

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
IL TRIBUNALE CIVILE E PENALE DI MILANO
VI^ sezione civile

Composto da:

Dott.ssa Alda Maria Vanoni Presidente

Dott. Salvatore Di Blasi Giudice

Dott.ssa Amina Simonetti Giudice rel.

Ha pronunciato la seguente

SENTENZA N. 12246/2008

Nella causa R.G. N. 19327/2006 in materia di intermediazione
finanziaria promossa da:

IMMOBILIARE A. (p.i.: *) con sede in *, in persona del legale
rappresentante in carica p.t. dott.ssa S. B., rappresentata e difesa in
giudizio, giusta procura alle liti dell'8 febbraio 2006 per atto Notaio **,
ATTRICE

Contro

BANCA ** SPA (c.f.: *) con sede legale *,

CONVENUTA

Le difese hanno concluso come da fogli che seguono:

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto di citazione ex art.2 D.Lgs 5/2003, notificato il 14 marzo 2006 la società Delta Immobiliare spa ha convenuto in giudizio Banca ** e ha chiesto la nullità ex art. 1418 co 1 c.c. di sei contratti di Interest Rate Swap stipulati con la stessa banca dal mese di ottobre 2002 al mese di dicembre 2004, l'ultimo dei quali ancora attivo e la condanna della banca alle restituzioni, e al risarcimento del danno che ha individuato nella situazione debitoria netta della società, nella segnalazione alla centrale Rischi della Banca d'Italia del differenziale negativo dell'operazione in derivati e nelle conseguenti perdite di guadagno di cui ha chiesto la liquidazione *"in via equitativa in un valore non inferiore alla media di crescita del mercato immobiliare nel periodo assunto a riferimento e all'indice di redditività del capitale impegnato per impieghi immobiliari"*. La difesa dell'attrice ha fatto presente che la società era società immobiliare costituita nell'anno 2001 avente ad oggetto attività di compravendita, permuta, locazione e gestione di beni immobili; che in concreto essa era impegnata in una sola operazione immobiliare di gestione di un unico ma assai importante compendio immobiliare acquistato in data 4 aprile 2002 a mezzo di contratto di leasing immobiliare stipulato con la società L., società di leasing del gruppo della banca BANCA **; che il leasing prevedeva l'applicazione di un tasso variabile sull'importo finanziato, che l'immobile, conformemente al piano industriale di Imm. A., era stato ceduto in locazione con canoni ad un valore corrispondente alla copertura integrale della rata di leasing oltre ad una quota in più che costituiva la remunerazione per la società del suo investimento; che BANCA ** aveva proposto all'atto della stipulazione del leasing la

stipulazione di un contratto in derivati interest rate swap spiegando che tale contratto fosse indispensabile al completamento del quadro economico entro cui l'operazione immobiliare veniva posta in essere e ciò perché con il contratto Irs la società di sarebbe tutelata in ipotesi di rialzo dei tassi di interesse sul contratto di leasing; che dunque la banca proponeva la conclusione del primo contratto Irs prospettandolo come la copertura del rischio aumento tassi connesso all'operazione di leasing immobiliare; che all'atto della stipulazione del primo contratto Irs, il 4.110.2002, la banca faceva firmare, per altro attraverso adesione alla clausola 16 del contratto di swap, all'amministratrice della società la dichiarazione di professionista qualificato di cui all'art. 31 co 2 Reg. Consob 11522/98; che la dichiarazione veniva resa in difetto del possesso da parte della società e della sua rappresentante, dei requisiti di professionalità richiesti dalla normativa per la validità della dichiarazione in questione; infine che la banca, sicura e forte della dichiarazione da parte della cliente ex art. 31 Reg. Consob, aveva omesso ogni informativa e avvertimento alla società circa la tipologia e rischiosità degli investimenti in derivati swap. Sulla base di questi fatti la difesa della società attrice ha dedotto l'inefficacia della dichiarazione ex art. 31 perché non veritiera e da questa invalidità ha fatto discendere l'invalidità dei vari contratti Irs che nel tempo la società aveva stipulato senza soluzione di continuità e attraverso anche recessi anticipati della chiusura di un contratto e la sua sostituzione con altro contratto a condizioni differenti quanto ai parametri di rilevazione e determinazione dei tassi di riferimento. Ha dedotto dunque che la banca, sul presupposto errato che la società Imm. A. fosse operatore qualificato, aveva omesso di informarla della natura estremamente rischiosa dei contratti in derivati che aveva proposto, di valutare la congruità e pericolosità delle operazioni di swap senza palesare che l'operazione potesse generare una esposizione fortemente negativa per la società, mentre era stata presentata solo come finalizzata a realizzare la copertura dai rischi di variazione dei tassi di interesse da corrispondere alla società di leasing violando le disposizioni di cui all'art. 21 Tuf e artt. 28. La difesa dell'attrice ha altresì dedotto che la banca non aveva segnalato il conflitto di interesse derivante dal collegamento del contratto di swap con il contratto di leasing immobiliare intercorso con la società L. del medesimo gruppo; che la banca aveva violato il dovere di una gestione sana e prudente e indipendente a salvaguardia della cliente. Infine ha dedotto quale ulteriore profilo di invalidità del contratto di swap il fatto che l'accertamento, errato, della sua qualità di operatore non era stato condotto dalla banca prima della conclusione del contratto quadro, come avrebbe dovuto, ma successivamente atteso che la suddetta dichiarazione ex art. 31 co 2 Reg. Consob 11522/98 era contenuta nella clausola 16 del medesimo contratto in derivati. La banca convenuta si è costituita in giudizio e ha contestato in fatto e in diritto le domande dell'attrice di cui ha chiesto il rigetto deducendo l'assoluta validità ed efficacia della dichiarazione ex art. 31 Tuf della legale rappresentante della società Imm. A. anche in considerazione

della specifica esperienza nel settore finanziario della stessa rappresentante con cui aveva trattato contratti in derivati anche per conto di un'altra società, appartenente ad un gruppo di rilevanza nazionale, di cui era pure la legale rappresentante. Inoltre la banca ha sostenuto la perfetta coerenza dei vari contratti di Irs stipulati da Imm. A. rispetto al suo obiettivo di "copertura" dal rischio di variazione dei tassi previsti nel contratto di leasing immobiliare.

Il processo si è svolto come descritto nelle pagine dal n.1 al n. 3 delle memorie conclusionali delle parti.

Con decreto di fissazione udienza il giudice relatore aveva disatteso la richiesta di prove della banca convenuta sul presupposto della sua tardiva costituzione in giudizio; il Collegio con ordinanza 11.7.2007 ha ritenuto la tempestiva costituzione in giudizio della convenuta e ha ammesso le prove da questa parte dedotte. Istruita la causa all'odierna udienza collegiale le difese hanno discusso oralmente chiedendo che fosse decisa.

Il collegio si è riservato di decidere nel termine di 30 giorni.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Il Collegio ritiene che la causa sia matura per la decisione, senza necessità di procedere ad ulteriore attività istruttoria, quale la ctu contabile richiesta dalla difesa dell'attrice.

In applicazione del disposto di cui all'art. 155 comma 4 e 5 c.p.c. la costituzione in giudizio della convenuta è stata tempestiva; si rileva infatti che la convenuta ha notificato il 15 maggio 2006 la sua comparsa di costituzione e risposta alla difesa dell'attrice e la notificazione è avvenuta nei termini di cui all'art.4 D.Lgs 5/2003 considerando che la convenuta aveva ricevuto la notificazione dell'atto di citazione il 14 marzo 2006 e che il termine del sessantesimo giorno scadeva sabato 13 maggio 2006. Risulta poi che la banca ha depositato in cancelleria la sua comparsa di costituzione e risposta il 16 maggio 2006.

La società attrice ha chiesto di dichiararsi la nullità ex art. 1418 co 1 c.c. di sei contratti di Interest Rate Swap, meglio descritti nelle conclusioni dell'atto di citazione, tutti successivamente conclusi con la banca convenuta dal 4.10.2002 al 23 dicembre 2004, ciascun nuovo contratto con funzione sostitutiva dell'accordo che lo precedeva, anticipatamente chiuso dalle parti rispetto alla scadenza programmata (aprile 2014).

L'ultimo contratto risulta ancora attivo e regolarmente eseguito dalle parti, salva la riserva di ripetizione delle somme versate alla banca che la società Imm. A. ha dichiarato di aver espresso in occasione degli ultimi pagamenti.

La difesa dell'attrice chiede che siano invalidati i contratti di Irs nel tempo stipulati con BANCA ** deducendo che la banca avrebbe violato specifiche obbligazioni precontrattuali e contrattuali di informazione previste dal tuf e dal reg. Consob 11522/98 il tutto sul presupposto dell'invalidità ed inefficacia della dichiarazione di operatore qualificato resa dalla società ex art. 31 comma 2 ultima parte Reg. Consob intermediari.

La difesa dell'attrice ha infatti posto a fondamento della sua azione di nullità dei contratti di swap la violazione da parte della banca degli obblighi di informazione sulle caratteristiche dei contratti e sull'operatività dei derivati, nonché sulla intrinseca loro pericolosità e rischiosità e, in generale, la violazione degli obblighi di diligenza per aver proposto la stipulazione in via successiva dei contratti IRS finalizzati alla copertura del rischio di variazione dei tassi di interesse nell'ambito del contratto di leasing immobiliare L. con scadenza 2014, senza procedere ad una attenta valutazione di congruità e di pericolosità delle operazioni.

La difesa dell'attrice ha dedotto che la banca non ha adempiuto a tutte quelle obbligazioni di informazione e protezione del cliente previste dal tuf, art. 21, e dal Reg. consob 11522/98, artt. 26, 27 e 28 e che l'omessa informativa è derivata dall'aver considerato la cliente Imm. A. come operatore qualificato avendo conseguito dalla stessa la dichiarazione di cui all'art. 31 co 2 Reg. Consob 11522/98. L'attrice ha sostenuto che invece la banca avrebbe dovuto adempiere a quelle obbligazioni di informazione in considerazione dell'inefficacia della dichiarazione di operatore qualificato perché non veritiera. Inoltre ha affermato l'invalidità della suddetta dichiarazione e la sua inefficacia in quanto resa cronologicamente non prima della stipulazione del primo contratto di Irs.

In primo luogo ritiene il Tribunale di dover qualificare la domanda dell'attrice come domanda di risoluzione dei contratti di Irs piuttosto che di nullità e ciò in considerazione dei fatti allegati in atto di citazione che consistono nella contestazione alla banca, quale intermediario nella prestazione di servizi di investimento, di specifici inadempimenti di obbligazioni di informazione poste dalla legge agli intermediari finanziari quanto stipulano contratti per la prestazione di servizi di investimento. All'inadempimento delle obbligazioni di informazione discende, come rimedio rescindente l'atto negoziale, non la nullità ma la risoluzione.

Al giudice spetta il potere di dare qualificazione giuridica alle azioni proposte, potere che trova limite in relazione agli effetti giuridici che la parte vuole conseguire deducendo un certo fatto; in riferimento al principio di necessaria corrispondenza tra chiesto e pronunciato può dirsi che la prospettazione di parte vincola il giudice a trarre dai fatti esposti l'effetto giuridico domandato (in senso conforme Cass 21484/2007). Nel caso di specie, poiché l'attore ha dedotto l'inadempimento di obbligazioni poste dalla legge all'intermediario finanziario in relazione alla sua attività contrattuale di prestazione di servizi di investimento e poiché la domanda formulata, qualificata di nullità, è finalizzata ad invalidare il contratto, rientra nella potestà del tribunale qualificarla più correttamente, considerando anche la recente giurisprudenza di legittimità sulle conseguenze della violazione degli obblighi di informazione da parte dell'intermediario finanziario (Cass S.U. 26724/2007), come azione di risoluzione. La risoluzione del contratto è, infatti, il tipico rimedio all'inadempimento di specifiche obbligazioni contrattuali, come sono quelle denunciate in citazione;

l'azione di risoluzione è inoltre azione il cui risultato è di tipo rescindente con effetto ex tunc, come l'azione di nullità.

Nel merito la domanda è infondata e va rigettata.

L'esame dell'accertamento del fatto che la banca non ha reso a Imm. A. spa, prima di concludere i contratti Irs per cui è causa, le informazioni di cui agli artt. 21 Tuf, 27 e 28 Reg. Consob 11522/98, e la qualificazione di tale condotta come inadempiente a specifici obblighi di legge, passa attraverso la preventiva verifica della validità della dichiarazione di cui all'art. 31 Reg. Consob 11522/98 resa da Delta Immobiliare 2002 spa al momento della stipulazione dei contratti di Irs del 4.9.2002, del 4.10.2002, del 11.2.2003 (doc. 5 e 8 fasc. attrice), infatti l'art. 31 co 1 Reg. Consob 11522/98 stabilisce che nei rapporti tra intermediari e operatori qualificati non si applicano le disposizioni di cui agli articoli 27,28,29,30 co 1.

La difesa della società attrice deduce in primo luogo l'invalidità della dichiarazione perché essa non sarebbe conforme al vero, non corrispondendo al vero che Imm. A. spa possedeva all'epoca quella specifica competenza ed esperienza in materia di strumenti finanziari prevista dalla norma regolamentare per la qualificazione della società o persona giuridica, cliente dell'intermediario, come operatore qualificato.

La difesa di Delta non contesta alla banca di non averla, come dovuto secondo una regola di comportamento diligente e corretto, informata del senso della dichiarazione resa e delle conseguenze che ne conseguivano in termini di abbassamento della tutela da parte dell'intermediario, ma afferma che *"l'autoresponsabilità del dichiarante, pertanto, data la particolare natura del settore degli strumenti finanziari, non può elidere lo specifico dovere di diligenza e buona fede che in capo all'intermediario che riceve la dichiarazione viene posto dalla legge e che giustifica, addirittura l'inversione dell'onere della prova di cui all'art. 23 Tuf"*, diligenza che nel prosieguo del suo atto la difesa dell'attrice individua nel dovere della banca intermediaria di accertare la veridicità della dichiarazione e nel dovere, se ne riconosce la non veridicità, di non fare affidamento sulla dichiarazione ex art. 31 comma 2..

Dunque in sintesi si assume un dovere della banca di verifica del possesso dei requisiti descritti dall'art. 31 co 2 Reg. Consob da parte del soggetto dichiarante.

Il Tribunale, pur non condividendo l'interpretazione più formalistica che si è data alla norma in esame (Corte di Appello Milano sent. 12 ottobre 2007 est. Boiti Pres. Marescotti), non ritiene neanche che l'intermediario debba procedere a penetranti verifiche sulla sussistenza della specifica competenza ed esperienza nel settore finanziario in capo al soggetto dichiarante, prima di considerare la società/persona giuridica dichiarante come operatore qualificato. Va puntualizzato che, nel rispetto letterale della formulazione della norma, l'oggetto della dichiarazione è la specifica competenza ed esperienza in materia di operazioni in strumenti finanziari della società/persona giuridica cui è riferibile la dichiarazione stessa e non

della persona fisica che la rappresenta in quel momento. Dunque sussisterà la competenza ed esperienza se la società/persona giuridica dichiarante ha già posto in essere ripetutamente operazioni finanziarie di una certa complessità, se nella sua organizzazione esiste una figura di riferimento responsabile delle operazioni finanziarie e così via; la specifica competenza ed esperienza del suo amministratore può comunque costituire un elemento che consente all'intermediaria di individuare nella dichiarante le caratteristiche richieste dalla norma.

L'interpretazione della norma si fonda sul suo tenore letterale; essa prevede tre differenti ordini di requisiti e presupposti affinché un intermediario possa trattare con una certa controparte come operatore qualificato.

Operatore qualificato è chi ha una specifica competenza ed esperienza in materia finanziaria. Per alcuni soggetti questa competenza è in sé ritenuta in virtù dell'attività professionale del soggetto, per altri, le società e le persone giuridiche di cui all'ultima parte del secondo comma dell'art. 31 Reg. Consob 11522/98, discende dall'esperienza in concreto acquisita dal soggetto. Si possono individuare tre categorie di operatori qualificati.

Ad un primo livello ci sono quelle persone che professionalmente agiscono nel settore finanziario o assicurativo; si tratta di intermediari autorizzati, Sicav, Sgr e così via come da indicazione della prima parte del comma 2 dell'art. 31: per questo gruppo di soggetti vi è un riconoscimento automatico della qualifica di operatori qualificati connesso alla loro attività professionale. Ad un secondo livello vi sono alcune persone fisiche che si caratterizzano perché professionalmente agiscono nel settore finanziario: sono i promotori finanziari - per i quali dalla qualifica discende l'essere operatore qualificato- e sono coloro che posseggono i requisiti per svolgere le funzioni di amministrazione, direzione e controllo nelle società di intermediazione mobiliare: per tutti questi soggetti è necessario documentare di appartenere alla categoria affinché discenda la qualificazione di operatori qualificati (sono promotore, ho i seguenti requisiti di professionalità allora sono operatore qualificato). Per queste due categorie di soggetti la competenza in materia finanziaria è derivazione della loro attività professionale nel settore finanziario, chi opera in quel settore professionalmente è per definizione esperto in strumenti finanziari. Al terzo livello ci sono tutte le società e le persone giuridiche (che possono avere un qualunque oggetto sociale) "in possesso di una specifica competenza ed esperienza in materia di operazioni in strumenti finanziari"; si tratta di un elemento qualificante la persona giuridica o la società che deriva dalla sua esperienza; la competenza ed esperienza deve evidentemente preesistere, come per tutte le altre categorie di operatori qualificati, ed essa poiché rientra nella sfera di conoscenza del soggetto stesso, viene dimostrata con una dichiarazione del soggetto stesso, data la rilevanza della dichiarazione essa deve essere resa per iscritto e dal legale rappresentante.

Data la dichiarazione resa dalla società o dalla persona giuridica sul possesso della sua specifica competenza ed esperienza in materia di operazioni in strumenti finanziari l'intermediario è sollevato da ogni onere probatorio.

Con la dichiarazione il dichiarante esprime più che un dato di fatto una valutazione cioè l'aver una specifica competenza ed esperienza, tale valutazione è rimessa dal legislatore non all'intermediario ma al dichiarante; a diversa conclusione si perverrebbe se la legge avesse richiesto una dichiarazione sull'esperienza e conoscenza, rimettendo poi all'intermediario la valutazione della competenza della controparte sulla base della conoscenza e pregressa esperienza in strumenti finanziari. Per altro può osservarsi che per nessuno dei soggetti qualificabili come operatori qualificati la legge all'epoca in vigore (disciplina, Reg. Consob 11522/98) rimetteva all'intermediario una valutazione circa la qualificazione di operatore qualificato del cliente e ciò perché la qualificazione derivava direttamente dall'appartenere a certe categorie di soggetti bene individuate o dal possedere requisiti di esperienza e competenza dichiarati (diversa è la situazione normativa e regolamentare dopo il recepimento della Direttiva 2004/39/CE e 2006/73/CE).

Tuttavia, in considerazione della rilevanza della dichiarazione prevista dall'ultima parte dell'art. 31 co 2 Reg. Consob citato era necessario che l'intermediario informasse la controparte del significato della dichiarazione e delle sue conseguenze.

L'intermediario dunque, perché possa dirsi che abbia rispettato i doveri di cui all'art. 21 co 1 lett. a) tuf, doveri di carattere generale validi anche quando la sua controparte è un operatore qualificato, doveva, prima di raccogliere la dichiarazione di cui all'art. 31 co 2 ultima parte Reg. Consob, avvertire la cliente persona giuridica o società del significato della dichiarazione e delle conseguenze che da essa ne derivavano in termini di minore protezione quanto agli obblighi di informazione. E' evidente poi che l'intermediario doveva, in quel primo contatto con la cliente, avere la ragionevole certezza che la sua controparte avesse compreso l'avvertimento e la comunicazione data. Una volta che l'intermediario, in termini di assoluta trasparenza e correttezza, avesse spiegato alla cliente il significato, la portata della dichiarazione e la diminuzione di protezione che ne conseguiva (atteso che essa con la dichiarazione ammetteva di poter comprendere autonomamente la portata e i rischi delle operazioni finanziarie richieste all'intermediario), non era tenuto a verificare l'effettiva sussistenza della conoscenza ed esperienza dichiarata, sempre che non fosse del tutto evidente che la società o persona giuridica ignorava completamente il settore finanziario e quindi salvo sempre il dovere dell'intermediario di tenere conto della conoscenza effettiva che aveva della controparte.

Nel caso di specie l'attrice non si è lamentata di non aver ricevuto questa informazione all'atto della conclusione del primo contratto IRS - questo era il momento in cui la banca avrebbe dovuto avvertire Imm.re A. della rilevanza della dichiarazione, posto che tutti i

successivi contratti e contestuali dichiarazioni ex art. 31 sono stati meri momenti di prosecuzione, senza soluzione di continuità ma solo con modificazione dei termini economici, di un rapporto iniziato con il primo contratto Irs dell'aprile 2002. La società attrice ha, invece, dedotto che non corrispondeva al vero quanto dichiarato circa la sua esperienza nel settore finanziario ma ha omesso di specificare gli indici in base ai quali questa non corrispondenza al vero sussisterebbe. Ha contestato alla banca di non aver proceduto a controlli sulla veridicità della sua dichiarazione. Data tale contestazione, generica in fatto, nessuna censura può muoversi alla banca convenuta che, in forza di quella dichiarazione, ha considerato e trattato Imm. A. come operatrice qualificata.

L'attrice avrebbe dovuto assumere che non si era resa conto del contenuto e della portata della dichiarazione resa e dunque di averla resa per errore, perché su ciò non era stata informata dalla banca; avrebbe inoltre dovuto allegare elementi specifici, oggettivi in presenza dei quali la banca non avrebbe potuto fare affidamento sulla sua dichiarazione. Nulla di tutto ciò è stato contestato da Delta a BANCA **, né dimostrato.

Inoltre sul possesso in concreto da parte della società delle caratteristiche dichiarate non si può non considerare quanto sottolineato dalla difesa della convenuta circa la natura speculativa dell'attività svolta da Imm. A. che è società immobiliare che aveva stipulato un contratto di leasing immobiliare per circa 13 milioni di euro (all.2 attrice), che aveva concesso in locazione a terzi il bene per un canone di due miliardi e trecento milioni tale da garantirle il pagamento delle rate del leasing, oltre a una quota di remunerazione per la stessa Delta, come allegato dalla sua difesa in citazione (pagina 2 e all.4 attrice).

Inoltre va detto che dalla testimonianza resa dal testimone G., sentito all'udienza del 24 gennaio 2008, è risultato che la società, attraverso la sua legale rappresentante, S. B., aveva la piena consapevolezza della portata economica, dei rischi e dello specifico meccanismo, tutt'altro che semplice, degli Irs; la conoscenza specifica della dott.ssa B. nel settore finanziario consente di ritenere ragionevolmente che la società, data la competenza della sua rappresentante, possedeva quella specifica competenza e conoscenza del settore oggetto di dichiarazione ex art. 31. Si rileva in particolare che il testimone G. ha riferito che *"Ho incontrato la dott.ssa B. presso la sede della Banca in Milano * nel febbraio 2003... La cliente chiese di rinegoziare il contratto concluso nell'ottobre 2002 di irs perché divenuto troppo oneroso. L'unica possibilità di rinegoziare riguardava l'indice dei tassi. La dott.ssa B. ci indicò gli obiettivi dell'investimento che consistevano nell'evitare che il precedente contratto di irs generasse flussi negativi e che gli eventuali nuovi flussi generati dal nuovo irs la coprissero rispetto al rialzo del tasso di interesse variabile applicato a un contratto di leasing ...Ho informato la cliente dei rischi dell'operazione spiegando il meccanismo di finanziamento del contratto, i rischi la società li conosceva già vista la precedente stipulazione...Dopo qualche*

giorno di riflessione la società ha accettato di modificare rinegoziando il precedente irs....verificai l'effettiva competenza ed esperienza in materia di strumenti finanziari da parte della dott.ssa B....ho fondato questa mia valutazione sul fatto che la dott.ssa B. nell'ambito della trattativa interagiva; mi ricordo, per esempio, che mi chiese di modificare rispetto alle proposte fatte alcuni parametri contrattuali (Cap, box e penalty) per ottenere un risultato finanziario in linea con le sue esigenze; si trattava di parametri già contemplati nel precedente contratto per tipologia di cui in sede di rinegoziazione si doveva variare la quantificazione”.

La difesa dell'attrice ha inoltre dedotto che la dichiarazione ex art. 31 poiché contenuta formalmente nel testo del contratto per operazioni su strumenti finanziari derivati Interest Rate Swap, contemplata dalla clausola 16, non potrebbe ritenersi acquisita precedentemente alla stipulazione del medesimo contratto cosa da cui deriverebbe l'invalidità del contratto raggiunto sulla base di una premessa, operatore qualificato della società cliente, ancora non in essere.

Al fine di stabilire se la dichiarazione di operatore qualificato sia stata o meno contestuale o precedente alla stipulazione del contratto per la prestazione di un servizio di investimento il rapporto temporale tra i due momenti deve essere inteso non in senso formale o semplicemente cronologico, bensì in senso sostanziale e causale. Nel caso di specie poiché la dichiarazione ex art. 31 co 2 reg. Consob 11522/98 è contenuta nel testo del contratto essa va riferita in concreto a quel contratto.

Da ultimo si rileva che la clausola 16 del contratto di Irs è stata accettata con la formalità di cui all'art. 1341 co 2 c.c..

Il rigetto della domanda comporta la condanna dell'attrice alla rifusione in favore della convenuta delle spese processuali che si liquidano, vista la nota spese in atti, in € 538,00 per spese € 2.058,00 per diritti ed € 9.000,00 per onorari oltre al rimborso spese generali, cpa e iva di legge.

P.Q.M.

Il Tribunale di Milano in composizione collegiale provvede:

Rigetta le domande di parte attrice perché infondate.

Condanna l'attrice alla rifusione delle spese processuali in favore della convenuta spese liquidate in motivazione in € 538,00 per spese € 2.058,00 per diritti ed € 9.000,00 per onorari oltre al rimborso spese generali, cpa e iva di legge.

Milano 15 ottobre 2008

Il relatore

Amina Simonetti

Il Presidente

Alda Maria Vanoni