

REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

TRIBUNALE DI TRIESTE  
SEZIONE CIVILE

Il Tribunale di Trieste in composizione monocratica ex art. 50 ter c.p.c.,  
in persona del giudice dott. Daniele Venier, ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile iscritta al n.3256/2011 R.G.

promossa con atto di citazione notificato il 19.10.2011 (cron. 24358)

da

- 1) Il P. S.r.l.
- 2) M. A.
- 3) F. B.
- 4) S. L.

**attori**

**contro**

Banca S.p.a.,

**convenuta opposta**

OGGETTO: opposizione a decreto ingiuntivo

conclusioni delle parti:

**RAIONI DI FATTO E DI DIRITTO DELLA DECISIONE**

Con decreto n. 638/2011 dd. 8.7.2011 era ingiunto a Il P. S.r.l, il pagamento immediato in favore di Banca S.p.a. della somma, pari al debito relativo al contratto di mutuo chirografario stipulato il 3.8.2007, di Euro 82.609,82, oltre a interessi convenzionali e spese, in solido con M. A., F. B. e S. L. quali fideiussori nei limiti delle rispettive garanzie (pari a Euro 28.087,33 il primo e a Euro 27.261,29 ciascuno gli altri due).

Hanno proposto opposizione i quattro ingiunti i quali, premettendo che il contratto di mutuo era stato stipulato per sanare pregresse posizioni debitorie originanti da rapporti di intermediazione finanziaria aventi a oggetto l'acquisto - nel febbraio 2002, marzo 2003 e marzo 2006 - di prodotti "derivati", il cui saldo negativo, pari a Euro 114.652,33, era confluito nel conto corrente della società opponente, facendo aumentare l'esposizione debitoria, hanno dedotto, con riguardo ai suddetti rapporti, la nullità, per assenza di contratto quadro scritto ex art. 23 T.U.F.; l'annullamento per dolo o errore, essendo i derivati stati acquistati con l'errata convinzione, indotta dalla Banca, che si trattasse di operazione volta alla copertura del rischio di variazione dei tassi di interesse, anziché - come era in realtà - di natura meramente speculativa; la risoluzione per inadempimento, per la violazione dell'obbligo di fornire adeguate informazioni al cliente da parte dell'istituto opposto, con riferimento alla natura e alle caratteristiche dello strumento consigliato, al profilo di rischio, all'adeguatezza o no dell'operazione. Hanno quindi insistito per la revoca del decreto ingiuntivo opposto, la nullità, l'annullamento o la risoluzione dei contratti aventi a oggetto strumenti derivati, la conseguente ripetizione di tutte le somme versate in esecuzione degli stessi e il risarcimento dei danni. Nella parte motiva dell'atto di citazione sono state pure allegare (anche se non ritrascritte nelle conclusioni) la risoluzione - per dolo o errore, vizi ravvisati nei "profili di invalidità e risolubilità degli strumenti finanziari" (pag. 7) - del contratto di mutuo, la compensazione legale tra quanto da loro dovuto in forza di quest'ultimo e quanto dovuto da controparte a titolo di ripetizione d'indebito e risarcimento del danno, nonché la nullità del decreto ingiuntivo nei confronti dei tre fideiussori opponenti per mancata indicazione dei rispettivi codici fiscali.

La Banca ha richiesto in via principale il rigetto dell'opposizione e delle domande avversarie, e, in subordine, la condanna degli opponenti al pagamento della diversa somma eventualmente accertata, anche ex art. 2033 c.c. per il caso di annullamento del contratto di mutuo.

Ha in particolare eccepito la prescrizione dell'azione di annullamento (peraltro svolta con inammissibile contemporanea deduzione di due vizi) riguardante i contratti swap, privi di qualsivoglia collegamento con il contratto di mutuo, del quale neppure era stato richiesto l'annullamento; ha contestato la fondatezza sia dell'azione stessa, atteso che le caratteristiche dei derivati risultavano definite nei relativi documenti e che neppure erano provate perdite subite dalla società opponente, sia delle domande di nullità ex art. 23 T.U.F. e risoluzione dei contratti in derivati, estintisi per scadenza prima della notifica dell'atto di citazione, e di ripetizione dell'indebito, in carenza di addebiti derivanti dagli swap.

Assegnato termine ai sensi del D.Lgs. 28/2010 (nella formulazione all'epoca vigente) per l'instaurazione del procedimento di mediazione, conclusosi senza esito positivo, disposto lo scambio delle memorie ex art. 183, VI co., c.p.c., e respinte le istanze istruttorie degli opponenti, la causa è quindi stata riservata in decisione sulle conclusioni in epigrafe.

La necessità di individuare le domande delle parti non limitandosi alla sola letterale formulazione di quelle ritrascritte nelle conclusioni, ma indagando il complessivo contenuto dell'atto introduttivo e avendo riguardo alle finalità perseguite dalla parte, impone di esaminare innanzitutto, per il suo carattere preliminare, l'eccezione di nullità del decreto opposto sollevata dai tre opponenti A., B. e L. al punto 6) dell'atto di citazione e da ritenersi implicitamente richiamata nella richiesta di revoca del decreto stesso formulata nelle conclusioni.

Ciò premesso, l'eccezione è infondata, atteso che la lamentata mancata indicazione, nel ricorso monitorio, dei rispettivi codici fiscali dei tre opposenti è pacificamente inidonea a integrare causa di nullità del decreto ingiuntivo, atteso che la previsione dell'art. 163, terzo co., n. 2, c.p.c., come modificato dal D.L. 29.12.2009 n. 193, convertito dalla L. 22.2.2010 n. 24, che impone l'indicazione del codice fiscale delle parti, oltre a essere riferita al solo atto di citazione (la disciplina del ricorso per decreto ingiuntivo modellandosi invece, stante il richiamo operato dall'art. 638 c.p.c. sulla base di quella prevista dell' r . 125 c.p.c.), non è causa di nullità della domanda, non essendo tale conseguenza espressamente comminata dalla legge, né potendo ritenersi che siffatta omissione integri la mancanza di uno dei requisiti formali indispensabili all'atto per il raggiungimento dello scopo (nella specie l'opposizione) cui è preposto.

2. Va quindi esaminata, in ordine logico, la richiesta di nullità dei tre contratti, stipulati tra Il P. S.r.l. e Banca S.p.a. in data 10.12.2002, 3.4.2003 e 9.3.2006 e aventi a oggetto operazioni in strumenti derivati, per violazione dell'art. 23, I co. D.Lgs. 58/1998 e T.U.F., discendente dalla mancanza del c.d. contratto quadro.

Il citato articolo 23 dispone espressamente che i contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento debbano essere redatti per iscritto, a pena di nullità.

E' del tutto prevalente e ormai consolidata la tesi (v., *ad es.*, Cass. 22.12.2011, n. 28432) che tale previsione riguardi il solo contratto-quadro, volto a disciplinare i termini di svolgimento del successivo rapporto tra intermediario e cliente, cui fanno seguito i singoli ordini di investimento impartiti dal secondo al primo.

Nella specie, l'esistenza del contratto quadro, come sopra inteso, è stata documentata dagli stessi opposenti, i quali hanno prodotto, quale allegato 5 all'atto di citazione, il "contratto relativo ad operazioni su strumenti derivati interest rate swap, interest rate cap, interest rate Floor, interest rate collar, forward rate agreement, swaption, opzioni su titoli e su indici", il quale, espressamente qualificato "accordo normativo" e "contenente la disciplina di futuri contratti specifici di *interest rate* che dovessero essere tra noi perfezionati" (v. in particolare punti 3, 4 e 5, relativi a oggetto, modalità - telefonica o telematica, ma con conferma per iscritto - di conclusione degli eventuali e successivi contratti in derivati e liquidazione dei relativi pagamenti), corrisponde - per denominazione e contenuto - proprio al contratto previsto dall'art.23 T.U.F., del quale quindi infondatamente è stata eccepita la carenza.

Esso è quindi ben distinto dai successivi tre ordini di investimento (documentati, con le relative conferme sub all. 6-10 di parte opponente) impartiti da il P. S.r.l alla Banca, i quali rappresentano gli atti di natura negoziale e di carattere attuativo, posti in essere dall'intermediario sulla base della disciplina precedentemente e convenzionalmente convenuta.

Deve pertanto respingersi la domanda di nullità dei tre contratti aventi a oggetto operazioni in strumenti derivati stipulati tra le parti (interest rate swap in data 10.12.2002 - Extra 2 swap in

data 3.4.2003 – Irs variabile protetto differenziale con clausola di range accruai in data 9.3.2006).

3. Quanto alla domanda di annullamento, per dolo o errore, dei tre suddetti contratti, va accolta l'eccezione di prescrizione sollevata dalla Banca opposta. L'art. 1442, I co. c.c. dispone che l'azione di annullamento si prescriva in cinque anni, termine che, nella specie, essendo l'ultimo contratto stato stipulato in data 9.3.2006, risultava interamente decorso al momento della domanda giudiziale (19.10.2011).

Gli oppositori hanno replicato sostenendo che i vizi della volontà sarebbero stati dedotti solo in via incidentale ai sensi dell'ultimo comma dell'art.1442 c.c., quale mezzo al fine di ottenere l'annullamento del contratto di mutuo (così a pag. 2 della memoria ex art. 183, VI co. n. 1 c.p.c.).

In contrario si osserva: che gli ingiunti hanno espressamente richiesto, ribadendo un tanto nelle conclusioni precisate all'udienza del 27.11.2013, *"l'annullamento di tutti i contratti aventi ad oggetto strumenti derivati perfezionati tra le parti"* (v. anche pag 4 dell'atto di citazione: si chiede l'annullamento), con formulazione che rende palese l'intento di ottenere, con sentenza costitutiva in accoglimento di domanda riconvenzionale, l'annullamento dei contratti stessi; che la qualificazione in termini di eccezione (volta a provocare il mero rigetto della pretesa monitoria) è inconciliabile con la domanda di ripetizione di indebito formulata sul presupposto dell'annullamento dei contratti di intermediazione (*"l'invalidazione ovvero la risoluzione di tutti rapporti negoziali, fonda il diritto dell'attore di ottenere la restituzione"*; punto 3.4 della citazione); che infine l'ultimo comma dell'art. 1442 c.c. implica che venga richiesto da controparte l'adempimento del contratto di cui si eccepisce l'annullamento, mentre nella specie è stata chiesta dalla ricorrente l'esecuzione di un contratto diverso (il mutuo) rispetto a quelli (aventi o oggetto le operazioni in derivati) di cui è invocato l'annullamento per dolo o errore.

4. Neppure può trovare accoglimento la domanda di risoluzione dei contratti swap per inadempimento della Banca ai plurimi obblighi di informazione posti a suo carico dal T.U.F. (v., in particolare, art. 21). Deve preliminarmente disattendersi l'argomento dell'opposta secondo cui l'esperibilità dell'azione sarebbe preclusa dall'avvenuta scadenza, al marzo 2011 e quindi anteriormente alla domanda, dei suddetti contratti, sussistendo l'interesse alla risoluzione in considerazione dell'effetto retroattivo (art. 1458 c.c.), al tempo dell'asserito inadempimento, della pronuncia, destinata prevalere, per la priorità nel tempo dell'operatività dei suoi effetti, rispetto alla causa di risoluzione per decorso del termine del medesimo rapporto contrattuale.

Ciò premesso, gli inadempimenti dedotti attengono alla mancata assunzione di adeguate informazioni sulla natura dello strumento finanziario consigliato e sul reale profilo di rischio del cliente, nonché sull'omessa comunicazione a quest'ultimo della natura del titolo, dell'adeguatezza dell'operazione e sulla mancata adozione di strumenti idonei a informare delle perdite in atto.

Si osserva che nel menzionato accordo normativo dd. 10.12.2002 Il P. S.r.l. dichiarò espressamente, per mezzo del suo legale rappresentante, di *"rientrare nella categoria degli operatori qualificati ai sensi dell'art. 31, secondo comma, del Regolamento approvato dalla*

Consob con delibera n. 11522 del 1.7.1998 essendo in possesso di una specifica competenza ed esperienza in materia di contratti in strumenti finanziari, con particolare riferimento ai contratti menzionati nel presente accordo normativo".

Il citato art. 31, II comma del Regolamento Consob 11522/1998 definisce operatori qualificati, tra gli altri, "ogni società o persona giuridica in possesso di una specifica competenza ed esperienza in materia di operazioni in valori mobiliari espressamente dichiarata per iscritto": la natura di operatore qualificato discende quindi dalla contemporanea presenza di due requisiti, uno di natura sostanziale, costituito dall'esistenza della specifica competenza ed esperienza in materia di operazioni in valori mobiliari in capo al soggetto che intende concludere un contratto avente ad oggetto operazioni su detti valori, l'altro, di carattere formale, costituito dalla espressa dichiarazione di possedere la competenza ed esperienza richieste.

E' stato autorevolmente sostenuto (Cass. 26.5.2009, n. 12138) che la ratio della norma è volta "a richiamare l'attenzione del cliente circa l'importanza della dichiarazione ed a svincolare l'intermediario dall'obbligo generalizzato di compiere uno specifico accertamento di fatto sul punto, tenuto anche conto che nella disposizione in esame non si rinviene alcun riferimento alla rispondenza tra il contenuto della dichiarazione e la situazione di fatto effettiva e non è previsto a carico dell'intermediario alcun onere di riscontro della veridicità della dichiarazione, riconducendo invece alla responsabilità di chi amministra e rappresenta la società dichiarante gli effetti di tale dichiarazione". Pertanto - prosegue la pronuncia della S.c. - "in mancanza di elementi contrari emergenti dalla documentazione già in possesso dell'intermediario in valori mobiliari, la semplice dichiarazione, sottoscritta dal legale rappresentante, che la società disponga della competenza ed esperienza richieste in materia di operazioni in valori mobiliari - pur non costituendo dichiarazione confessoria, in quanto volta alla formulazione di un giudizio e non all'affermazione di scienza e verità di un fatto obiettivo (art. 2730 c.c.; Cass. 1973/1662; 1981/5025; 2002/16127; 2006/13212) - esoneri l'intermediario stesso dall'obbligo di ulteriori verifiche sul punto e, in carenza di contrarie allegazioni specificamente dedotte e dimostrate dalla parte interessata, possa costituire argomento di prova che il giudice, nell'esercizio del suo discrezionale potere di valutazione del materiale probatorio a propria disposizione ed apprezzando il complessivo comportamento extraprocessuale e processuale delle parti (art. 116 c.p.c.) - può porre a base della propria decisione, anche come unica e sufficiente fonte di prova in difetto di ulteriori riscontri. Per quanto riguarda la sussistenza in capo al soggetto che richieda di compiere operazioni nel settore dei valori mobiliari dei presupposti per il riconoscimento della sua natura di operatore qualificato ed anche ai fini dell'accertamento della diligenza prestata dall'intermediario con riferimento a tale specifica questione, ai sensi della L. n. 1 del 1991, art. 13, comma 10, (cfr. Cass. 2999/5784; 2000/4085; 2002/10268; 2003/15172; 2005/4651)".

A fronte di tali inequivoci principi, l'opponente si è limitata ad allegare l'inefficacia della dichiarazione resa in contratto in quanto di "esiguo contenuto" (pag. dell'atto di citazione), articolando (riproponendo nelle conclusioni) capitoli di prova testimoniale per un verso irrilevanti (in quanto aventi a oggetto la provenienza dall'Istituto di credito delle proposte di stipulare i tre contratti in derivati, v. capitoli 1, 2, 3; o l'asserito collegamento con il mutuo, v. capitoli 6, 7, 8, 9, 10) e per l'altro di contenuto eccessivamente generico (capitoli 4 e 5), non indicandosi specifici elementi dai quali poter inferire la conoscenza da parte della banca della

manca, in capo alla cliente, di competenza ed esperienza in materia di operazioni in valori mobiliari.

Non solo, ma a conferma della effettiva consapevolezza, da parte de Il P. S.r.l., delle caratteristiche dei prodotti finanziari acquistati (non in una, ma in ben tre distinte occasioni, e nell'arco di più di tre anni), rileva l'indicazione esplicita, negli ordini di acquisto dd. 3.4.2003 (v. docc. 8 e 9), del "rischio aggiuntivo" dei prodotti finanziari extra 2 swap rispetto a quelli swap standard, con compiuta illustrazione dei relativi motivi.

Va quindi escluso che, tenuto conto della dichiarazione resa dalla cliente e delle precisazioni scritte circa la rischiosità delle operazioni, la banca opposta fosse tenuta all'assolvimento degli ulteriori obblighi informativi dedotti dall'opponente a fondamento della domanda di risoluzione, disponendo espressamente il primo comma dell'art. 31 del Regolamento Consob 11522/1998 che nei rapporti tra intermediari autorizzati e operatori qualificati non si applichino le disposizioni, per quanto qui rileva, di cui agli articoli 28 e 29 in ordine, rispettivamente, al contenuto delle informazioni da richiedere e fornire al cliente e all'astensione dall'effettuazione di operazioni non adeguate.

5. Il rigetto delle domande di nullità, annullamento e risoluzione dei contratti in derivati preclude logicamente l'accoglimento di quella di ripetizione d'indebito che sulle prime è stata esplicitamente basata ("l'invalidazione ovvero la risoluzione di tutti i rapporti negoziali aventi a oggetto gli strumenti derivati fonda il diritto dell'attrice di ottenere la restituzione punto 3.4. dell'atto di citazione in opposizione).

6. Egualmente è da dirsi in relazione alla domanda di risarcimento dei danni, essendo questi ultimi stati causalmente ricollegati dall'opponente all'inadempimento - qui escluso dell'opposta nell'esecuzione dei contratti swap (v. successivo punto 3.5).

7. Quanto infine alla richiesta di annullamento, per dolo o errore, del contratto di mutuo dd. 3.8.2007, da intendersi (contrariamente all'eccezione svolta dalla Banca) effettivamente proposta pur se non richiamata nelle conclusioni, in quanto chiaramente evincibile dalla parte motiva dell'atto introduttivo (v. punto 3.6), si rileva che, anche in tale ipotesi, assume carattere decisivo il rigetto delle domande aventi a oggetto i contratti in strumenti finanziari derivati, essendo i vizi della volontà stati individuati proprio nei sopra evidenziati profili di invalidità e risolubilità degli strumenti finanziari (pag. 7 dell'atto di citazione), nella specie esclusi per le ragioni già illustrate. Vanno pertanto respinte l'opposizione e le domande formulate dai quattro ingiunti.

8. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo a valori inferiori rispetto a quelli medi previsti per le cause di valore indeterminato dalla tabella A Avvocati allegata al D.M. 140/2012, tenuto conto delle circostanze di cui all'art. 4 dello stesso D.M. e, in particolare, della limitazione dell'attività istruttoria alle sole produzioni documentali.

P.Q.M.

Il Tribunale di Trieste, nella su indicata composizione monocratica, definitivamente pronunciando nella causa iscritta al n. 3256/2011 R.G., così provvede:

- rigetta l'opposizione proposta da Il P. S.r.l., M. A., F. B. e S. L. avverso il decreto ingiuntivo n. 638/2011 dd. 8.7.2011;

- rigetta le ulteriori domande formulate dagli opposenti;

- condanna gli opposenti in solido tra loro alla rifusione in favore dell'opposta delle spese di lite, liquidate in complessivi Euro 6.330,00, di cui Euro 330,00 per esborsi ed Euro 6.000,00 per compensi, oltre a CPA e IVA - se dovuta - ex lege;

Trieste, 13.3.2014

 **Ex Parte Creditoris ANI**  
Rivista di Informazione Giuridica

 **Ex Parte Creditoris ANI**  
Rivista di Informazione Giuridica

 **Ex Parte Creditoris ANI**  
Rivista di Informazione Giuridica

 **Ex Parte Creditoris ANI**  
Rivista di Informazione Giuridica

 **Ex Parte Creditoris ANI**  
Rivista di Informazione Giuridica