

Il Giudice istruttore

a scioglimento della riserva in ordine al ricorso proposto ai sensi dell'art. 700 c.p.c. in corso di causa nell'interesse di A■■■■ s.r.l. e nei confronti di ■■■■■ s.p.a., osserva quanto segue.

Muovendo dall'esame delle circostanze di fatto deve premettersi che, alla stregua di quanto allegato dalla ricorrente, nonché di quanto documentato dalla convenuta, risulta stipulato in data 27/11/2003 contratto quadro di *swap*, al quale faceva seguito in data 12/1/2004 contratto di mandato per la negoziazione di strumenti finanziari, e quindi una sequenza di contratti *interest rate swap*, l'ultimo dei quali in data 2/2/2007. Sempre in data 27/11/2003 risulta sottoscritta dal legale rappresentante della ricorrente dichiarazione ai sensi dell'art. 31 secondo comma regolamento Consob n. 11522 del 1998 in ordine al possesso di specifica competenza ed esperienza in materia di operazioni in strumenti finanziari. 9

Il contratto e la dichiarazione da ultimo citata devono intendersi di data 27/11/2003, posto che il timbro di data 31/1/2007 recante la dicitura "dare corso" si trova nel documento dopo la sottoscrizione (di una sola delle parti, come si vedrà a breve). Quanto al valore giuridico della dichiarazione ai sensi dell'art. 31 secondo comma regolamento Consob, trattasi di testo conforme ai requisiti normativi alla stregua del recente arresto della Suprema corte (Cass. 26/5/2009, n. 12138). Per il vero la pronuncia di legittimità è giunta all'esito di un confronto a più voci nella giurisprudenza di merito, accompagnato da diverse prese di

posizioni della dottrina, tendenzialmente caratterizzato dalla necessità di interpretare la norma regolamentare sulla base del criterio di legge enunciato dall'art. 21 t.u.f. quanto all'ampiezza degli obblighi di comportamento degli intermediari finanziari. La giurisprudenza di legittimità ha reputato di limitare l'efficacia della dichiarazione ad argomento di prova per il giudice, eventualmente in grado di sostenere la decisione, a condizione che la parte interessata non dimostri la discordanza fra il giudizio formulato e la situazione reale e la conoscenza da parte dell'intermediario mobiliare di tale circostanza. Ne discende che, come nel testo in atti, è sufficiente la semplice dichiarazione sottoscritta dal legale rappresentante della società, dove il requisito di specificità, contrariamente a quanto ritenuto da una certa giurisprudenza di merito che ha richiesto la specifica indicazione dei fatti alla base del giudizio, attiene alla competenza ed esperienza, e non alla dichiarazione stessa. Non ignora il giudicante che con l'entrata in vigore della direttiva 2004/39/CE del 21/4/2004, dalla cui attuazione legislativa è poi disceso il nuovo regolamento Consob n. 16190 del 2007, si impone per il giudicante l'interpretazione del diritto nazionale in modo da non contraddire lo scopo perseguito dalla norma comunitaria fin dalla data di entrata in vigore della direttiva, e dunque prima della scadenza del termine del recepimento (Corte giust. 17/1/2008, causa C-246/06). E tuttavia un eventuale sforzo ermeneutico in tal senso è irrilevante perché la dichiarazione *de qua* è antecedente anche l'entrata in vigore della direttiva, sicché va qualificata in base all'ordinamento vigente all'epoca della sua emanazione, mentre, ai fini

dell'applicazione della disciplina di fonte comunitaria, va evidenziato che l'ultimo contratto è antecedente l'entrata in vigore del nuovo regolamento Consob (il precedente regolamento è stato abrogato a partire dal 2/11/2007).

IL CASO.it

Avendo quindi riguardo alla disciplina applicabile, per come interpretata dalla Corte di cassazione, va evidenziato, sulla base per il momento di una valutazione di *fumus boni iuris*, che la ricorrente ha allegato la discordanza fra la dichiarazione e la situazione reale, ma non ha dimostrato la conoscenza, o conoscibilità, da parte dell'intermediario mobiliare di tale circostanza. Non c'è infatti prova che la banca, all'epoca della sottoscrizione della dichiarazione, fosse a conoscenza della mancanza di una specifica competenza ed esperienza in materia di operazioni in strumenti finanziari, o che comunque tale circostanza fosse conoscibile. La conoscenza del bilancio di esercizio e dei relativi allegati non equivale a conoscibilità della dedotta mancanza di specifica competenza ed esperienza posto che l'occasionale assenza di indicazioni nel documento contabile in ordine al possesso di strumenti finanziari non esclude una pregressa attività di investimento. Vi è in atti bilancio di esercizio al 28/2/2003, ma trattasi di un dato contabile isolato. Per converso non è stato documentato, sempre mediante i bilanci, che per tutto l'arco del periodo del rapporto con la banca non sono state compiuti investimenti di tipo finanziario. Anche il fatto che il conto corrente intrattenuto con la banca fosse utilizzato per normali operazioni di versamento e per l'utilizzazione di linee di credito, come allegato dalla ricorrente, non esclude la possibilità che presso altri

operatori bancari in passato si fosse svolta attività di investimento finanziario (peraltro proprio con Banca erano stati stipulati i due mutui che hanno costituito il presupposto delle operazioni di swap). Tale dato a disposizione della banca non appare pertanto allo stato tale da comportare la conoscibilità di un'assenza di specifica competenza ed esperienza in materia finanziaria. Resta dunque per la ricorrente, sulla base degli elementi allo stato disponibili nel processo di merito, la qualifica di operatore qualificato. **IL CASO.it**

Venendo quindi alle nullità allegare dalla parte attrice, in primo luogo si deduce la nullità dell'operazione finanziaria per mancanza, in relazione al servizio di investimento prestato, di un contratto redatto per iscritto ai sensi dell'art. 23 primo comma t.u.f.. In particolare, secondo l'attrice, deve ritenersi che non sia stata osservata la forma prescritta, con conseguente nullità, perché il contratto è stato sottoscritto solo dal cliente e non anche dall'intermediario. Ha opposto la banca l'esistenza per un verso di dichiarazione confessoria da parte della ricorrente circa la ricezione di copia del contratto, da intendersi evidentemente completo delle sottoscrizioni di entrambe le parti, per l'altro il fatto che con la produzione il contratto deve intendersi sottoscritto anche dalla stessa parte che provvede alla produzione. E' costante l'orientamento della giurisprudenza (espresso in relazione alla compravendita immobiliare) secondo cui, vigendo la forma scritta *ad substantiam*, la manifestazione scritta della volontà di uno dei contraenti, la quale concorre alla formazione del negozio con efficienza pari alla volontà dell'altro, non può essere sostituita da una

dichiarazione confessoria dell'altra parte, che non può essere utilizzata nè come elemento integrante il contratto nè (quand'anche contenga il preciso riferimento ad un contratto concluso per iscritto), come prova di questo (Cass. 7/4/2005, n. 7274; 18/6/2003, n. 9687; 7/3/1990 n. 1811). Quanto alla seconda eccezione, va rammentato l'altrettanto costante orientamento secondo cui "la produzione in giudizio, di una scrittura privata ad opera della parte che non l'aveva sottoscritta costituisce equipollente della mancata sottoscrizione contestuale e pertanto perfeziona sul piano sostanziale o su quello probatorio, il contratto in essa contenuto, purché la controparte del giudizio sia la stessa che aveva già sottoscritto il contratto e non abbia revocato, prima della produzione, il consenso prestato" (ex multis Cass. 12/6/2006, n. 13548). **IL CASO.it** 9

Proprio considerando tale indirizzo l'eccezione della banca è inidonea ad integrare un fatto impeditivo della pretesa di controparte, sotto un duplice profilo: in primo luogo se produzione equivale a sottoscrizione, ciò vuol dire che il contratto si intende sottoscritto all'epoca della produzione, e dunque in epoca successiva alla prestazione del servizio di investimento, che resta così eseguita senza una previa stipulazione di accordo scritto; in secondo luogo, sulla base di tutte le allegazioni di parte attrice nell'atto di citazione, ed in particolare quelle relative alla causa del contratto, il consenso deve intendersi comunque revocato, prima della produzione.

La nullità allegata è pertanto astrattamente ipotizzabile. Osta però alla sua configurazione la qualità di operatore qualificato. L'art. 23 t.u.f., prescrivendo a pena di nullità la forma scritta, autorizza la

Consob a prevedere con regolamento, in relazione alla natura professionale dei contraenti, una diversa forma per particolari tipi di contratto. L'art. 31 comma prima del regolamento Consob n. 11522 del 1998 esclude, in presenza di operatore qualificato, l'applicabilità di diverse disposizioni del medesimo regolamento, e fra queste quella dell'art. 30 sulla necessità del contratto scritto per la prestazione del servizio di investimento. Permanendo pertanto nel giudizio di merito la qualità di operatore qualificato la denunciata nullità non può operare. **IL CASO.it**

La seconda nullità dedotta è di tipo non formale, ed attiene al requisito di sostanza rappresentato dalla causa. Anche sulla base del dictum della Suprema corte (Cass. 19/5/2005, n. 10598), e delle recenti acquisizioni dottrinali, il contratto di *swap* può essere definito un contratto nominato, ma atipico in quanto privo di disciplina legislativa (ovvero solo socialmente tipico), a termine, consensuale, oneroso e aleatorio, contraddistinto per ciò che riguarda l'*interest rate swap* dallo scambio a scadenze prefissate dei flussi di cassa prodotti dall'applicazione di diversi parametri ad uno stesso capitale di riferimento (c.d. nozionale). La funzione del contratto consiste nella copertura di un rischio mediante un contratto aleatorio, con la finalità di depotenziare le incertezze connesse ai costi dei finanziamenti. In pratica la posta passiva derivante dall'aumento del tasso variabile relativo al finanziamento dovrebbe essere, nella prospettiva del cliente, neutralizzata dalla posta attiva costituita dal rapporto fra tasso fisso e tasso variabile nel rapporto di *swap*. Se però il tasso di interesse anziché aumentare crolla, ciò rappresenta un indubbio vantaggio quanto al

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

Tornando al caso di specie la società attrice ha allegato la non meritevolezza della causa in concreto deducendo che la violazione delle regole di comportamento prescritte dall'art. 21 t.u.f. si è tradotta in una deviazione della causa rispondente alla suddetta tipicità sociale, in quanto lo schema causale è stato adoperato dalla banca per finalità non ad esso coerenti. Con riferimento poi ai contratti stipulati successivamente al primo, costituenti una sorta di "ristrutturazione" del debito in quanto incorporanti le passività prodotte da quello precedente, ha dedotto la ricorrente che l'operazione, per effetto della pregressa passività e degli ulteriori costi, e della mancanza di copertura del rischio sottostante, non è in grado di realizzare la funzione dell'*interest rate swap*.

IL CASO.it

La ricorrente fa in modo pertinente riferimento alla nozione di causa concreta, che risponde al modo in cui ormai la giurisprudenza di legittimità concepisce il requisito causale. Da quando Cass. 8/5/2006 n. 10490 ha affermato il principio che causa del contratto è la causa concreta, lo scopo pratico del negozio, la sintesi, cioè, degli interessi che lo stesso è concretamente diretto a realizzare, quale funzione individuale della singola e specifica negoziazione, al di là del modello astratto utilizzato, la causa concreta non solo è penetrata nelle pronunce a sezioni semplici (Cass. 12/11/2009, n. 23941), ma quel che più importa è che si tratta di nozione fatta propria da rilevanti arresti

delle sezioni unite (Cass. 11/11/2008, n. 26972 sul danno non patrimoniale e 18/2/2010, n. 3947 sulla polizza fideiussoria). Quanto però al primo contratto di swap la deviazione dal tipo sociale sul piano della causa concreta viene indebitamente dedotta dalla violazione delle regole di comportamento, violando il principio, ormai non più solo dottrinale, ma anche giurisprudenziale (cfr. l'arresto delle sezioni unite di cui a Cass. 19/12/2007, n. 26724; e già prima Cass. 29/9/2005, n. 19024), dell'ineducibilità delle regole di validità dalle regole di comportamento. Più seria è la censura quanto ai contratti stipulati successivamente, caratterizzati dal crescente ammontare della passività.

IL CASO.it

Si tratta di verificare, sul piano della causa concreta, se l'incorporazione nel regolamento della passività pregressa e degli ulteriori costi renda lo schema negoziale *ab origine* incapace di realizzare la funzione di copertura del rischio, da intendersi connaturata al tipo sociale, stante anche quanto osservato dalla Consob con la comunicazione del 26/2/1999 (secondo Trib. Monza 31/8/2009 la previsione a carico del cliente di un tasso fisso in misura crescente, nell'ambito di una sequenza di contratti, preclude il raggiungimento dello scopo della copertura del rischio, e determina pertanto la nullità del contratto per difetto di causa). L'indagine tecnica effettuata da ~~_____~~ s.p.a., e prodotta dall'attrice, ha concluso nel senso che il 44,5% del costo complessivo dell'operazione per la società attrice si spiega con costi impliciti, e non sulla base di movimenti avversi di mercato. Benché la questione meriti un approfondimento in sede di giudizio di merito, anche eventualmente a mezzo di CTU, sul piano del

fumus boni iuris, caratterizzante la presente fase, può concludersi nel senso del verosimile difetto genetico di causa dei contratti stipulati in sede di "ristrutturazione" del debito.

IL CASO.it

Posto che quanto alla dedotta annullabilità del contratto indimostrato allo stato è il presupposto del dolo, e che la qualifica di operatore qualificato, escludendo l'operatività delle tutele di cui al regolamento Consob fatta eccezione comunque per il rispetto delle regole generali di comportamento di cui all'art. 26 del regolamento, non rende allo stato evidente la ricorrenza dei presupposti dell'azione di risoluzione e di quella risarcitoria, è alla nullità per mancanza di causa, ed alla conseguente azione di ripetizione, che deve farsi riferimento per l'integrazione del requisito del *fumus boni iuris*.

Venendo quindi all'aspetto del *periculum in mora*, va preliminarmente chiarito che fondandosi il *fumus* sul profilo della nullità, e non su quelli dell'annullabilità e/o risoluzione del contratto, la questione del carattere costitutivo non si pone, evidenziandosi solo la tutela anticipatoria rispetto a domanda di nullità e di ripetizione. In ordine alle conseguenze pregiudizievoli la società ricorrente ha prodotto relazione tecnica sottoscritta dal dott. ~~S~~ ~~N~~ dalla quale si evince il concorso dei differenziali negativi swap, e da ultimo dell'imminente addebito di agosto p.v., nella determinazione di una situazione di sconfinamento dai fidi bancari. Quanto alla irreparabilità del pregiudizio denunciato, se è vero che il provvedimento invocato ha ad oggetto un credito preteso dalla controparte, le conseguenze del pagamento non appaiono riparabili patrimonialmente, o

