

N. R.G.



TRIBUNALE ORDINARIO di MILANO
SESTA SEZIONE CIVILE

Nel procedimento cautelare iscritto al n. r.g. _____ promosso da:
_____ con il patrocinio dell'avv.
_____ e dell'avv. _____
_____ ; elettivamente domiciliato in
_____ presso il difensore avv. _____

RICORRENTE

Contro

_____ con il patrocinio dell'avv. SCOPSI NICOLA
elettivamente domiciliato in VIA BIGLI 21 MILANO presso il difensore avv. SCOPSI NICOLA

RESISTENTE

Il Giudice dott. Antonella Cozzi, a scioglimento della riserva assunta all'udienza del 26/11/2014, ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

Con articolato ricorso *ex art. 700 c.p.c.*,
conveniva in giudizio _____ (di seguito _____), chiedendo,
segnatamente e riassuntivamente:

- in via preliminare, l'accertamento della nullità (ovvero la declaratoria di annullamento), sotto plurimi profili che si andranno ad esaminare partitamente, dei tre contratti in derivati stipulati dall'attrice con la _____ e con la _____ : (poi confluite per incorporazione in _____, ovvero, in subordine, la pronuncia di avvenuta risoluzione dei suddetti per grave inadempimento della banca;
- per l'effetto, l'inibizione o comunque la sospensione della esecuzione dei menzionati contratti da parte dell'istituto di credito;
- parallelamente, la declaratoria di illegittimità della revoca dei mutui e degli affidamenti erogati dalla banca all'attrice, per difetto dei presupposti di legge;
- conseguentemente, la sospensione della revoca ed il ripristino dei rapporti di affidamento e finanziamento precedentemente correnti tra le parti;
- in ogni caso, l'inibizione di qualunque azione esecutiva esperibile dalla convenuta sui beni dell'attrice in forza dei titoli anzidetti;



f. da ultimo, la cancellazione, dal sistema informativo e dalla centrale rischi interbancaria, di ogni segnalazione negativa a danno di

Assume in dettaglio l'attrice di aver sottoscritto – spinta dalla necessità di porre al riparo la propria esposizione debitoria nei confronti di diverse società di *leasing*, ed in particolare di annullare o ridimensionare la fluttuazione dell'indicizzazione dei tassi (correlata all'Euribor trimestrale) sui canoni dovuti – tre distinti contratti in derivati (uno dei quali nel dicembre del 2009 con la

); i rimanenti, di cui peraltro si contestano le modalità di stipulazione, nell'agosto 2010 con la).

In conseguenza del perfezionamento del primo contratto, nel marzo 2010 il sottostante contratto di *leasing* veniva convertito in due contratti di mutuo, erogati dal medesimo istituto di credito per l'importo complessivo di euro 2.980.000 (rispettivamente, 830.000 e 2.150.000 euro). Nell'agosto del 2012, inoltre, otteneva dalla banca l'apertura di un fido sul conto corrente pari ad euro 100.000.

Senonché, a metà dell'anno 2013, chiedeva la restrizione del fido sino ad euro 60.000 e poi, con lettera del 24.6.2014, revocava gli affidamenti, risolveva i contratti di mutuo per inadempimento della ricorrente (con richiesta di immediato pagamento della somma mutuata) e quantificava il valore di smobilizzo dei derivati in euro 1.241.643.

Senza contestare il mancato versamento delle rate di mutuo alle scadenze pattuite, rileva nondimeno la ricorrente che dette somme risulterebbero nella quasi totalità compensate con gli (indebiti) pagamenti effettuati alla banca in forza dei contratti derivati: contratti dei quali si contesta la validità, sotto l'aspetto della nullità per difetto di causa, della nullità/annullabilità/risoluzione per mancato assolvimento degli obblighi informativi (*ex lege* e contrattualmente) gravanti su controparte, nonché della nullità/annullabilità per erronea sussunzione della ricorrente entro la categoria di investitore qualificato.

Dall'ingiustificato comportamento della resistente discendeva inoltre, ad avviso dell'attrice, la segnalazione del proprio nominativo alla Centrale Rischi della Banca d'Italia, con rilevante pericolo – anche sotto questo riguardo – di reazioni “a catena” da parte del sistema bancario e, quindi, di revoca “a cascata” degli affidamenti concessi da altri istituti di credito, o comunque di immediata esigibilità dei debiti nei confronti di terzi soggetti (essenzialmente le varie società di *leasing*).

In punto di *periculum in mora*, del resto, sottolinea l'attrice che, ove le sue istanze interinali non trovassero accoglimento, si vedrebbe costretta a restituire alla resistente i circa 4.500.000 euro richiesti dalla banca nella lettera del 24.6.2014, trovandosi tuttavia nell'impossibilità di farlo e, quindi, esposta a probabili, esiziali iniziative fallimentari dei creditori.



Si costituiva in giudizio la convenuta con tempestiva memoria, integralmente contestando quanto dedotto dall'attrice nonchè dettagliatamente ribadendo – rispetto a ciascun profilo di doglianza di – la correttezza dell'operato del e la piena validità dei contratti in derivati che ci occupano e, in definitiva, chiedendo il rigetto delle pretese attoree.

Dopo alcuni rinvii in pendenza di trattative, all'udienza del 26.11.2014 il procedimento veniva discusso dai procuratori delle parti ed il Giudice si riservava di decidere.

1. Giova *in limine* parzialmente ripermire il presente giudizio cautelare, dichiarando l'inammissibilità delle pretese attoree enucleate ai precedenti punti c), d) ed e) – confluite, al pari delle altre, nell'onnicomprensivo schema concettuale dell'art. 700 c.p.c. – in quanto eccentriche rispetto alla natura ed alla *ratio* dei provvedimenti d'urgenza contemplati da tale norma processuale (di chiusura).

Vale la pena osservare, invero, che lo strumento di cui all'art. 700 c.p.c. è stato declinato dal legislatore in chiave di atipicità e residualità rispetto alle tutele tipiche altrove previste dall'ordinamento, occorrendo dunque, *“al fine di valutare l'ammissibilità dell'azione proposta ex art. 700 c.p.c., (...) verificare se, in astratto (e, quindi, indipendentemente dalle ragioni che in concreto ostino all'esercizio dell'azione o la rendano infondata nel merito), l'ordinamento appresti una forma di tutela tipica tale da consentire il conseguimento, in via d'urgenza, della tutela innominata prevista dagli artt. 700 e ss. c.p.c.”* (Cass. civ. sez. II, n. 5925/1999).

Ora, il ricorrente invoca la concessione di un provvedimento che – sospendendo provvisoriamente la revoca degli affidamenti, nonché gli effetti della risoluzione del mutuo e dell'intimazione di rientro dal fido – paralizzi qualunque azione esecutiva potenzialmente esperibile dalla banca nei confronti della , attraverso una inibitoria generalizzata ed indistinta, laddove invece il sistema processuale riconosce al debitore – a seconda delle determinazioni che il creditore intenda assumere – rimedi specifici ed adeguati a far valere giudizialmente le proprie ragioni, e, dunque, ad assicurare il suo diritto di difesa.

Come correttamente rilevato dalla resistente, infatti, laddove la banca si risolvesse ad agire per il recupero delle somme erogate a essa dovrebbe – alternativamente – munirsi *ope iudicis* di un titolo esecutivo (e, segnatamente, di un decreto ingiuntivo) in relazione allo scoperto di conto corrente dell'attrice (che comprende anche gli addebiti scaturenti dai contratti in derivati): ma, in tale eventualità, è il combinato disposto degli artt. 645 e 649 c.p.c. a conferire all'ingiunto la facoltà di presentare opposizione al decreto ingiuntivo, chiedendone se del caso la sospensione della efficacia esecutiva (ove concessa già in sede monitoria); oppure, qualora già disponesse di un titolo idoneo, dovrebbe porre in esecuzione quest'ultimo: ma, allora, ben potrebbe attivarsi ai



sensi dell'art. 615 c.p.c. per ottenere, mediante altro provvedimento cautelare tipico, la sospensione – per gravi motivi – dell'efficacia esecutiva del titolo, in tal modo neutralizzando provvisoriamente l'azione esecutiva nei suoi confronti.

Deve, in altri termini, dichiararsi l'inammissibilità, *in parte qua*, della domanda cautelare, avendo la ricorrente a disposizione, eventualmente, azioni cautelari tipiche che le consentono di conseguire misure assicurative analoghe a quelle ottenibili in via di cautela atipica. Né la circostanza per cui – attualmente – sia impossibilitata ad accedere agli strumenti cautelari tipici dianzi richiamati può in alcun modo condurre a differenti conclusioni, dipendendo infatti tale impossibilità, a ben vedere, non già da una ontologica incompatibilità di siffatte cautele con la situazione giuridica sostanziale dedotta, bensì, al contrario, dall'assenza in concreto di un pericolo attuale al quale rimediare, trattandosi nel caso di specie, in ultima analisi, soltanto di ipotesi circa un futuro comportamento della banca creditrice: ipotesi che, in quanto tali, privano anche di fondatezza l'irrituale richiesta formulata da _____ ai sensi dell'art. 700 c.p.c.

2. Così filtrate le istanze cautelari in punto di ammissibilità, è possibile ora soffermarsi sulla validità dei contratti in derivati in esame, dei quali l'attrice chiede, indifferentemente, che vengano sanciti la nullità o l'annullamento; formulandone altresì, in subordine, domanda costitutiva di risoluzione.

Le domande sono infondate e, come tali, vanno rigettate.

2.1. Prima di analizzare il merito delle doglianze attoree occorre peraltro ricostruire gli schemi negoziali che sorreggono i contratti in derivati oggetto di controversia, riconducibili – in via di estrema sintesi – a due ideali macrocategorie:

- i. il primo contratto, stipulato con _____ si estrinseca in uno strumento c.d. “a copertura condizionata”, implicando l'applicazione di un tasso fisso predeterminato pari al 2,55%, a condizione che il tasso variabile di riferimento (Euribor a tre mesi) non superi una data soglia, fissata al 3,95%: di talchè la copertura assicurata dal derivato è limitata, operando soltanto con un Euribor a tre mesi pari o inferiore al 3,95%;
- ii. il secondo e il terzo contratto – nella struttura in tutto sovrapponibili – stipulati con _____, si caratterizzano invece quali classici “*cap*” – contratti derivati “a copertura effettiva” – in quanto garantiscono il contenimento degli oneri finanziari, in via alternativa, attraverso la corresponsione del tasso variabile di riferimento (ove esso si attesti entro una certa soglia: c.d. “*strike*”, fissato al 3,5%), ovvero attraverso il pagamento di un tasso fisso pari al tasso-soglia del 3,5% (ove il tasso variabile sfori nella realtà tale valore).

2.2. Tanto considerato in punto di fatto, rispetto a tali contratti – sostanzialmente – vengono isolati dalla ricorrente diversi profili di invalidità, disegnati quasi in guisa di cerchi concentrici.



2.2.1. In primo luogo, ravvisa una radicale nullità dei negozi per mancanza di causa in concreto, vuoi *sub specie* di assenza della funzione economico-sociale di copertura del rischio cui invece i derivati sarebbero stati teleologicamente orientati, vuoi *sub specie* di impossibilità di ricondurre l'ammontare debitorio globalmente "assicurato" dai contratti in questione alla reale esposizione della ricorrente nei confronti delle società di *leasing*.

Le anzidette censure appaiono prive di consistenza.

Al di là dei minuziosi rilievi mossi a ciascun regolamento negoziale da parte della ricorrente (in vario modo protesi, appunto, alla dimostrazione – anche mediante confronti numerici – dell'asserita sproporzione dei derivati rispetto allo scopo di protezione e della impossibilità di confrontare *per tabulas* l'importo nozionale del derivato con quello del nominale del rapporto sottostante), che non è possibile nella presente sede approfondire, del tutto condivisibile si mostra la prospettiva che – in ordine alla causa dei contratti in derivati – individua lo schema astratto dell'operazione negoziale in uno scambio di flussi finanziari convenuto dalle parti sulla scorta della variazione nel tempo dei tassi di interesse (in ciò palesandosi l'intrinseca aleatorietà dello strumento, connaturata alla durata degli effetti in un arco temporale anche notevole ed alla portata degli stessi in dipendenza da fattori esterni e mai certi per alcuna delle parti). Né appare meritevole di apprezzamento, ferma la necessaria bilateralità dell'elemento aleatorio, se il rischio sia ugualmente ripartito tra i contraenti ovvero sopportato in misura maggiore da uno di essi, dipendendo pur sempre da fattori estranei alla signoria delle parti (la variazione, in questo caso, dell'Euribor trimestrale): sicchè, quand'anche venissero fissate soglie il cui raggiungimento appare *ex ante* difficile da pronosticare, permane – come puntualmente rilevato da altro arresto di questa Sezione (n. 15150/2011 R.G., prodotto dalla stessa attrice) – il requisito imprescindibile dell'aleatorietà. D'altra parte – e sotto il profilo della causa in concreto – anche laddove i contratti in derivati in parola facessero genericamente riferimento all'esposizione debitoria della ricorrente, senza specificare gli specifici rapporti cui offrire "copertura", non perciò tale funzione deve ritenersi preclusa, avendola le parti calibrata *per relationem* in modo da eliminare, per rischio di innalzamento dei tassi di interesse e quindi degli oneri finanziari da essa sopportati in relazione ad un ammontare debitorio predeterminato ed individuato con precisione.

Dette considerazioni vanno riproposte anche per il contratto "a copertura condizionata" del dicembre 2009, dovendosi in tal senso richiamare, in uno alle osservazioni testè tratteggiate, l'orientamento espresso in altra ordinanza di questa Sezione, a mente del quale il possibile guadagno del cliente all'interno di un dato *range* (quantificato nella differenza tra tasso fisso e tasso soglia) non vale a far evaporare l'alea bilaterale intrinseca al contratto (ord. Trib. Milano, sez. VI, 7.10.2013). D'altronde, come si è avuto altresì occasione di sottolineare, la perdita subita *ex post* da



uno dei contraenti – evidentemente collegata alla mancata concretizzazione delle prospettive sull'andamento del mercato attese in sede di stipula del contratto – non può contribuire ad innervare un preteso squilibrio tra le obbligazioni concordate tra le parti, giacchè rientra nella normale alea di siffatta tipologia di negozi, nei quali la prestazione dipende da un evento futuro ed incerto quale l'oscillazione dei parametri di riferimento.

In definitiva, la constatazione per cui, *ex post*, i contratti in derivati siano sfociati in una perdita patrimoniale per il sottoscrittore non vale a rimeditarne la funzione di copertura agli stessi assegnata in sede di stipulazione: funzione di copertura bensì condensata nel negozio, ma non concretizzatasi – di fatto – per un andamento reale dei tassi di interesse di riferimento evidentemente difforme rispetto a quello *illo tempore* preventivato dalla ricorrente.

2.2.2. In secondo luogo, l'attrice rinviene la violazione di una pluralità di obblighi comportamentali in capo alla banca, consistenti in precisi doveri di informazione al cliente in merito ai rischi connessi all'operazione negoziale e radicati sia in disposizioni di legge quali l'art. 21 T.U.F. sia in pattuizioni contrattuali, quali il contratto di consulenza n. 595197 siglato dalle odierne parti il giorno 1.12.2009 e ne fa discendere, anche sotto tale aspetto, la nullità dei contratti in derivati.

Neppure tali censure colgono nel segno.

Giova preliminarmente precisare – in punto di categorizzazione dogmatica – che, come statuito anche dalla giurisprudenza di legittimità a Sezioni Unite (cfr. sentenza n. 26724/2007), la reticenza da mancata informativa (e, dunque, l'inosservanza dell'obbligo di fornire a controparte le informazioni necessarie ad una esplicazione consapevole dell'autonomia privata), serbata da uno dei contraenti in sede di trattative, si riverbera unicamente sul piano risarcitorio, legittimando invero alla richiesta di risarcimento del danno c.d. "differenziale", consistente nello scarto tra quanto convenuto e quanto il contraente in buona fede avrebbe ottenuto (in termini di maggior vantaggio o di minor aggravio) in assenza della violazione comportamentale di controparte; il che, però, come ognuno vede, postula la sussistenza di un contratto validamente concluso. Del resto, mentre la nullità – istituto eccezionale e, come tale, insuscettibile di applicazione analogica – discende tipicamente dalla violazione di regole attinenti alla struttura del negozio, la violazione di regole sul comportamento, salvo che non sia diversamente previsto, dà luogo soltanto a responsabilità precontrattuale (nella vicenda in esame, da contratto valido).

Tanto precisato (e a prescindere dalla circostanza che un comportamento inosservante della banca, la cui configurabilità appare allo stato incerta, si sia realizzato: sul punto si veda meglio appena *infra*), difettando nel caso di specie una norma che espressamente tipizzi un'ipotesi di nullità per inosservanza dei doveri di *disclosure* dell'istituto di credito (sanciti dall'art. 21 T.U.F.), nessuna



invalidità negoziale può dirsi affliggere, sotto il presente profilo, i contratti in derivati, dovendosi dunque rigettare l'istanza della ricorrente in argomento.

Né, per vero, a diverse conclusioni sembra, in questa fase, doversi pervenire in riferimento ad una asserita violazione del contratto di consulenza stipulato tra le parti in data 1.12.2009.

Anche ove tale inadempimento si fosse verificato, infatti, nessuna norma consentirebbe di dichiarare la nullità dei contratti in derivati poi stipulati tra le parti, potendosi ipotizzare, al più, una vicenda risolutiva di contratto (finale) da inadempimento di altro contratto (antecedente), giusta il collegamento negoziale tra i predetti.

Peraltro, pur non potendosi allo stato negare la sussistenza di siffatto collegamento negoziale tra il contratto di consulenza ed i diversi contratti in derivati (successivamente) sottoscritti da _____ – trattandosi di una pluralità di negozi autonomi ma strutturalmente collegati, essendo funzionalmente interdipendenti tra loro i rapporti giuridici dagli stessi scaturenti, tutti protesi ad uno scopo pratico unitario – dirimente appare, nella specie, il rilievo per cui la ricorrente non ha corroborato di adeguato sostegno probatorio (ancorchè inteso nei meno rigorosi *standard* propri del giudizio cautelare) l'assunto inadempimento del contratto di consulenza da parte della banca. Dai documenti in atti, invero, emerge che immediatamente prima della stipula dei contratti in derivati (ed in vista dei medesimi) si sia svolta una dettagliata ed ampia trattativa tra i consulenti di _____ (in particolare il notaio De Martinis) ed i funzionari dell'istituto di credito, tanto che – nel caso dello strumento sottoscritto nel dicembre 2009 – il derivato “a copertura condizionata” fu appositamente ritagliato su misura per la società e le sue esigenze (in tal senso anche lo scambio di corrispondenza tra le parti e la scheda esemplificativa dell'investimento, prodotti dalla convenuta).

Le considerazioni che precedono si mostrano assorbenti, sotto ulteriore versante, rispetto alla lamentata erroneità della dichiarazione di investitore qualificato nei confronti di _____ giacchè, ad ogni buon conto (e quand'anche si volesse assumere tale errata attribuzione come avvenuta: il che, peraltro, si rivela problematico, data l'assenza di una simile dichiarazione negli accordi-quadro), come rilevato poc'anzi, non appare in questa fase profilabile la violazione degli obblighi informativi generalmente gravanti sugli intermediari finanziari.

Ne consegue, per quanto è qui di interesse, l'insussistenza, anche sotto questo riguardo, del *fumus boni iuris* azionato dall'attrice.

2.2.3. D'altra parte, l'unico profilo di inadempimento rispetto al quale appare possibile fondare una prognosi di fondatezza si annida nell'addebito unilaterale ed arbitrario di costi ulteriori e non oggetto di specifica contrattazione col (e quindi di informazione al) cliente: circostanza d'altronde riconosciuta, per quanto genericamente, dalla stessa convenuta. Senonché, anche a voler effettivamente qualificare tali addebiti come “costi occulti” (e non come componenti strutturali del



derivato: aspetto che non può essere approfondito in questa sede), la misura di questi costi (che si aggirano intorno ai 4.000 euro) – comparata con l'importo complessivo dei contratti (pari globalmente a oltre 18.000.000 di euro) e, quindi, calata nel complessivo regolamento di interessi fissato dalle parti – si mostra assolutamente marginale, insuscettibile pertanto di radicare il grave inadempimento postulato dall'art. 1455 c.c. per addivenire alla risoluzione giudiziale del contratto.

3. Da ultimo, la ricorrente sostiene che la banca avrebbe segnalato la società, all'esito della revoca degli affidamenti, alla Centrale Rischi della Banca d'Italia: segnalazione etichettata *in apicibus* come arbitraria ed illegittima, e di cui perciò si invoca in via cautelare la revoca.

Anche tali doglianze si mostrano inconferenti.

Come dimostra il documento prodotto *sub* 1) dalla convenuta, infatti, la banca non ha mai effettuato una segnalazione “a sofferenza” di tanto che – in corrispondenza alla voce “sofferenze” dell'estratto centrale rischi aggiornato al giugno 2014 – il dato è pari a zero, mentre emerge uno sconfinamento della società rispetto al fido accordato: situazione, tuttavia, non comparabile con la segnalazione “a sofferenza”, giacchè, in caso di sconfinamento, la banca non compie alcun apprezzamento discrezionale sulla affidabilità o meno del cliente, limitandosi a comunicare i propri crediti non problematici alla stregua dei criteri definiti dalla Banca d'Italia. A ciò si aggiunga, peraltro, che già in passato la ricorrente è stata segnalata “a sconfinamento”, e che parte del complessivo sconfinamento attuale (circa 4.000.000 di euro) è stato comunicato da altri operatori del sistema bancario, diversi dall'odierna convenuta. Ciò che, in uno alle ulteriori considerazioni appena svolte, smentisce senz'altro l'imminenza di quella “*allerta generalizzata negli enti finanziatori*” e quindi di quel pregiudizio irreparabile paventato dall'attrice.

4. Per quanto sin qui esposto, dovendosi dichiarare parzialmente inammissibili e per il resto infondate, vanno respinte le domande cautelari proposte dalla ricorrente e, in ragione della soccombenza, vanno poste a suo carico le spese del presente giudizio, come liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale, ogni altra istanza o eccezione disattesa, definitivamente provvedendo sul ricorso, così decide:

- 1) dichiara inammissibili le domande concernenti la sospensione della revoca degli affidamenti e il ripristino dei mutui erogati dalla convenuta, nonché l'inibitoria delle azioni esecutive potenzialmente esperibili da quest'ultima sui beni della ricorrente;
- 2) rigetta le restanti domande;
- 3) condanna la ricorrente a rifondere alla convenuta le spese per compensi, che liquida in euro 10,000,00, oltre al rimborso forfetario delle spese generali, IVA e CPA come per legge.

Milano, 28 novembre 2014



Il Giudice
dott. Antonella Cozzi

IL CASO.it

