

3. Tribunale di Milano, 3 aprile 2004 (ordinanza)

TRIBUNALE DI MILANO

R. E. e Società ... S.p.A. (Avv.ti...) e. BANCA ... S.p.A. (Avv. ...)

Il G.D.

A scioglimento della riserva che precede osserva:

Dal contesto complessivo degli atti e delle deduzioni del procedimento appare in primo luogo lecito desumere come i contratti di specie fossero improntati a finalità meramente speculative, bensì correlati alle esigenze connesse all'attività svolta dalla società ricorrente, particolarmente esposta nei confronti del sistema creditizio, operante sui mercati internazionali, e dunque sensibile sia alle possibili variazioni dei tassi di interesse sia alle fluttuazioni dei cambi delle valute.

In ogni caso per costante dottrina e giurisprudenza (cfr. App. Milano, 26 gennaio 1999, in *Contratti*, 2000, II, 255; Trib. Torino, 10 aprile 1998 in giur. it., 1988, 1882) anche i contratti *swap* meramente speculativi esulano dalla previsione di cui all'art. 1933 c.c. e lo stesso legislatore ha posto fine ad ogni dubbio interpretativo statuendo espressamente, con l'art. 23, 5° comma, del Testo Unico della Intermediazione Finanziaria che “agli strumenti finanziari derivati, nonché a quelli analoghi individuati ai sensi dell'art. 18, 5° comma, lett. a) non si applica l'art. 1933 c.c.”

Risulta poi rispettata nella specie la previsione di cui all'art. 31 del regolamento Consob approvato con delibera n. 11522/98 atteso che sia nell'accordo quadro, sia nei singoli contratti il legale rappresentante della S. espressamente dichiara e per iscritto che “la società è in possesso di una specifica competenza ed esperienza in materia di operazioni in strumenti finanziari”

Sul punto può sottacersi l'indubbio limite di una siffatta disposizione normativa nella parte in cui affida ad una dichiarazione *autoreferenziale* l'individuazione di un “operatore qualificato”, soprattutto ove si consideri che da tale qualificazione discendono conseguenze relevantissime sul piano delle norme di protezione dell'investitore; nondimeno non appare ragionevole ipotizzare che l'accertamento in concreto di un requisito dai così incerti confini (essere la controparte contrattuale “in possesso di una specifica competenza ed esperienza in materia di operazioni in strumenti finanziari”) debba essere rimesso alla banca piuttosto che al prudente apprezzamento del legale rappresentante della società (soggetto che, in quanto investito del potere di rappresentanza della persona giuridica è, per legge, idoneo ad impegnarne la volontà) il quale potrà essere chiamato a rispondere nei confronti della società da lui amministrata ove abbia reso dichiarazioni false ovvero negligenzemente stimato sussistenti requisiti di professionalità e competenza in capo all'ente che rappresenta.

5. Giova comunque osservare che il progetto di riforma dell'art. 31 del regolamento Consob n. 11522/98, che condivisibilmente introduce criteri oggettivi in luogo dell'attuale ed improbabile "dichiarazione di competenza", prevede che per operatori qualificati debbano intendersi "(...) le società ed enti che soddisfano almeno due dei seguenti requisiti:

- a) totale bilancio non inferiore a venti milioni di euro;
- b) fatturato netto non inferiore a venti milioni di euro;
- c) patrimonio netto non inferiore a due milioni di euro".

La parte ricorrente, su espresso invito di questo giudice, ha fornito, relativamente all'anno di riferimento, i dati sopra citati (cfr. verbale di udienza 24 marzo 2004) ed è emerso che risultano soddisfatte due delle condizioni richieste, cosicché la ... s.p.a. può essere considerato un operatore qualificato anche con riferimento ai parametri oggettivi voluti dalla riforma.

Le considerazioni che precedono destituiscono di fondamento il ricorso, radice, atteso che agli operatori qualificati non si applicano le norme più rigorose dettate per le offerte fuori sede, norme che, come è noto, richiedono la presenza di un promotore finanziario, né gli obblighi informativi fissati in capo alle banche nella prestazione dei servizi di investimento (cfr. artt. 30 del Testo Unico dell'Intermediazione Finanziaria, nonché artt. 31 e 36, n. 3 del regolamento Consob citato).

Va poi considerato che la domanda cautelare ha ad oggetto l'ordine alla Banca ... s.p.a. "di astenersi da ogni ulteriore ed eventuale utilizzo dei contratti in oggetto in pregiudizio della ... s.p.a. e, segnatamente, di non addebitare alcuna ulteriore rata sul conto corrente intestato alla stessa, né promuovere alcun atto o azione nei suoi confronti, finalizzato al recupero degli importi dovuti in forza dei contratti *swaps* di cui in normativa (...)" e ciò nella prospettiva di un'azione di merito volta alla declaratoria di nullità -annullamento di tutti i contratti *swaps* intercorsi fra le parti.

Appare evidente che la ricorrente, con la prima domanda, ha chiesto un'anticipazione tout court della pronuncia di merito e non un provvedimento strumentale idoneo ad assicurarne provvisoriamente gli effetti.

Ed invero, solo a seguito della declaratoria di nullità-annullamento dei contratti di cui trattasi la banca non potrebbe legittimamente addebitare i flussi di denaro provenienti dall'esecuzione dei contratti *swaps*, ovvero dovrebbe restituire quanto percepito in forza di contratti dichiarati nulli (e nel caso in cui la ... dovesse risultare vittoriosa nella causa di merito certamente non avrà difficoltà a recuperare i propri crediti posto che la banca è soggetto per definizione solvibile). In ogni caso il pregiudizio imminente ed irreparabile non è certamente connesso al fatto che la banca continui ad annotare nel conto corrente di riferimento le poste debitorie, poiché tale attività risponde all'imprescindibile esigenza di documentare l'andamento dei rapporti di dare- avere dipendenti

dall'esecuzione dei contratti swap; il pregiudizio paventabile è semmai quello correlato alle possibili conseguenze dello "sconfinamento" del limite del fido concesso, alla possibile segnalazione della ... s.p.a. alla Centrale Rischi con gli inevitabili effetti "a cascata" che deriverebbero alla società così pesantemente esposta nei confronti dell'intero sistema creditizio. Ma sul punto non c'è domanda perché la ricorrente non ha chiesto l'inibitoria alla segnalazione del rischio, né altro provvedimento atipico finalizzato a scongiurare tale evenienza.

L'inibitoria all'esperimento di azioni giudiziale volte al recupero dei crediti si configura per converso inammissibile perché lesiva di diritti costituzionalmente protetti (art. 24, 1° comma, della Costituzione). Non senza rilevare che, anche laddove l'Istituto Bancario dovesse agire monitoriamente nei confronti della ...per il recupero del saldo passivo del conto corrente, l'odierna ricorrente potrà adeguatamente svolgere in quella sede le proprie difese, proponendo opposizione, chiedendo la sospensione della provvisoria esecuzione del decreto, ove emesso ai sensi dell'art. 642 c.p.c, ovvero contrastando l'istanza di provvisoria esecuzione dello stesso ove richiesta ai sensi dell'art. 648 c.p.c. 8. Giova da ultimo osservare che i primi tre contratti hanno già esaurito la loro efficacia nell'assoluta indifferenza di...la quale, alle pp. 32 e 33 della propria memoria difensiva, espressamente dichiara di non avere affatto revocato gli affidamenti, ma unicamente chiesto il rientro nei limiti del fido concesso; di non avere preceduto ad alcuna segnalazione di sofferenza, né di essere intenzionata a farlo, per la ritenuta insussistenza dei presupposti secondo il consolidato orientamento giurisprudenziale che la prevede solo nel caso in cui la società versi in stato di insolvenza, ancorché non accertata giudizialmente, ovvero in situazioni equiparabili.

P.Q.M.

Rigetta il ricorso e condanna la ricorrente alla rifusione delle spese del procedimento liquidate in euro 226,70 per esborsi, euro 965,64 per diritti, euro 2.200,00 per onorali, oltre agli accessori di legge. (*Omissis*).