n. 140.

Atteso il rigetto della domanda dell'attrice in relazione alla domanda di ripetizione riferita all'anatocismo bancario sul conto corrente, -

domanda da considerarsi di minore importanza nell'economia del giudizio-, le spese di lite poste a carico dei convenuti vengono compensate nella misura di 1/5.

Tenuto conto, altresì, che già con l'ordinanza ex art. 186 ter, c.p.c., depositata in data 19.12.2011, la convenuta Unicredit s.p.a. veniva condannata al pagamento delle spese maturate fino a quel momento, le ulteriori spese di lite vengono liquidate in sentenza relativamente alla successiva fase istruttoria e decisoria nella misura, al netto della riduzione del quinto per la soccombenza reciproca di cui sopra, di euro 490,00= per spese imponibili, euro 24.500,00= per onorari, oltre accessori di legge.

Atteso l'accoglimento della domanda risarcitoria nei confronti dei convenuti [REDACTED] e [REDACTED] questi vengono condannati in solido al pagamento delle spese liquidate in sentenza.

Le spese della consulenza tecnica d'ufficio, nella misura liquidata con provvedimento del 14.04.2012, sono poste integralmente a carico della parte convenuta [REDACTED] S.p.a..

P.Q.M.

Il Tribunale di Brescia,

ogni diversa istanza od eccezione disattesa, definitivamente pronunciando, *contrariis reiectis*,

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



- condanna la convenuta [REDACTED] 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 [REDACTED] 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 [REDACTED] e la convenuta [REDACTED] 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 [REDACTED] e la convenuta [REDACTED] 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 [REDACTED] 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 [REDACTED] S.p.a. le spese di CTU così come liquidate in corso di causa.

Così deciso in Brescia il 05.03.2013

Il Giudice Onorario

Dott. Maurizio Di Rocco

IL CANCELLIERE CI
Paganozzi Alessandra

44
Depositata nella Cancelleria
del Tribunale di Brescia
Oggi ... 06 MAR 2013 ...
IL CANCELLIERE CI
(Dott.ssa Alessandra Paganozzi)