



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale di Cosenza - Sezione seconda civile - in composizione monocratica ed in persona della dott.ssa Germana Maffei, ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile iscritta al n. **4041/2020 R.G.**, trattenuta in decisione all'udienza del 26.6.2023, previa concessione dei termini di cui all'articolo 190 cod.proc.civ., ai fini del deposito in Cancelleria di comparse conclusionali e di memorie di replica, avente ad oggetto: **contratti bancari**

tra

STELLATO COSTRUZIONI S.R.L., ORA DENOMINATA S.C. ENERGIA S.R.L. IN LIQUIDAZIONE, P. IVA 02255890788, con sede in Roma, Via Torino 95, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Nicola Gaetano, per mandato in atti;

attrice

e

Banca Monte dei Paschi di Siena spa, con sede in Siena Piazza Salimbeni n. 3, Cap. soc. €.12.484.206.649,08 interamente versato, iscritta nel Registro delle Imprese di Siena al n. 00884060526, stesso numero di codice fiscale - banca iscritta all'Albo delle Banche e Capogruppo del Gruppo Bancario Monte dei Paschi di Siena, iscritto all'Albo dei Gruppi Bancari, codice banca 1030.6, codice Gruppo 1030.6 - in persona della dott.ssa Claudia Vitali in qualità di responsabile di Settore di Capogruppo Bancaria con funzione Recupero Crediti e come tale rappresentante della medesima giusta procura del 12.5.2014 ai rogiti Dott. Mario Zanchi Notaio in Siena (Rep. n. 33190/Racc. n. 15728), domiciliata in Lamezia Terme Via Ettore e Ruggiero De Medici 31 presso lo studio dell'Avv. Gaetano Nicotera, per mandato in atti;

convenuta

CONCLUSIONI

Come in atti.

RAGIONI DI FATTO E DIRITTO DELLA DECISIONE





Con atto di citazione del 20.11.2020 la Stellato Costruzioni srl, ora denominata S.C. ENERGIA srl - ha evocato la Banca Monte dei Paschi di Siena spa evidenziando che:

1 - con contratto n. 1003 stipulato il 16.02.2007 presso la Filiale di Rende (CS) e con scadenza il 10.04.2017, la Stellato Costruzioni s.r.l. ha concluso con la Banca Antonveneta -ABN Amro - oggi Banca Monte dei Paschi di Siena S.p.A., il contratto interest rate swap del valore nozionale di euro 2.021.000,00;

2 - che detto contratto ha prodotto le minusvalenze di cui all'allegata CT contabile di parte per euro 166.155,05, nell'arco della durata, ed ulteriori somme che sono state man mano addebitate sui conti correnti della società comportando una situazione debitoria non più sostenibile;

3 - che la società attrice non mai ha eseguito investimenti in obbligazioni derivate o strutturate nella sua esperienza bancaria, limitata al solo utilizzo del rapporto di conto corrente con affidamenti, di operazioni di mutuo e/o di leasing operativo o traslativo;

4 - che nessuna conoscenza, quindi, ha mai avuto degli strumenti finanziari strutturati o derivati;

5 - che, purtroppo, l'andamento del prodotto finanziario ha confermato la negatività del rapporto instaurato, con addebiti di perdite sul c/c di servizio la cui insostenibilità è palesata addirittura nella stipula, in data 13.11.2009, di un contratto di mutuo chirografario concesso dalla stessa MPS, per la somma di euro 130.000,00 per ripianare le perdite avute sull'IRS, con una operazione in chiaro conflitto di interessi;

6 - che ad oggi la banca ha addebitato importi rilevanti facendo sconfinare il conto corrente di addebito dei flussi, ed ha proceduto a segnalare la scrivente alla centrale rischi per gli importi (cd. notional amount), poiché la conclusione di un contratto siffatto importa la assunzione di rischi assimilabili alle garanzie rilevanti per la valutazione della affidabilità bancaria della azienda, oltre alla segnalazione per il MTM negativo. Su tali premesse, la società attrice ha quindi eccepito:

1 -la nullità del contratto ex articoli 1418 E 1325 N°2 C.C.;

2 - la nullità del contratto ex articoli 1418 comma 2, 1322 E 1343 C.C.;

3 - la nullità del contratto ex articolo 1418 comma 1 c.c. in relazione all'articolo 29 Reg.Consob;

4 - infine l'invalidità della dichiarazione ex articolo 311 Reg. Consob ed il grave inadempimento della banca in relazione ai doveri imposti dall'articolo 21 TUF.”

Sulla base di tali censure, ha chiesto l'accoglimento delle seguenti conclusioni: ***“IN VIA PRINCIPALE: accertare e dichiarare, la nullità del contratto IRS di derivati in premessa, anticipatamente risolto per la comunicazione di sofferenza del rapporto, stipulati con la Banca e per l'effetto condannare quest'ultima alla restituzione della somma di euro 165.155,05 o quella maggiore o minore somma che risulterà dovuta, oltre interessi e rivalutazione monetaria dal dovuto al soddisfo, pagati in dipendenza dei contratti stessi, oltre ancora al risarcimento del danno - da determinarsi in corso di causa - per perdita di chance alla luce del mancato investimento della detta somma e per***





l'illegittima segnalazione in CR delle perdite, pari ad euro 100.000,00= o quella maggiore o minore somma che risulterà dovuta. In via subordinata, in ogni caso, condannare al pagamento delle citate somme, anche a titolo di risarcimento danni;

IN VIA SUBORDINATA: previo accertamento e dichiarazione della inesistenza o invalidità della dichiarazione ex art 31 reg. Consob, accertare e dichiarare, la risoluzione per grave inadempimento dei suddetti contratti swap di cui è causa e condannare la convenuta alla restituzione della somma suindicata, pagati in dipendenza dei contratti stessi, oltre interessi dal giorno del dovuto al soddisfo, oltre ancora al risarcimento del danno - da determinarsi in corso di causa - per perdita di chance alla luce del mancato investimento della detta somma e per l'illegittima segnalazione in CR delle perdite, pari ad euro 100.000,00= o quella maggiore o minore somma che risulterà dovuta. In via subordinata, in ogni caso, condannare al pagamento delle citate somme, anche a titolo di risarcimento danni.

Con vittoria di spese e competenze legali da distrarsi ex art. 93 c.p.c.”.

Nel costituirsi, Banca Monte dei Paschi di Siena Spa ha contestato l'avversa prospettazione e chiesto accogliersi le seguenti conclusioni: *“Voglia il Tribunale adito, disattesa e respinta ogni contraria istanza, eccezione e difesa, preliminarmente così accertare, riconoscere e dichiarare la preliminare improcedibilità del presente giudizio per non avere parte attrice promosso alcuna fase di mediazione in violazione dell'art.5 comma 1 bis, 2 e 4 del D. Lgs. 28/2010; Di seguito accertare riconoscere e dichiarare la tardività della odierna azione per intervenuta prescrizione sia dell'azione che dell'eventuale pretesa restitutoria sia sotto il profilo della richiesta di un eventuale indebito da parte dell'Istituto di Credito convenuto ai sensi e per gli effetti della applicazione dell'art.2033 cc.; Nella denegata ipotesi si ritenesse necessario l'esame nel merito delle domande avversarie, dichiarare le stesse infondate - erronee - inammissibili e quindi rigettarle in toto; accertare quindi che nessuna violazione e/o inadempimento può essere imputata all'Istituto di credito convenuto. Con condanna di parte attrice alla refusione di tutte le spese e competenze di lite”.*

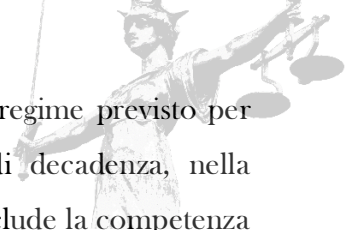
Nel giudizio così istaurato, espletata la mediazione, si procedeva alla trattazione e all'istruttoria mediante espletamento di CTU contabile, all'esito della quale, ritenuta matura per la decisione, la causa veniva rinviata per la precisazione delle conclusioni.

Preliminarmente deve scrutinarsi l'eccezione di incompetenza del giudice adito per la sussistenza di clausola compromissoria nei rapporti tra le parti.

La convenuta Banca ha eccepito che l'Accordo Quadro che disciplina i derivati finanziari sottoscritti dalla Stellato Costruzioni, deferisce ad un collegio arbitrale ogni disputa, contestazione o controversia fra le parti derivante dall'accordo e/o da ciascun contratto (art. 18).

L'eccezione nella specie è stata articolata dalla Banca convenuta soltanto nella memoria depositata ai sensi dell'articolo 183 VI comma n. 3 cpc, deve ritenersi tardiva.





Ed invero, "l'art. 819 ter c.p.c. assoggetta l'eccezione di arbitrato al medesimo regime previsto per quella d'incompetenza, stabilendo che essa deve essere proposta, a pena di decadenza, nella comparsa di risposta e precisando che la mancata proposizione dell'eccezione esclude la competenza arbitrale limitatamente alla controversia decisa in quel giudizio; la mancanza di una specifica indicazione in ordine al termine entro cui l'eccezione deve essere sollevata impone di fare riferimento alla disciplina generale dettata dall'art. 38 c.p.c., il quale dispone che l'incompetenza, tanti per materia quanto per valore o per territorio, deve essere eccepita, a pena di decadenza, nella comparsa di risposta "tempestivamente" depositata" (Cass. Civ. sent., n. 22748/2015; Cass. Civ., SS.UU., sent., n. 1005/2014; Trib. Firenze, Sez. Spec. Impresa, 16/3/2018, n. 814; Trib. Milano, Sez. Spec. Impresa, n. 5450/2018).

Nella specie, si tenga presente che la clausola arbitrale è contenuta nell'accordo da cui deriva il contratto per cui è causa, oggetto di censura dall'attrice sin dalla introduzione del giudizio e rispetto al quale la stessa convenuta ha articolato ampie difese, mostrando di conoscerne il contenuto.

Pertanto, scrutinata e rigettata la eccezione preliminare di cui sopra, deve ora procedersi alla disamina dell'ulteriore richiesta preliminare di merito in tema di prescrizione delle azioni proposte, per essere trascorso il termine decennale (azione di ripetizione) e quinquennale (azione di risarcimento danni) previsto.

Deve all'uopo evidenziarsi che la Cassazione ha di recente chiarito che ***'la prescrizione della domanda di ripetizione dell'indebitto, conseguente la dichiarazione della nullità del contratto di Interest Rate Swap, ha durata decennale (non quinquennale come previsto per la differente fattispecie dell'annullamento) e viene validamente interrotta da una lettera di messa in mora'*** (Cassazione civile, sez. I, 04 Maggio 2022, n. 14158).

Ed ancora, qualora con sentenza sia dichiarata la nullità del titolo sulla base del quale è stato effettuato un pagamento, la domanda di restituzione dà luogo a un'azione di ripetizione di indebitto oggettivo il cui termine di prescrizione inizia a decorrere non dalla data della decisione ma da quella del pagamento effettuato al momento della stipula del contratto dichiarato nullo, atteso che la pronuncia di nullità del negozio, essendo di mero accertamento, ha efficacia retroattiva con caducazione fin dall'origine dell'atto e della modifica della situazione giuridica preesistente, e ciò non diversamente da quanto accade nell'ipotesi di ripetizione del pagamento effettuato in base a norma successivamente dichiarata incostituzionale.

L'eccezione tempestivamente sollevata dalla convenuta, ***re melius perpensa***, deve ritenersi fondata.

Nella specie, il contratto censurato è stato sottoscritto il 20.2.2007 da Stellato Costruzioni srl e Banca Antonveneta (successivamente fusa nella Banca Monte dei Paschi di Siena) ed è stato anticipatamente estinto il 13.9.2009 su richiesta della Stellato Costruzioni srl.





Dalla documentazione prodotta da parte attrice non emerge l'assenza di validi atti interruttivi del termine prescrizione.

Per quanto riguarda l'atto di costituzione in mora, va ricordato che si tratta di un atto giuridico unilaterale recettizio, a contenuto dichiarativo e a forma scritta (cfr. Cass. 12182/2021); è poi condiviso l'insegnamento della Cassazione in ordine al fatto che "perché un atto abbia efficacia interruttiva della prescrizione ai sensi dell'art. 2943 c.c., comma 4, deve presentare un elemento soggettivo, costituito dalla chiara indicazione del soggetto obbligato, ed un elemento oggettivo, consistente nell'esplicitazione di una pretesa e nella intimazione o richiesta scritta di adempimento idonea a manifestare l'inequivocabile volontà del titolare del credito di far valere il proprio diritto nei confronti del soggetto indicato, con l'effetto sostanziale di costituirlo in mora, senza che tale idoneità abbiano quelle sollecitazioni fatte anche allo stesso debitore contenenti manifestazioni di giudizio senza carattere di intimazione o di espressa richiesta formale..." (cfr. Cass. 8988/2005; Cass. 15714/2018).

Dunque, ai fini dell'interruzione della prescrizione, è necessario, per quanto di interesse, o un atto di messa in mora o il riconoscimento dell'altrui diritto da parte del debitore.

Occorre puntualizzare, in linea generale, che le caratteristiche degli atti evocati dall'art. 2943 c.c., comma 4, prima parte si compendiano nella "chiara indicazione del soggetto obbligato (elemento soggettivo)" e nella "esplicitazione di una pretesa e l'intimazione o la richiesta scritta di adempimento, idonea a manifestare l'inequivocabile volontà del titolare del credito di fare valere il proprio diritto, con l'effetto sostanziale di costituire in mora il soggetto indicato (elemento oggettivo)" (così, da ultimo, Cass., n. 15140/2021, che ha specificato che il secondo requisito, "pur richiedendo la forma scritta, non postula l'uso di formule solenni, né l'osservanza di particolari adempimenti").

In senso analogo si è espressa anche Cass., n. 15714/2018, alla cui stregua, "per produrre l'effetto interruttivo della prescrizione, un atto deve contenere, oltre alla chiara indicazione del soggetto obbligato, l'esplicitazione di una pretesa e l'intimazione o la richiesta scritta di adempimento, che - sebbene non richieda l'uso di formule solenni né l'osservanza di particolari adempimenti - sia idonea a manifestare l'inequivocabile volontà del titolare del credito di far valere il proprio diritto, nei confronti del soggetto indicato, con l'effetto sostanziale di costituirlo in mora. Ne consegue che non è ravvisabile tale requisito in semplici sollecitazioni prive del carattere di intimazione e dell'espressa richiesta di adempimento al debitore".

Per quel che riguarda la specifica richiesta di adempimento, merita di essere segnalato l'orientamento giurisprudenziale che ne ha escluso l'indispensabilità, osservando come sia sufficiente "una dichiarazione che, esplicitamente o per implicito, manifesti, puramente e semplicemente, l'intenzione di esercitare il diritto spettante al dichiarante, in tal guisa dovendosi interpretare estensivamente il disposto dell'art. 2943 c.c., comma 4, in sinergia ermeneutica con la più generale norma dettata, in





tema di prescrizione, dall'art. 2934 c.c. (così Cass., n. 15766/2006, nonché, più di recente, Cass., n. 1166/2018).

Con specifico riguardo all'irrelevanza della "prospettata alternativa di una soluzione conciliativa della vertenza", si veda Cass., n. 16465/2017, nonché Cass., n. 25061/2016, con riferimento all'invito, rivolto dall'assicurato alla propria assicurazione, a nominare un perito per la stima dei danni, "con l'avviso che, in difetto, si sarebbe adito il magistrato competente per procedere alla stima e liquidazione del danno").

Ed invero, non appare idonea ad interrompere il termine la missiva inviata il 28.3.2014 alla Banca convenuta, atteso che la stessa, pur contenendo tanto l'espressa pretesa restitutoria (degli addebiti conseguenti alla sottoscrizione del derivato) quanto il relativo fondamento (decisione della Suprema Corte di Cassazione in ordine alla validità del contratto di swap) - risulta inoltrata dalla società Stellatore srl e non dalla società Stellato Costruzioni srl e, quindi, da soggetto non titolare del contratto e della conseguente pretesa restitutoria (tanto che ad agire oggi è la Stellato Costruzioni srl).

Nel corso del giudizio parte attrice non risulta aver provato che la società in questione sia subentrata tanto nel mutuo del 16.2.2007 quanto nella titolarità del contratto di swap (a copertura del quale, tra l'altro, era stato sottoscritto il contratto) per effetto della scissione parziale tra Stellato Costruzioni srl e Stellato RE srl intervenuta del 13.7.2010, e che quindi all'epoca della richiesta restitutoria potesse avvantaggiarsi della restituzione delle somme corrisposte in relazione al titolo per cui è causa.

Neppure soccorre la successiva missiva a firma dell'Avv. Giacobbe Vallarelli, datata 23.4.2014, atteso che ivi difetta del tutto l'indicazione della espressa richiesta che la società (questa volta) Stellato Costruzioni srl intendeva indirizzare alla presunta debitrice, trattandosi di missiva che si limita a reiterare precedenti interlocuzioni sul contratto per cui è causa anche in relazione ad altri rapporti bancari sottoscritti dalle parti, non documentate da parte attrice.

Non è dato ivi ricavare, quindi, una dichiarazione che, esplicitamente o per implicito, manifesti, puramente e semplicemente, l'intenzione di esercitare il diritto spettante al dichiarante, atteso che la società si è limitata a chiedere contatti per poter avviare una trattativa stragiudiziale.

Alcuna efficacia può essere attribuita alla lettera inviata dalla Banca il 29.9.2014, atteso che non v'è stato alcun riconoscimento dell'altrui diritto, tale da integrare un atto interruttivo ai sensi e per gli effetti dell'articolo 2944 c.c.

A tanto consegue che tanto l'azione di ripetizione delle somme corrisposte in esecuzione del contratto di swap quanto la domanda di risoluzione e risarcitoria sono irrimediabilmente prescritte.

Difetta, a questo punto, l'interesse della parte alla disamina della validità del contratto, stante il dell'art. 1422 c.c., a tenore del quale "l'azione per far dichiarare la nullità non è soggetta a prescrizione, salvi gli effetti dell'usucapione e della prescrizione delle azioni di ripetizione". *Alteris verbis*, la nullità delle clausole alla base delle somme illegittimamente addebitate è imprescrittibile,





essendosi al cospetto di un'azione di mero accertamento, ma sono fatti salvi gli effetti della prescrizione delle azioni di ripetizione.

L'accertata prescrizione della pretesa restitutoria definisce il limite del principio di imprescrittibilità per la stessa parte che esercita l'azione, nel senso che la caducazione del negozio trova un limite nella irripetibilità della pretesa verificatasi a favore dell'altra parte.

L'accoglimento dell'eccezione preliminare di merito è sufficiente a concludere per il rigetto delle ulteriori domande complessivamente spiegate, in ossequio al principio della ragione più liquida.

Tenuto conto della complessità della lite e delle questioni trattate, del rigetto della eccezione di incompetenza sollevata dalla convenuta, nonché avuto riguardo all'esito della ctu, che ha concluso per la mancata determinazione del mark to market al momento della stipula, le spese devono essere compensate.

Stessa sorte meritano le spese di ctu, da porsi per metà ciascuno a carico delle parti, atteso che la consulenza tecnica è un atto compiuto nell'interesse generale di giustizia e, dunque, nell'interesse comune delle parti, trattandosi di ausilio fornito al giudice da un collaboratore esterno e non di un mezzo di prova in senso proprio; le spese della consulenza tecnica d'ufficio rientrano pertanto tra i costi processuali suscettibili di regolamento ex artt. 91 e 92 c.p.c., sicché possono essere compensate anche in presenza di una parte totalmente vittoriosa, costituendo tale statuizione una variante verbale della tecnica di compensazione espressa per frazioni dell'intero.

P.Q.M.

Il Tribunale di Cosenza, Sezione Seconda Civile, definitivamente pronunciando sulla presente controversia, disattesa ogni contraria istanza, eccezione e difesa, così provvede:

- 1) rigetta le domande attoree;
- 2) compensa le spese di lite;
- 3) pone definitivamente a carico delle parti per metà ciascuno le spese di ctu.

Cosenza, 24.10.2023

il Giudice

Germana Maffei

