



Tribunale di Catanzaro

Seconda Sezione Civile

Il Giudice, dott.ssa Song Damiani,

sciogliendo la riserva presa all'udienza del 22 ottobre 2009, nel procedimento iscritto al n. 2859/2009 r.g.a.c.

proposto da

IL CASO.it

██████████ s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliato in Catanzaro Lido via Nazario Sauro n. 9 presso lo studio dell'avv. Antonella Carino, che la rappresenta e difende per a margine del ricorso;

nei confronti di

██████████ s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in Catanzaro ██████████ presso lo studio dell'avv. ██████████ rappresentata e difesa, per procura in calce alla copia del ricorso notificata, dall'avv. ██████████

letti gli atti ed esaminata la documentazione prodotta;

OSSERVA

Preliminarmente occorre esaminare le eccezioni di inammissibilità sollevate dal resistente.

In ordine all'inammissibilità per carenza del nesso di strumentalità, si rileva che il ricorso cautelare ex art. 700 c.p.c. deve contenere non solo gli elementi di cui all'art. 125 c.p.c., ma anche l'indicazione della domanda giudiziale che sarà oggetto della successiva causa di merito.

L'esplicitazione dell'azione di merito è necessaria sia per stabilire la competenza sulla domanda cautelare *ante causam*, che spetta al giudice competente per il merito, che per consentire la valutazione sulla legittimità e sull'inidoneità del provvedimento cautelare, eventualmente concesso, a disciplinare temporaneamente la situazione controversa.

La riforma del 2005 non ha inciso sulla struttura formale del ricorso introduttivo del procedimento cautelare atipico ed in particolare non ha eliso la necessità

dell'indicazione dell'azione di merito, in quanto se è indubbio che a seguito dell'intervento legislativo è risultato attenuato il nesso di strumentalità della tutela cautelare, è altrettanto pacifico che tale legame debba necessariamente continuare a persistere. Ne è dimostrazione la formulazione del sesto comma dell'art. 669/octies c.p.c., ~~ove si circoscrive l'innovativa caratteristica di stabilità~~

ai soli provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della sentenza di merito.

IL CASO.it

Risulta quindi confermato che il Giudice della cautela deve valutare l'ammissibilità e fondatezza della domanda cautelare effettuando un giudizio prognostico che ha come oggetto l'azione di merito.

Peraltro l'indefettibilità del nesso di strumentalità necessaria tra l'azione cautelare e l'azione di merito non potrà essere messa in discussione sin tanto che la tutela cautelare avrà come presupposto il *fumus boni iuris*, vale a dire la verosimiglianza della fondatezza della pretesa di merito accertata all'esito di un sommario giudizio prognostico. A tal proposito si osserva, comunque, che ipotizzare una tutela cautelare priva delle sue caratteristiche essenziali della strumentalità ed interinalità, equivarrebbe alla sua eliminazione, in quanto il giudizio cautelare verrebbe, sostanzialmente, a sovrapporsi e confondersi con il giudizio sommario.

Stabilito che il ricorso introduttivo del procedimento cautelare deve necessariamente contenere anche l'indicazione della domanda di merito, occorre verificare quale sia la sanzione applicabile per il caso di mancata indicazione di tale requisito essenziale.

Il vizio consiste nella incompleta formulazione della domanda e riguarda dunque la c.d. *editio actionis*.

Secondo la regola generale, che in assenza di specifica ed espressa deroga è applicabile anche nell'ambito del procedimento cautelare uniforme, i vizi dell'*editio actionis* determinano la nullità e non l'inammissibilità della domanda e sono sanabili.

IL CASO.it

Nel caso di specie, si deve rilevare che l'oggetto del giudizio di merito risultava già dal complesso dell'atto introduttivo - in cui espressamente si asseriva di non aver stipulato alcun contratto con l'Istituto bancario - ed è stato successivamente esplicitato - nelle note, autorizzate al fine di controdedurre alla costituzione di controparte avvenuta in udienza, depositate in cancelleria l'1 ottobre 2010 - in

piena coerenza con le difese svolte nel ricorso, precisando che nell'eventuale sede di merito sarà proposta azione di nullità del contratto.

Ulteriore eccezione di inammissibilità del ricorso introduttivo riguarda l'indeterminatezza della domanda, derivante dall'omessa impugnazione di una ~~specifico clausola contrattuale, con conseguente contestazione della genericità~~ della richiesta di inibizione degli effetti negativi derivanti dal contratto.

L'indeterminatezza è un vizio del ricorso che deve emergere dall'esame del contenuto dell'atto stesso nel suo complesso, ne deriva che la fondatezza dell'eccezione in esame deve essere vagliata alla luce della prospettazione dei fatti offerta dal ricorrente.

Ebbene, il ricorrente nell'esposizione dei fatti posti a fondamento della domanda cautelare non dichiara di avere stipulato alcun contratto, anzi, addirittura nega di aver stipulato un contratto con la Banca ed indica quale fonte del danno grave ed irreparabile il comportamento scorretto e contrario a buona fede tenuto dall'Istituto bancario. Sulla base di tali presupposti di fatto, esposti in termini sufficientemente chiari ed esaustivi, il ricorrente invoca la tutela cautelare diretta ad inibire gli effetti negativi derivanti dal prodotto finanziario *over the counter* in ipotesi acquistato.

IL CASO.it

Il ricorso appare pertanto esente dall'eccepito vizio di indeterminatezza.

Con diversi ulteriori motivi il resistente deduce, ancora, l'inammissibilità del ricorso cautelare: per carenza di residualità, in quanto sarebbe stato possibile accedere - con effetti pienamente ed immediatamente soddisfattivi - ad un rimedio contrattuale quale ad esempio il recesso o la risoluzione; per incompatibilità della tutela cautelare con i c.d. contratti di borsa; infine, per incompatibilità del rimedio esperito con gli obblighi di fare infungibile.

Appare opportuna la trattazione congiunta dei su citati profili di doglianza siccome intrinsecamente connessi.

Occorre preliminarmente chiarire che il ricorrente adisce il Giudice della cautela chiedendo l'inibizione degli effetti derivanti da un contratto di cui assume la nullità, ne discende che il requisito della residualità della tutela cautelare atipica deve essere valutato con riferimento agli altri ed ordinari strumenti di tutela parimenti idonei ad evitare il verificarsi del temuto pregiudizio imminente, grave ed irreparabile.

La difesa del ricorrente rileva che la valutazione sulla residualità della cautela debba essere condotto con riferimento non agli strumenti di reazione ordinaria e di merito ma in relazione ai tipici strumenti cautelari individuati dal legislatore.

Tuttavia merita un approfondimento l'argomento svolto dal resistente laddove ~~eccepisce che se il ricorrente avesse immediatamente operato il recesso avrebbe~~

ottenuto tempestivamente l'effetto di rendere inefficace il contratto e, quindi, di evitare le conseguenze pregiudizievoli derivantigli dagli addebiti dipendenti dall'andamento del contratto.

L'argomento è suggestivo ed indica un percorso interpretativo che conduce all'automatica esclusione della tutela cautelare atipica per tutte le ipotesi in cui il presupposto del giudizio di merito nasca da un'azione costitutiva che tende ad una pronuncia di annullamento o risoluzione.

In realtà, però, non bisogna dimenticare che la tutela cautelare e quella ordinaria si muovono su piani diversi e paralleli e tendono a soddisfare interessi differenti non sovrapponibili.

IL CASO.it

Da un lato, l'interesse ad agire è sorretto dall'utilità di un provvedimento interinale privo del carattere di definitività che lascia comunque impregiudicata la soluzione di merito della lite; dall'altro, l'interesse ad agire coincide con l'esigenza di giungere ad una soluzione definitiva ed irretrattabile del rapporto controverso.

Inoltre si deve riconoscere che anche sul piano degli effetti il rimedio del recesso contrattuale, indicato dal resistente come alternativo alla tutela cautelare atipica, si differenzia significativamente da un provvedimento inibitorio. Ed invero al recesso contrattuale sono ricollegati degli automatici effetti sul piano delle restituzioni e del risarcimento meno favorevoli di quelli derivanti ad esempio da una pronuncia di nullità. Ne discende che per un contraente interessato ad ottenere la dichiarazione di nullità del contratto con conseguente restituzione delle prestazioni non è indifferente l'alternativa tra il recesso contrattuale e la tutela cautelare a carattere inibitorio, soprattutto in considerazione del fatto che quest'ultima rende immediatamente inefficace il contratto e lascia impregiudicata ogni decisione sul destino del contratto impugnato.

Venendo poi alla specifica tutela cautelare apprestabile in favore di una situazione debitoria avente ad oggetto più specificamente una somma di denaro, si può ritenere, in via puramente teorica ed astratta, che sarebbe ammissibile una

tutelare cautelare atipica di carattere inibitorio sempre che sussistano tutte le condizioni richieste dalla legge ed in particolare la gravità ed irreparabilità del danno. Si pensi al classico caso della liquidità necessaria per far fronte alle spese correnti ed ordinarie, ma comunque necessarie per la vita di un'azienda, che, diversamente, rischierebbe l'insolvenza e dunque anche il fallimento, o anche alla diversa, ma non meno rilevante ipotesi, della difficoltà di ripetere la somma eventualmente versata.

In sostanza, il requisito del *periculum* nell'ambito dei rapporti commerciali può essere integrato solo quando il mancato incameramento o l'esborso di una somma sia tale da determinare, anche congiuntamente ad altre circostanze allegare e provate dal ricorrente, uno stato di crisi o di sofferenza economica mentre non potrà dirsi sussistente quando il medesimo fatto sia dedotto come ostacolo alla crescita aziendale, con conseguente perdita di *chances* di crescita. Nel secondo caso manca infatti l'irreparabilità del danno in quanto le dinamiche di mercato potrebbero consentire all'impresa di cogliere altre opportunità che, viceversa, sarebbero irrimediabilmente precluse ad un'azienda che rischia di scivolare verso la decozione.

IL CASO.it

Il resistente svolge, inoltre, un ulteriore argomento di inammissibilità negando che la tutela cautelare d'urgenza possa essere concessa a fronte di un obbligo di *facere* infungibile, in quanto il provvedimento giudiziale sarebbe comunque incoercibile.

La tesi prospettata da parte resistente, tuttavia, non appare convincente ed è contraddetta dall'orientamento giurisprudenziale inaugurato dalle Sezioni Unite nel 1997, con la pronuncia n. 9957 del 13 ottobre, e condiviso da questo Giudicante, che ritiene *ammissibile la pronuncia di condanna resa dal giudice nella ipotesi di infungibilità (e, dunque, di incoercibilità) del "facere" dell'obbligato, in quanto la relativa decisione non solo è potenzialmente idonea a produrre i suoi effetti tipici in conseguenza della (eventuale) esecuzione volontaria da parte del debitore, ma è altresì funzionale alla produzione di ulteriori conseguenze giuridiche (derivanti dall'inosservanza dell'ordine in essa contenuto) che il titolare del rapporto è autorizzato ad invocare in suo favore, prima fra tutte la possibile, successiva domanda di risarcimento del danno, rispetto alla quale la condanna ad un "facere" infungibile assume valenza*

sostanziale di sentenza di accertamento (conformi Cass. civ., sez. lav., n. 28274 del 26.11.2008 e Cass. civ., sez. 1, n. 15349 dell'1.12.2000).

Resta infine da analizzare l'eccezione di incompetenza *sub specie* di incompetenza funzionale in quanto la tutela cautelare doveva essere richiesta ex artt. 669ter e ss. c.p.c. al Giudice monocratico e non al Tribunale.

A tal proposito si rileva che ai sensi dell'art. 48 del r.d. n. 12 del 30 gennaio 1941 e successive modificazioni, *il tribunale giudica in composizione monocratica e, nei casi previsti dalla legge, in composizione collegiale*. Pertanto, in caso di assenza di specifica indicazione, si deve ritenere che l'intestazione di un atto al Tribunale territorialmente competente debba intendersi rivolto al Tribunale in composizione monocratica, di tal ch  appare superata ogni eventuale questione attinente l'eccezione di incompetenza funzionale.

Nel merito, il ricorrente ha dedotto di avere semplicemente compilato una scheda tecnica relativa ad un contratto c.d. derivato cui avrebbe dovuto far seguito la stipula del contratto finanziario e che, nonostante non fosse stato sottoscritto alcun contratto, gli venivano comunque addebitati rilevanti importi a titolo di liquidazione periodica dei flussi negativi generali del prodotto finanziario.

IL CASO.it

Eccepisce, pertanto, l'inefficacia della compilazione della scheda tecnica ai fini della produzione degli effetti contrattuali, nonch  la violazione dei doveri di correttezza e trasparenza informativa da parte della Banca, la quale non avrebbe informato il cliente sulle reali caratteristiche del prodotto.

In ordine al requisito del *periculum*, il ricorrente deduce che la Banca, in osservanza della direttive impartite dalla Banca d'Italia con circolare n. 139 dell'11 febbraio 1991 come aggiornata il 22 giugno 2009, aveva segnalato il cliente alla Centrale rischi investimenti finanziari in conseguenza della mera sottoscrizione del c.d. derivato *over the counter*. Tale comportamento, peraltro doveroso, esporrebbe il ricorrente al concreto rischio della revoca delle linee di credito aperte presso altri Istituti bancari, i quali potrebbero trarre dalla permanenza della segnalazione in CRIF un giustificato motivo per formulare al proprio debitore delle richieste di rientro.

Conclude, quindi, il ricorrente chiedendo la sospensione di ogni ulteriore addebito relativo al prodotto finanziario c.d. derivato *over the counter* e la condanna della Banca resistente ad adottare ogni opportuna iniziativa utile a

cancellare la segnalazione nella CRIF in relazione al descritto prodotto finanziario.

La Banca ha replicato alle deduzioni avversarie chiarendo, preliminarmente, che la Società ricorrente ha una rilevante esposizione nei confronti del sistema bancario e che la stessa, ~~al dichiarato fine di ridurre i rischi derivanti dalle~~

~~oscillazione dei tassi di interessi, aveva chiesto alla resistente di sottoscrivere un prodotto finanziario con funzioni latamente assicurative.~~

Conseguentemente alla richiesta, il ricorrente aveva compilato un questionario descrittivo del suo profilo finanziario, sottoscritto un contratto per la prestazione di servizi di investimento, ricevuti l'informativa sulla disciplina del conflitto di interessi e il c.d. documento di sintesi della strategia di trasmissione ed esecuzione degli ordini.

IL CASO.it

Successivamente la Società, previa sottoscrizione della scheda tecnica informativa, dava ordine di acquisto di un derivato c.d. *over the counter* e, in data 21.7.2008, aveva sottoscritto il contratto di *interest rate swap*, nonché, in data 22.7.2008 l'accordo normativo per la disciplina delle operazioni in strumenti finanziari derivati eseguite fuori dai mercati regolamentati.

Il contratto per cui è causa rientra nella tipologia dei c.d. *interest rate swap*, ossia quei negozi finanziari in cui le parti convengono di scambiarsi, alla scadenza o alle scadenze pattuite, le somme di denaro risultanti dall'andamento di un valore di riferimento che può essere, come nel caso di specie, il tasso o i tassi di interessi di contratti di finanziamento presupposti.

La funzione del contratto di *interest rate swap* è di coprire o tentare di coprire - sia pur almeno parzialmente - i rischi derivanti dall'aumento dei tassi di interesse applicati ai contratti di finanziamento di uno dei contraenti.

In sostanza, se i tassi di interessi salgono aumenterà anche il valore di scambio del contratto di *interest rate swap* in favore dell'acquirente (nel nostro caso della Società commerciale), viceversa qualora gli interessi dovessero scendere il valore di scambio segnerebbe un incremento in favore del venditore.

Appare evidente che per compiere le necessarie valutazioni prognostiche sull'andamento del mercato dei tassi di interessi occorre possedere solide cognizioni finanziarie ed una comprovata esperienza nel settore. I contratti di *interest rate swap* possono infatti essere descritti come un prodotto finanziario di secondo livello o, appunto, derivato, in quanto il valore di riferimento sulla base

del quale individuare il beneficiario della prestazione alla scadenza pattuita non è un valore reale ma è già un valore finanziario. A ciò si aggiunga che la contrattazione avviene *over the counter*, ossia al di fuori del mercato regolamentato.

~~Si tratta dunque di contratti finanziari che presentano un elevato rischio e~~

possono essere utilizzati solo da operatori particolarmente qualificati, che siano in possesso di tutte le informazioni necessarie per cogliere ogni possibile implicazione discendente dalla stipula del contratto.

Ai sensi dell'art. 31 del nuovo regolamento sugli intermediari n. 16190/07, l'intermediario deve fornire ai clienti o potenziali clienti una descrizione generale della natura e dei rischi degli strumenti finanziari trattati, tenendo conto in particolare della classificazione del cliente come cliente al dettaglio o cliente professionale. La descrizione deve illustrare le caratteristiche del tipo specifico di strumento interessato, nonché i rischi propri di tale tipo di strumento, in modo sufficientemente dettagliato da consentire al cliente di adottare decisioni di investimento informate.

La norma regolamentare specifica, inoltre, che la descrizione dei rischi deve includere anche l'indicazione dei rischi connessi al tipo di strumento finanziario, compresa una spiegazione dell'effetto leva e della sua incidenza, nonché il rischio di perdita totale dell'investimento, così come deve contenere le necessarie informazioni in ordine alla volatilità del prezzo di tali strumenti ed eventuali limiti di liquidabilità dei medesimi.

IL CASO.it

L'osservanza delle descritte regole non opera nel caso di contrattazione con contraente qualificato, ossia di un soggetto che possieda elevate conoscenze delle caratteristiche degli strumenti finanziari, ivi compresi quelli più complessi, ed è in grado di valutare i principali rischi in relazione alle dinamiche di mercato.

Nel caso che ci occupa, il cliente aveva specificato di possedere una conoscenza media del funzionamento dei prodotti finanziari ed era stato qualificato nel profilo finanziario come cliente prudente.

Alla luce del riportato profilo finanziario, la stipulazione di un contratto derivato *over the counter* di interest swap rating non appare in linea con i doveri di correttezza dell'intermediario finanziario, così come descritti dall'art. 29 del regolamento che impone all'intermediario di astenersi dall'effettuare con o per conto degli investitori operazioni che appaiano non adeguate per tipologia,

oggetto, frequenza o dimensione, al profilo emergente dalle informazioni fornite dal cliente e da ogni altra informazione disponibile in relazione ai servizi prestati. Dispone la norma regolamentare che gli intermediari autorizzati, quando ricevono da un investitore disposizioni relative ad una operazione non adeguata, ~~lo informano di tale circostanza e delle ragioni per cui non è opportuno~~

procedere alla sua esecuzione. Qualora l'investitore intenda comunque dare corso all'operazione, gli intermediari autorizzati possono eseguire l'operazione stessa solo sulla base di un ordine impartito per iscritto ovvero, nel caso di ordini telefonici, registrato su nastro magnetico o su altro supporto equivalente, in cui sia fatto esplicito riferimento alle avvertenze ricevute.

Nella fattispecie l'operazione compiuta risulta inadeguata rispetto al profilo del cliente, il quale ha comunque impartito per iscritto l'ordine. Tuttavia si deve rilevare la carenza di qualsiasi informazione atta ad informare il cliente delle peculiari caratteristiche del prodotto finanziario che si andava ad acquistare e manca quindi il presupposto della scelta consapevole da parte del cliente stesso.

La verosimile violazione dei doveri di trasparenza e correttezza informativa è sufficiente in questa sede cautelare ad integrare gli estremi del *fumus boni iuris*.

Sotto il profilo del *periculum in mora* si deve ribadire, riprendendo quanto già affermato in precedenza, che la misura cautelare potrà essere concessa solo qualora emerga il pericolo di una grave ed irreparabile crisi economica imputabile alla stipula del contratto finanziario derivato.

IL CASO.it

Nel caso di specie non è contestato che la ricorrente abbia una significativa esposizione debitoria nei confronti del sistema bancario e che l'omessa trasparenza informativa della Banca non lo ha messo nelle condizioni di comprendere che dalla stipula del contratto over the counter sarebbe derivata l'automatica segnalazione in CRIF ai sensi della circolare n. 139 del 1991, come aggiornata il 22 giugno del 2004 con decorrenza 1° gennaio 2005.

L'omissione di tale informazione integra una grave violazione dei doveri di correttezza imposti all'intermediario finanziario, il quale ben conoscendo la situazione del cliente avrebbe dovuto porlo nelle condizioni di compiere una scelta opinata e consapevole di tutte le potenziali conseguenze derivanti dall'ingresso nel mercato finanziario non regolamentato.

È peraltro plausibile che la segnalazione nella Centrale rischi investimenti finanziari, oltre a causare un discredito per l'impresa, la espone altresì al rischio

di richieste di pagamento anticipato dei finanziamenti già in essere ed allo
speculare rischio di non ottenere ulteriori aperture di credito, con pesanti
ricadute sulla tenuta economica e finanziaria dell'azienda.

IL CASO.it

RITENUTO

~~pertanto, sulla scorta delle argomentazioni sin qui esposte, che siano sussistenti~~

nel caso di specie sia il *periculum in mora* che il *fumus boni iuris*;

si dispone la sospensione degli effetti del contratto interest swap rating
denominato OTC intercorrente tra le parti e si ordina al [REDACTED] di
provvedere a richiedere al CRIF la cancellazione della posizione di sofferenza
della [REDACTED], in riferimento al citato prodotto finanziario
derivato.

Le spese di lite seguono la soccombenza e vengono poste a carico del [REDACTED]
[REDACTED] nella misura liquidata in dispositivo.

P.Q.M.

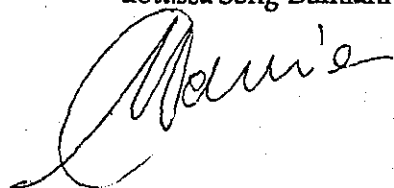
In accoglimento del ricorso, dispone la sospensione degli effetti del contratto
interest swap rating denominato OTC intercorrente tra le parti e ordina al [REDACTED]
di [REDACTED], in persona del legale rappresentante pro tempore, di
provvedere a richiedere al CRIF la cancellazione della posizione di sofferenza
della [REDACTED], in persona del legale rappresentante pro
tempore, in riferimento al citato prodotto finanziario derivato.

Condanna il [REDACTED], in persona del legale rappresentante pro
tempore, alla rifusione, in favore della [REDACTED] S.r.l., in persona del
legale rappresentante pro tempore, delle spese di lite che si liquidano, in assenza
di nota specifica, in complessivi € 1.085,00, di cui € 85,00 per spese, € 300,00 per
diritti ed € 700,00 per onorari, oltre iva, cpa e rimborso forfetario come per legge.

Così deciso in Catanzaro, 16 dicembre 2009

IL GIUDICE

dott.ssa Song Damiani



DEPOSITATA IN CANCELLERIA
OGGI 17-12-09
IL COLLABORATORE DI CANCELLERIA

