

*Tribunale di Roma, IX sezione civile,
Presidente dott. Tommaso Marvasi, Giudice relatore dott. Giuseppe Russo;
Giudice dott. Gabriella Muscolo*

25 ottobre 2013

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
IL TRIBUNALE DI ROMA
IX SEZIONE CIVILE

composta dai magistrati:

Dott. Tommaso Marvasi - Presidente

Dott.ssa Gabriella Muscolo - Giudice

Dott. Giuseppe Russo - Giudice rel.

riunito in camera di consiglio ha emesso la seguente

SENTENZA

nella causa civile di primo grado iscritta nel registro generale per gli affari contenziosi al n. 41749 dell'anno 2009 vertente

tra

ALFA SRL, (OMISSIS)

attrice

BANCA, (OMISSIS)

convenuta

oggetto: intermediazione mobiliare

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO - MOTIVI DELLA DECISIONE

Con atto di citazione ritualmente notificato, la **ALFA SRL** ha convenuto in giudizio la **BANCA** esponendo che:

in data 24/5/2002 l'attrice, dovendo procedere alla demolizione e alla ricostruzione di un intero fabbricato, aveva stipulato con la banca convenuta un contratto di mutuo a tasso variabile della durata quindicennale prevedendo l'erogazione rateale della somma mutuata in base agli stati di avanzamento dei lavori;

che contestualmente la **BANCA** aveva suggerito la stipulazione di un contratto atipico, denominato **INTEREST RATE SWAP (IRS)**, finalizzato ad assicurare la

mutuataria dal rischio di oscillazione dei tassi di interesse del mutuo; che ai continui ed insistenti contatti telefonici aveva fatto seguito la formalizzazione della proposta a mezzo fax e la successiva stipulazione del contratto presso gli uffici della BANCA;

che la fase esecutiva del rapporto contrattuale in questione aveva cagionato ingenti esborsi per la ALFA SRL;

che in prossimità della seconda erogazione dell'importo mutuato e della stipulazione di un secondo contratto di mutuo necessario al completamento dei lavori la banca convenuta per risolvere il contrasto inserito con l'attrice aveva proposto a quest'ultima di annullare il primo contratto di IRS e di sottoscriverne un altro della medesima specie;

che in data 23/6/2004 le parti avevano stipulato un nuovo contratto di IRS previo annullamento di quello precedente.

La ALFA SRL ha sostenuto che il contratto in questione doveva considerarsi nullo per difetto di valido contratto quadro in forma scritta o per difetto di causa;

che in ogni caso il contratto era annullabile per la condotta, posta in essere dalla BANCA, caratterizzata da violenza e dolo; che, comunque, la banca convenuta si era resa inadempiente agli obblighi informativi circa l'esatta natura e l'adeguatezza e appropriatezza delle operazioni poste in essere.

L'attrice, pertanto, ha concluso chiedendo che venisse dichiarata la nullità, l'annullabilità o la risoluzione, per inadempimento della controparte, del contratto di IRS stipulato in data 23/6/04, con conseguente condanna della BANCA alla restituzione delle somme indebitamente percepite per un totale di Euro 118.044,33, oltre al risarcimento del danno all'immagine da liquidare in via equitativa.

Costituitasi in giudizio la BANCA in via preliminare ha eccepito l'improponibilità delle domande avanzate dall'attrice in considerazione dell'accordo transattivo raggiunto dalle parti in data 18/11/2005;

con riferimento all'azione di annullamento per violenza o dolo ha eccepito l'intervenuta prescrizione quinquennale prevista dall'art. 1442 c.c.;

ha poi contestato anche nel merito quanto sostenuto dall'attrice.

La BANCA, oltre al rigetto della domanda avversaria, ha chiesto in via riconvenzionale la condanna della ALFA SRL al risarcimento dei danni ex art. 89 c.p.c. per alcune espressioni sconvenienti ed offensive contenute nell'atto di citazione di cui ha chiesto la cancellazione.

Disattese le richieste istruttorie formulate dalle parti la causa è stata **istruita documentalmente** e trattenuta in decisione all'udienza del 10/04/2013, previa assegnazione dei termini ordinari di cui all'art. 190 c.p.c. per il deposito delle comparse conclusionali e delle repliche.

Preliminarmente è bene precisare che il presente giudizio deve essere deciso da questo Tribunale in composizione collegiale essendo stato introdotto in data antecedente all'entrata in vigore della L. n. 69 del 2009 che ha abrogato, tra gli altri, l'art. 1, 3 comma, del D.Lgs. n. 5 del 2003 laddove era prevista la collegialità anche per le cause aventi ad oggetto rapporti in materia di intermediazione mobiliare.

Tuttavia, per quanto riguarda il rito da applicare (ordinario o societario), ritiene il Collegio che essendo stato comunque garantito alle parti il pieno esercizio del diritto di difesa, non solo non avrebbe senso disporre la cancellazione della causa dal ruolo per procedere alla trattazione e decisione nelle forme del rito societario - anzi una scelta processuale del genere sarebbe anche lesiva del principio della ragionevole durata del processo-, ma non sarebbe neanche più tecnicamente possibile, stante l'impossibilità di applicare una disciplina processuale ormai non più esistente nell'ordinamento giuridico italiano. Quindi ben può procedersi alla decisione nelle forme del rito ordinario, senza mutamento di rito, mantenendo peraltro la collegialità che era prevista dal citato art. 1, 3 comma, del D.Lgs. n. 5 del 2003.

Ciò premesso, si deve anzitutto esaminare l'eccezione preliminare di inammissibilità delle domande attoree per intervenuta transazione tra le due parti in causa.

A ben vedere l'accordo transattivo documentato dalla scrittura datata 18/11/2005, prodotta in copia dalla banca convenuta, si riferisce esclusivamente al primo contratto di IRS stipulato in data 14/10/2002 e contrassegnato con il n. 139725, espressamente menzionato nell'oggetto della scrittura stessa, e non anche al secondo contratto di IRS stipulato in data 23/6/2004 e distinto con il n. 223913 del quale non vi è alcuna menzione.

Pertanto le controversie insorte tra le parti in relazione a questo secondo rapporto contrattuale non possono ritenersi transatte.

Quindi, l'eccezione va respinta.

Parimenti va disattesa l'eccezione di prescrizione sollevata dalla convenuta in relazione alla domanda di annullamento del contratto, dovendosi al riguardo rilevare che al momento della notifica dell'atto di citazione, perfezionatasi in data 29/5/2009, non era ancora scaduto il termine quinquennale previsto dall'art. 1442, primo comma c.c., il cui dies a quo deve essere fatto risalire al 23/6/2004 allorquando è stato stipulato il (secondo) contratto IRS di cui l'Immobiliare Tiburtina srl ha chiesto l'annullamento.

Venendo al merito le domande spiegate dall'attrice con riguardo all'accertamento dell'invalidità del contratto in questione non possono trovare accoglimento, non essendo ravvisabili i profili di nullità o di annullabilità dello stesso dedotti dall'attrice.

La ALFA SRL in prima istanza ha sostenuto che il contratto quadro di investimento, che doveva precedere lo specifico contratto di IRS per cui è causa, non era stato redatto in forma scritta, come prescritto dall'art. 23 TUF, con conseguente nullità dell'operazione di swap che ne aveva costituito l'esecuzione.

In proposito è bene premettere che la suddivisione degli investitori in tipologie caratterizzate da differenti qualità personali e da differenti gradi di esperienza in materia di investimenti finanziari è stata da sempre rilevante non solo con riguardo alla gradazione degli obblighi informativi gravanti sull'intermediario, ma anche in relazione agli obblighi di forma previsti per la stipula dei contratti in tale materia.

A tale proposito il Regolamento CONSOB n. 1522/98 (applicabile alla fattispecie in esame) aveva risolto la questione contrapponendo "gli operatori qualificati" a tutti gli altri investitori, prevedendo, all'art. 31 che richiama il primo comma dell'art 30, che la disposizione relativa all'obbligo di forma scritta non si applica "nei rapporti tra intermediari autorizzati e operatori qualificati", con la sola eccezione dei contratti di gestione che restavano soggetti al vincolo della forma scritta anche se stipulati con operatori qualificati.

Tale previsione ha dato luogo a considerevoli problemi interpretativi, tuttora attuali per la definizione del contenzioso avente per oggetto rapporti sorti nel periodo in cui era in vigore, inerenti all'individuazione di detta categoria di soggetti.

Posto che il criterio distintivo, come suggerito dallo stesso legislatore, doveva essere ricercato nell'"esperienza professionale" dell'investitore, il parametro adottato per la valutazione di tale esperienza era costituito dall'attività da questi svolta, con la conseguenza che dovevano considerarsi operatori qualificati tutti gli investitori, persone fisiche o persone giuridiche, in possesso dei requisiti di professionalità richiesti per lo svolgimento dell'attività di promotore finanziario o per ricoprire incarichi direttivi o di controllo presso società di intermediazione mobiliare o banche.

Per le persone giuridiche, in particolare, oltre a quelle incluse nell'elenco degli operatori del mercato finanziario, il citato art. 31, secondo comma, faceva riferimento a quelle "in possesso di una specifica competenza ed esperienza in materia di operazioni in strumenti finanziari espressamente dichiarata per iscritto dal legale rappresentante".

Tale disposizione è stata a lungo interpretata dalla giurisprudenza prevalente, in contrasto con un indirizzo minoritario autorevolmente suffragato in dottrina, in senso formalistico, attribuendo alla dichiarazione scritta da parte del legale rappresentante valore preclusivo di ogni accertamento circa la sussistenza in concreto dell'esperienza e della competenza dichiarate.

Sul punto, è poi intervenuta una sentenza della Cassazione (Cass. 26/5/2009 n. 12138) che ha invece attribuito alla dichiarazione in questione valore sostanzialmente equiparabile ad una presunzione iuris tantum rispetto alla quale è comunque ammessa la prova contraria.

E' stato, infatti, affermato che "ai fini dell'appartenenza del soggetto, che stipula il contratto con l'intermediario finanziario, alla categoria degli operatori qualificati, è sufficiente l'espressa dichiarazione per iscritto da parte dello stesso (società o persona giuridica) di disporre della competenza ed esperienza richieste in materia di operazioni in valori mobiliari ... la quale esonera l'intermediario dall'obbligo di ulteriori verifiche, in mancanza di elementi contrari emergenti

dalla documentazione già in suo possesso ; pertanto, salvo allegazioni contrarie in ordine alla discordanza tra contenuto della dichiarazione e situazione reale, tale dichiarazione può costituire argomento di prova che il giudice può porre alla base della propria decisione, ex art. 116 cod. proc. civ. , anche come unica fonte di prova, restando a carico di chi detta discordanza intenda dedurre l'onere di provare circostanze specifiche dalle quali desumere la mancanza di detti requisiti e la conoscenza da parte dell'intermediario delle circostanze medesime o almeno la loro agevole conoscibilità in base ad elementi obiettivi di riscontro" (Cass. 26/5/2009 n. 12138 cit.).

Ebbene nel caso di specie già nel primo contratto di swap stipulato il 14/10/2002 si legge espressamente: " Il Cliente dichiara altresì di possedere una specifica competenza ed esperienza in materia di operazioni in strumenti finanziari derivati ai sensi e per gli effetti dell'art. 31 del Regolamento Consob citato" (cfr. art. 16 del contratto).

Quindi, alla luce dell'ultimo orientamento giurisprudenziale sopra richiamato e pienamente condiviso da questo Collegio, non può dubitarsi che alla ALFA SRL potesse essere attribuita la qualifica di operatore qualificato anche con riferimento al successivo contratto stipulato in data 23/6/2004.

Infatti, a fronte della suddetta dichiarazione, la difesa della società attrice non ha allegato né tanto meno dimostrato alcun elemento positivo da cui desumere l'inesistenza in concreto della detta competenza ed esperienza e la conoscenza, o la agevole conoscibilità, di tali circostanze da parte dell'intermediario.

Con riferimento al contratto di IRS oggetto di causa, pertanto, indipendentemente da ogni altra considerazione, **non è ipotizzabile alcuna nullità per difetto della forma scritta imposta dall'art. 23 TUF, stante l'esclusione dell'applicazione di tale disciplina agli operatori qualificati prevista dall'art. 31 del Regolamento CONSOB n. 11522/98, attraverso il richiamo all'art. 30 dello stesso regolamento.**

La nullità del contratto in questione, d'altra parte, non può neppure farsi discendere dall'asserita mancanza di causa dello stesso.

Premesso, infatti, che la natura aleatoria dei contratti di swap non è certamente di per sé incompatibile con l'esistenza e la liceità della loro causa anche quando hanno finalità speculative e non di copertura, si deve rilevare che, nel caso in esame, come emerge dalla corrispondenza scambiata tra le parti ed in particolare dai documenti informativi denominati "strategie di copertura del rischio di tasso" inviati dalla BANCA alla ALFA SRL in occasione delle trattative intercorse per entrambe le operazioni di IRS (cfr. docc. 2 e 5 del fascicolo di parte attrice), il contratto in questione appare astrattamente connotato da una finalità di copertura, come peraltro sembra riconoscere la stessa parte attrice, salva poi la deduzione in ordine all'impossibilità di perseguire in concreto tale risultato a causa degli ingenti esborsi da essa sostenuti nella fase esecutiva del rapporto: impossibilità che, tuttavia, non può certamente desumersi ex post in base ai risultati successivamente prodotti dall'operazione nel corso del rapporto contrattuale.

Né l'attrice stessa ha dedotto chiaramente da quali specifiche disposizioni del contratto potrebbe desumersi l'esistenza di una aleatorietà esclusivamente e

unilateralmente a carico di essa investitrice che comporterebbe l'invalidità del contratto, dovendosi, al contrario, ritenere, in mancanza di idonea dimostrazione al riguardo, che anche la somma che la banca si sarebbe assicurata a titolo di commissioni non sia sufficiente ad azzerare il rischio potenziale della variazione del tasso di interesse in suo sfavore.

La **ALFA SRL** ha poi dedotto l'annullabilità del contratto per violenza o per dolo.

In particolare l'attrice ha sostenuto che la stipulazione del contratto in questione sarebbe stata "estorta" quale contropartita della sottoscrizione del secondo contratto di mutuo e delle erogazioni delle restanti somme dovute in forza del primo contratto di finanziamento. Il dolo, invece, secondo parte attrice, sarebbe consistito nella falsa rappresentazione dell'operazione finanziaria come assicurazione per i rischi sulla fluttuazione dei tassi che l'avrebbe indotta a prestare il proprio consenso.

L'assunto di parte attrice è rimasto del tutto privo di supporto probatorio.

Ed invero, sotto il profilo della violenza non è stata provata alcuna specifica condotta della banca o di terzi idonea ad integrare la presunta estorsione del consenso della **ALFA SRL**.

Il fatto che al contratto di swap del 23/6/2004 abbiano fatto seguito la stipulazione del secondo contratto di mutuo e l'erogazione delle restanti somme relative al primo finanziamento non è elemento sufficiente per ritenere che la volontà dell'attrice sia stata coartata mediante una minaccia o comunque un comportamento intimidatorio, oggettivamente ingiusto, tale da incidere, con efficacia causale concreta e diretta, sulla libertà di autodeterminazione. Non risultano, quindi, soddisfatti i requisiti previsti dall'art. 1435 cod. civ. per l'invalidazione del contratto.

Quanto al dolo contrattuale, non vi è prova che la banca convenuta abbia prospettato all'attrice condizioni contrattuali differenti da quelle specificamente approvate con la sottoscrizione del contratto, né sono stati dedotti o provati altri specifici comportamenti consistenti in artifici, raggiri o menzogne idonei a trarre in inganno la società attrice.

Pertanto, anche la domanda di annullamento contrattuale non può trovare accoglimento.

Per quanto concerne gli inadempimenti imputati alla banca al fine di giustificare la richiesta di risoluzione del contratto e le connesse domande di restituzione e di risarcimento del danno, le deduzioni dell'attrice non possono essere condivise, dovendosi escludere, in considerazione della, già posta in evidenza, qualità di operatore qualificato da attribuirsi alla **ALFA SRL**, che al contratto in questione possa applicarsi la normativa di protezione che impone all'intermediario l'adozione delle rigide regole di condotta che devono caratterizzare la formazione e l'esecuzione dei contratti di investimento finanziario posti in essere con i clienti al dettaglio. La **BANCA**, dunque, una volta raccolte la dichiarazione delle **ALFA SRL** e le informazioni relative alla sua esperienza e competenza in materia di investimenti, e, in modo specifico in materia di prodotti derivati, che le hanno consentito di classificare la cliente nella suddetta tipologia di investitore, non era tenuta ad assolvere agli obblighi informativi di cui l'attrice ha lamentato la

violazione, né ad effettuare le valutazioni di adeguatezza e appropriatezza di cui alla citata normativa.

Alla luce di quanto fin qui esposto tutte le domande proposte dall'attrice, in via principale e in via subordinata, devono essere respinte.

Infine deve essere disattesa anche la richiesta della **BANCA** di cancellazione ai sensi dell'art. 89 c.p.c. di alcune espressioni, definite sconvenienti od offensive, contenute nell'atto di citazione. Al riguardo è bene precisare che il giudizio di sconvenienza e offensività ex art. 89 c.p.c. deve prescindere dalla veridicità o meno dei fatti denunciati, dovendosi solamente verificare se detti fatti siano strumentali rispetto all'azione proposta. Nel caso di specie, le espressioni utilizzate dall'attrice coincidono con una prospettazione difensiva specifica volta a dedurre l'esistenza di una condotta violenta o dolosa della banca e posta a fondamento della domanda di annullamento del contratto. Nonostante la gravità delle accuse, non si rinvencono espressioni formalmente esorbitanti rispetto alla tesi difensiva di parte attrice, poi rivelatasi infondata.

Va, pertanto, rigettata anche la connessa domanda risarcitoria avanzata dalla convenuta in relazione ai danni non patrimoniali conseguenti al presunto contenuto offensivo dell'atto di citazione.

In considerazione della complessità della materia trattata e dei contrasti giurisprudenziali che la caratterizzano, appare equo compensare interamente fra le parti le spese del presente giudizio.

PQM

Il Tribunale di Roma, in composizione collegiale, definitivamente pronunciando sulla causa in epigrafe, ogni altra istanza, difesa ed eccezione disattesa, così provvede:

- respinge le domande principali e subordinate, proposte della **ALFA SRL** nei confronti **BANCA**;
- respinge la richiesta di cancellazione ex art. 89 c.p.c. e la connessa domanda di risarcimento danni proposta dalla convenuta nei confronti dell'attrice;
- compensa interamente le spese di lite tra le parti.

Così deciso in Roma, il 11 luglio 2013.

Depositata in Cancelleria il 25 ottobre 2013.

Giudice rel. Giuseppe Russo

**La sentenza in commento è stata modificata nell'aspetto grafico con l'eliminazione dei dati sensibili nel rispetto della privacy.*