

LODO ARBITRALE

pronunciato, previa conferenza personale e plenaria dei propri componenti,
dal Collegio arbitrale composto dai signori:

- prof. avv. Mario Stella Richter, presidente;
- prof. avv. Carlo Ibba, arbitro;
- avv. Massimo Serra, arbitro,

con sede in Siena, costituitosi in data 31 gennaio 2013 per la risoluzione
della controversia insorta tra:

la Fondazione N (di seguito anche solo

“Fondazione”) corrente in – Loc. , c.f.

, in persona del suo legale rappresentante in carica Mons.

U L , rappresentata e difesa dagli avv.ti prof. G R ,

M S e F N A , e domiciliata, ai fini del presente

giudizio, presso lo Studio del prof. avv. G R , in Cagliari al

, giusta procura in data 3 dicembre 2012;

– attrice –

e

la **Banca M** s.p.a. (di seguito anche solo

“Banca”) corrente in , c.f. , in

persona del Responsabile dell’Ufficio Credito e Legale dell’Area

Territoriale Centro e Sardegna e legale rappresentante in carica dott. P

S , rappresentata e difesa dall’avv. prof. U M , e

domiciliata, ai fini del presente giudizio, presso il suo studio in Roma al

, giusta procura in calce all'atto di nomina
d'arbitro in data 12 ottobre 2012;

– convenuta –

* * *

PREMESSE DI FATTO

E

SVOLGIMENTO DELLA PROCEDURA ARBITRALE

1. In data 27 febbraio 2003 la Fondazione N
e la Banca M s.p.a. sottoscrivevano un
“*Accordo per Interest Rate Swaps*”, avente la funzione di contratto-quadro
per la regolazione dei contratti specifici di volta in volta conclusi tra di esse
per *Interest Rate Swaps* nel corso della durata del medesimo contratto-
quadro.

In particolare:

- nel punto A) delle premesse contrattuali, le parti si davano atto che le
stesse, nell'ambito della propria attività anche di intermediazione
finanziaria, “*divengono titolari di posizioni creditorie o debitorie che
generano interessi calcolati di volta in volta in base ad un tasso variabile o
fisso, ovvero divengono parti di rapporti contrattuali che prevedono il
pagamento di somme corrispondenti, di volta in volta, all'eccedenza di un
tasso parametro fisso su un tasso parametro variabile, o viceversa,
applicati su importi convenzionalmente stabiliti*”;

- nel successivo punto B), le parti dichiaravano di volere “*convertire i flussi
di interesse su dette posizioni debitorie o creditorie da tasso fisso a tasso
variabile e, a seconda del caso, da tasso variabile a tasso fisso, al fine di*

meglio correlare le suddette posizioni creditorie o debitorie con la propria situazione creditoria e debitoria globale, allo scopo di una equilibrata gestione della tesoreria o, a seconda dei casi, di bilanciare le posizioni creditorie o debitorie che dovessero generarsi da operazioni similari a quelle” disciplinate dal contratto stesso.

In esecuzione del contratto quadro appena menzionato le parti concludevano un contratto specifico di *interest rate swap* (cfr. all.to n. 2 del **doc. n. 2** della produzione di parte attrice).

2. Insorta una controversia in ordine al contratto *de quo* (o se si vuole ai contratti, quadro e specifico, *de quibus*), con atto in data 19 settembre 2012, notificato in data 25 settembre 2012, la Fondazione N

dichiarava di avviare, come in effetti avviava, una procedura arbitrale nei confronti della Banca M s.p.a., in conformità con il contenuto della clausola compromissoria di cui all’art. 15 del contratto, a mente del quale: *“Ogni contestazione o controversia tra le parti comunque derivante dal presente accordo e/o da ciascun contratto verrà deferita ad un Collegio di tre arbitri, il quale la risolverà in via rituale, giudicando secondo diritto e procedendo ai sensi degli artt. 816 e segg. cod. proc. civ. La parte che intende promuovere il giudizio arbitrale dovrà comunicarlo all’altra parte mediante lettera raccomandata contenente l’oggetto della controversia, l’invito alla procedura e la designazione del proprio arbitro. Qualora l’altra parte, entro venti giorni dal ricevimento della predetta comunicazione, non proceda con le stesse formalità alla designazione del proprio arbitro o laddove, entro venti giorni dalla designazione del secondo arbitro, i due arbitri designati non avessero*

scelto il terzo arbitro, alla nomina dell'arbitro o degli arbitri non designati procederà, su istanza della parte interessata, il Presidente dell'Associazione bancaria Italiana. In ogni caso il Collegio arbitrale giudicherà, con sede in Siena, anche in merito all'entità e all'accollo delle spese di giudizio, nonché alla fissazione dell'ammontare dei danni conseguenti alla violazione del contratto stesso".

Con tale atto introduttivo la Fondazione N

dichiarava di avere interesse a promuovere la procedura arbitrale "al fine di conseguire: (i) l'accertamento e/o declaratoria dell'invalidità del Contratto di Investimento e/o la risoluzione del Contratto di Investimento e/o l'accertamento della responsabilità della... banca a titolo precontrattuale e/o extra-contrattuale; (ii) il conseguente accertamento dei crediti maturati dalla Fondazione a titolo restitutorio e/o risarcitorio (iii) la condanna della... banca al pagamento in favore della scrivente dell'importo di € 119.513,18 oltre interessi ex d.lgs. 231/2002 dall'inadempimento sino al saldo e accessori, o della diversa somma, maggiore o minore che verrà accertata ad esito del giudizio occorrendo anche in via equitativa nonché i diritti e le spese del presente procedimento arbitrale", contestualmente nominando quale arbitro il prof. avv. Carlo Ibba, con studio in Oristano, alla
, e invitando la Banca M s.p.a. a
designare un arbitro nei termini e modi di contratto e di legge.

3. Con atto in data 12 ottobre 2012, la Banca M
s.p.a. provvedeva a nominare arbitro l'avv. Massimo Serra, con studio in
Roma alla , sottoponendo contestualmente al
costituendo Collegio le seguenti conclusioni: *"Voglia l'ecc.mo Collegio*

Arbitrale: in rito: accertare e dichiarare l'avvenuta prescrizione ai sensi di Legge delle avverse domande di accertamento della responsabilità precontrattuale ed extracontrattuale della BANCA, nonché di annullamento del Contratto di investimento dedotto in lite; nel merito: integralmente rigettare, siccome infondate in fatto ed in diritto, tutte le domande ed i quesiti proposti dalla FONDAZIONE N

, con l'atto di instaurazione di procedura di arbitrato con contestuale nomina di arbitro di parte. In via subordinata: nella denegata ipotesi di accoglimento delle avverse domande e quesiti, condannare la FONDAZIONE N alla restituzione, in favore della Banca, di tutti i differenziali attivi sino ad oggi percepiti, oltre interessi, nonché di quelli percipiendi nelle more del procedimento arbitrale. Sempre in via subordinata: nella denegata ipotesi di accoglimento della domanda di condanna della BANCA al risarcimento del danno, determinare il danno risarcibile tenendo conto: (i) delle utilità tutte percepite, che sarà onere dell'attrice dimostrare e produrre in giudizio; (ii) della condotta colposa dell'attrice nella causazione del danno ex art. 1227 c.c. Con condanna della FONDAZIONE N

al pagamento delle spese di lite e delle spese di funzionamento del collegio arbitrale”.

4. Con atto in data 7 novembre 2012, successivamente confermato in sede di costituzione del Collegio arbitrale, gli arbitri designati dalle parti provvedevano alla nomina congiunta del Presidente del Collegio arbitrale nella persona del prof. avv. Mario Stella Richter, con studio in Roma al

5. In data 31 gennaio 2013, gli arbitri designati e nominati (prof. avv. Carlo Ibba – arbitro; avv. Massimo Serra – arbitro; prof. avv. Mario Stella Richter – presidente), dopo aver verificato la legittimità della loro nomina e dopo avere accertato la inesistenza di cause di incompatibilità, provvedevano alla costituzione del Collegio arbitrale.

In quella occasione, il Collegio:

- conferiva l'incarico di segretario del Collegio all'avv. Sara Piccoli, la quale accettava e veniva contestualmente immessa nell'esercizio delle sue funzioni;
- manteneva ferma la sede del Collegio in Siena;
- disponeva in ordine alle modalità di deposito di atti e documenti;
- fissava il termine per la precisazione dei quesiti, per la produzione dei documenti (compreso l'originale dell'atto contenente la clausola compromissoria), per la formulazione di eventuali richieste istruttorie, nonché per il deposito di memorie illustrative ed eventuali domande riconvenzionali all'11 marzo 2013, nonché l'ulteriore termine del 5 aprile 2013 per il deposito di note di replica, nonché per eventuali integrazioni o modificazioni dei quesiti e degli eventuali controquesiti, nonché per il completamento delle richieste istruttorie e delle produzioni documentali;
- delegava il Presidente a prorogare in favore delle parti i termini del procedimento su concorde domanda delle stesse parti e subordinatamente ad una congrua proroga del termine per la pronuncia del lodo;

- fissava il compenso per l'espletamento del mandato, disponendo in ordine al relativo versamento.

Inoltre, il Collegio fissava, per la comparizione delle parti ai fini del libero interrogatorio delle stesse, del tentativo di conciliazione e, per l'ipotesi di mancato esito dello stesso, per la discussione orale della causa, la udienza davanti a sé del giorno 18 aprile 2013, ore 15, in Roma presso lo studio del prof. avv. Mario Stella Richter.

6. Entrambe le parti facevano pervenire nei modi e nei termini stabiliti dal Collegio le proprie difese e produzioni documentali.

7. In particolare, con memoria in data 1° marzo 2013, la Fondazione N così precisava i propri quesiti: *"1. in via*

principale accertare e/o dichiarare la nullità e/o invalidità e/o inefficacia dell'Accordo per Interest Rate Swap' sottoscritto tra le parti in data 27.2.2003 per mancanza dell'accordo (art. 1418 e 1325, n. 1 cod. civ.) e/o per difetto di causa e/o in conseguenza della violazione degli artt. 1418 e/o 1322 cod. civ.; 1.1 per effetto delle statuizioni che precedono, condannare la Banca convenuta alle prestazioni restitutorie conseguenti e, in particolare, alla restituzione in favore dell'attrice dell'importo di € 203.474,91 versato in esecuzione del Contratto fino alla data odierna, o della diversa somma, maggiore o minore, accertata ad esito del giudizio, oltre interessi legali ai sensi del d.lgs. 231/2002 e rivalutazione; 2. in via subordinata, alla luce dell'espositiva sopra svolta, accertare l'illegittimità della condotta della Banca convenuta per violazione delle norme primarie e secondarie che regolano l'attività degli intermediari, e per l'effetto: 2.1 accertare e/o dichiarare la nullità e/o invalidità e/o inefficacia

dell' 'Accordo per Interest Swap' sottoscritto dalle parti in data 27.2.2003;

2.2 in ogni caso, per effetto delle statuizioni che precedono, condannare la Banca convenuta alle prestazioni restitutorie conseguenti e, in particolare, alla restituzione in favore dell'attrice dell'importo di € 203.474,91 versato in esecuzione del contratto fino alla data odierna, o della diversa somma, maggiore o minore, accertata ad esito del giudizio, oltre interessi legali ai sensi del d.lgs. 231/2002 e rivalutazione; **3. in via gradatamente subordinata**, accertare la violazione da parte della convenuta degli obblighi di condotta dell'intermediario dettati dal TUF e dalle relative norme regolamentari di attuazione e per l'effetto: **3.1** ai sensi dell'art. 1453 cod. civ. dichiarare risolto l' 'Accordo per Interest Rate Swap' sottoscritto dalle parti in data 27.2.2003, in conseguenza dei gravi inadempimento imputabili alla Banca; **3.2** ai sensi degli art. 1458 cod. civ. condannare M. alle prestazioni restitutorie e/o al risarcimento dei danni conseguenti alla risoluzione e, in particolare, alla restituzione in favore dell'attrice dell'importo di € 203.474,91 versato in esecuzione del contratto fino alla data odierna, o della diversa somma, maggiore o minore, accertata ad esito del giudizio, oltre interessi legali ai sensi del d.lgs. 231/2002 e rivalutazione; **4. in via subordinata**, accertare e/o dichiarare la nullità e/o invalidità e/o inefficacia dell' 'Accordo per Interest Rate Swap' sottoscritto dalle parti in data 27.2.2003, e/o dei pagamenti eseguiti dalla Fondazione in favore di M. successivamente al 19.5.2006, per difetto di causa o violazione degli artt. 1418 e/o 1322 cod. civ. e, conseguentemente: **4.1** condannare la banca convenuta alle prestazioni restitutorie conseguenti, in particolare, alla restituzione e/o rimborso in favore dell'attrice dell'importo

versato in esecuzione del Contratto del 19.5.2006 alla data odierna che sarà accertato in corso di causa, oltre interessi legali ai sensi del d.lgs. 231/2002 e rivalutazione; 5. in via di estremo subordine, accertare la responsabilità extra o precontrattuale della convenuta e per l'effetto condannarla al risarcimento dei danni subiti dagli attori, da quantificarsi quantomeno in misura di € 203.474,91, pari all'importo ad oggi versato in esecuzione del Contratto alla data odierna, o della diversa somma, maggiore o minore, accertata ad esito del giudizio, anche occorrendo in via equitativa, oltre interessi legali ai sensi del d.lgs. 231/2002 e rivalutazione; 6. in ogni caso, con vittoria di spese ed onorari di difesa e di funzionamento del Collegio Arbitrale”.

A suffragio delle proprie domande la Fondazione argomenta quanto in appresso riassunto.

7.1 La Fondazione allega di aver sottoscritto il contratto *de quo* su proposta e iniziativa della Banca, con la finalità di copertura e neutralizzazione del rischio dell'andamento dei tassi in correlazione con il contratto di mutuo dell'importo di € 3.099.000,00, concluso in data 8 marzo 2002 con la M – Banca

s.p.a.

7.2. Detto contratto di mutuo è stato estinto con pagamento del 19 maggio 2006.

7.3. Tra la data di stipula del cennato contratto di mutuo e la data del 1° marzo 2013, la Fondazione, in esecuzione dell'accordo di *Interest Rate Swap* del 27 febbraio 2003, ha corrisposto alla Banca, a mezzo di periodici

addebiti sul suo conto corrente intrattenuto presso la filiale di Oristano della Banca, l'importo di complessivi € 203.474,91=.

7.4. La liquidazione delle somme è sempre avvenuta periodicamente in via automatica, in seguito alle comunicazioni sull'evoluzione dei tassi rilevate dalla Banca.

7.5. Essendo stato estinto il mutuo a garanzia del quale i pagamenti sono stati disposti, la Fondazione ne ha chiesto il rimborso alla Banca, allegando il difetto di causa, ma la Banca assume la regolarità dell'operazione, rifiutando il rimborso.

7.6. Il contratto *de quo* sarebbe nullo perché strutturato *ab origine* in un modo che non consente una reciproca e bilanciata copertura dei rischi connessi all'evoluzione dei tassi, con accollo del rischio in misura prevalente a carico della Fondazione anziché a carico di entrambe le parti.

7.7. La condotta della Banca sarebbe stata negligente e contraria ai doveri dell'intermediario, sotto il profilo della violazione dell'obbligo di diligenza e correttezza, del dovere di trasparenza e dell'inadeguatezza dello strumento offerto in relazione alla natura di Onlus della Fondazione e dell'avversione al rischio della stessa. La qual cosa comporterebbe la nullità del contratto o, in ogni caso, in via subordinata, la sua annullabilità per errore essenziale e/o dolo.

7.8. In via subordinata, la Fondazione deduce che il contratto in data 27 febbraio 2003 fu stipulato in stretto collegamento con il contratto di mutuo concluso tra essa Fondazione e la M

Banca s.p.a. in data 8 marzo 2002, estinto il quale, sarebbe venuta meno la causa del contratto di *swap*, quale negozio

accessorio e collegato al mutuo, trattandosi di contratto-quadro “che non disciplina alcuna ulteriore operazione finanziaria”.

7.9. In via di estremo subordine, la Fondazione eccepisce la responsabilità extra o precontrattuale della Banca.

Nella medesima sede la Fondazione produceva documenti, formulava istanza di esibizione documentale, chiedeva l'ammissione di prove testimoniali e l'assunzione di una consulenza tecnica d'ufficio.

8. Di contro, la Banca M . s.p.a., con propria memoria in data 11 marzo 2013, così formulava le proprie conclusioni:

“Voglia l'ecc.mo Collegio Arbitrale: in rito: accertare e dichiarare l'avvenuta prescrizione delle avverse domande di accertamento della responsabilità precontrattuale e extracontrattuale della BANCA, nonché di annullamento del Contratto di Investimento dedotto in lite; nel merito: integralmente rigettare, siccome infondate in fatto ed in diritto, tutte le domande ed i quesiti proposti dalla FONDAZIONE N ; in via subordinata: nella denegata ipotesi di accoglimento delle avverse domande e quesiti, condannare la FONDAZIONE N alla restituzione alla BANCA di tutti i differenziali attivi sino ad oggi percepiti, oltre interessi, nonché di quelli percipiendi nelle more del procedimento arbitrale; sempre in via subordinata: nella denegata ipotesi di accoglimento della domanda di condanna della BANCA al risarcimento del danno, determinare il danno risarcibile tenendo conto: (i) delle utilità tutte percepite, che sarà onere dell'attrice dimostrare e produrre in giudizio; (ii) della condotta colposa dell'attrice nella causazione del danno ex art. 1227

c.c. Con condanna della FONDAZIONE N

al pagamento delle spese di arbitrato e di lite”.

A sostegno delle proprie difese, la Banca argomenta quanto riassunto in appresso.

8.1. Il rapporto contrattuale è proseguito regolarmente tra le parti sin dalla sua stipula, senza mai contestazione alcuna da parte della Fondazione.

8.2. La posizione contrattuale delle parti, nella tipologia negoziale in esame, viene regolata a ogni scadenza periodica e, qualora a detta scadenza il tasso variabile superi il tasso strutturato, il cliente riceverà dalla Banca la differenza tra il tasso variabile e il tasso strutturato; viceversa, qualora il tasso strutturato superi il tasso variabile, la banca riceverà dal cliente la differenza tra il tasso strutturato e il tasso variabile (c.d. *netting*).

8.3. La richiesta di restituzione delle somme versate dalla Fondazione a partire dal 19 maggio 2006, data in cui è stato estinto il mutuo stipulato in data 8 marzo 2002, non è accoglibile, essendo irrilevante l’anticipata estinzione del mutuo sottostante, in virtù di quanto statuito nel punto 1.1. del contratto *de quo*, secondo cui: *“eventuali successivi mutamenti delle esigenze e delle motivazioni che hanno indotto le parti a concludere l’accordo e ciascun contratto non influiscono e non hanno effetto alcuno sulla validità e sull’efficacia dei singoli contratti”*, né la Fondazione ha in ogni caso rappresentato a suo tempo la circostanza dell’avvenuta estinzione del mutuo, *“per concordare le modalità di uscita dal derivato mediante il pagamento del c.d. Mark to market”*.

8.4. Il protrarsi del pagamento dei differenziali nel tempo, anche in epoca successiva alla estinzione del mutuo, avrebbe anzi ratificato il contratto del quale la Fondazione assume l'invalidità.

8.5. Sarebbe, inoltre, escluso il vizio della volontà, essendosi la Fondazione dichiarata soggetto munito della competenza ed esperienza richieste in materia di operazioni in valori mobiliari, all'atto della sottoscrizione del contratto.

Nella medesima occasione la Banca depositava documenti.

9. Con seconda memoria in data 21 marzo 2013, la Fondazione N
reiterava le conclusioni già formulate nella
memoria in data 1° marzo 2013, replicando alle argomentazioni della Banca
M
s.p.a. come in appresso si riassume.

In particolare, la Fondazione contesta di avere competenza ed esperienza in materia di operazioni in strumenti finanziari, come viceversa attestato dalla sottoscrizione del proprio legale rappresentante, poiché il modulo sarebbe stato precompilato dalla Banca e il suo contenuto sarebbe incompatibile con la natura giuridica di onlus della Fondazione.

Assume, pertanto, che la Banca avrebbe dovuto approfondire con adeguata cura e prudenza il profilo di rischio e la consapevolezza finanziaria della propria controparte contrattuale, *“in applicazione di uno standard di diligenza addirittura più elevato rispetto a quello ipotizzabile nei rapporti con società lucrative, cooperative e enti locali”*, tanto più che l'età anagrafica e lo status di ecclesiastico del legale rappresentante della Fondazione erano viepiù incompatibili con le formule di stile utilizzate nella dichiarazione.

Ribadisce, altresì, che l'estinzione del mutuo a cui era collegato il contratto in data 27 febbraio 2003, ha fatto venir meno la causa negoziale del contratto di *swap*, determinando una *“patologica alterazione del rischio, incompatibile perfino con la natura aleatoria del Contratto”*, poiché l'estinzione del mutuo comporterebbe l'immunità dell'intermediario dal rischio/alea a proprio carico.

Si oppone, infine, alla tesi della ratifica del contratto invalido, poiché non applicabile alla ipotesi di contratto atipico nullo per mancanza di causa o difetto di meritevolezza.

Nella medesima occasione produceva, altresì, un ulteriore documento, chiedeva l'ammissione di ulteriori prove testimoniali e ribadiva la istanza di esibizione.

10. Di contro, la Banca M s.p.a., con memoria di replica in data 3 aprile 2013, ribadiva le conclusioni formulate nella prima memoria e controdeduceva al contenuto della prima memoria della Fondazione con le argomentazioni in appresso riassunte.

Contesta l'eccezione di nullità per asserita mancanza di causa e/o violazione delle norme comportamentali dell'intermediario, ribadisce che la sopravvivenza del contratto e la validità dello stesso anche a seguito dell'estinzione del mutuo era specificamente prevista nell'Accordo Normativo, sottoscritto dalla controparte, e che, in ogni caso, la circostanza della sopravvenuta estinzione del mutuo non è mai stata comunicata alla Banca.

Eccepisce, altresì, la prescrizione della domanda di annullabilità per vizio della volontà, essendosi perfezionato il derivato *de quo* in data 3 marzo

2003, e in ogni caso la inidoneità delle lettere successivamente inviate dalla Fondazione ad interrompere il decorso della prescrizione quinquennale *ex* art. 1442 cod. civ., non facendo le stesse riferimento ai vizi in questa sede dedotti.

Eccepisce, inoltre, la irrilevanza dello *status* di ecclesiastico del legale rappresentante della Fondazione ai fini della dichiarata competenza in tema di operazioni in strumenti finanziari, dovendo tale competenza essere correlata alla Fondazione stessa e non alla singola persona fisica, contestando, altresì, la domanda di risoluzione per inadempimento.

Deduce, infine, la prescrizione della domanda volta ad accertare la responsabilità pre- o extra-contrattuale della Banca.

Nella medesima occasione la Banca si opponeva a tutte le istanze istruttorie formulate dalla Fondazione.

In particolare:

- (i) deduceva la inammissibilità della istanza di esibizione per genericità della stessa e in ogni caso la relativa superfluità per il contendere;
- (ii) si opponeva all'ammissione di Mons. Vincenzo Curreli quale teste, deducendo la incompatibilità del ruolo del medesimo rispetto alla lite, avendo egli a suo tempo sottoscritto l'accordo in qualità di legale rappresentante della Fondazione;
- (iii) si opponeva, altresì, all'ammissione dei capitoli 9.3.1. e 9.3.3, trattandosi di testimonianza *de relato*;
- (iv) si opponeva all'assunzione di una consulenza tecnica d'ufficio, assumendone la natura esplorativa e in ogni caso la erroneità dei

quesiti proposti, formulando in via di subordine un quesito proprio, per la ipotesi di ammissione del mezzo.

11. Su istanza della Fondazione N , alla quale aderiva la Banca M s.p.a., in data 10 aprile 2013 il Collegio arbitrale disponeva rinvio della udienza fissata per il 18 aprile 2013 al 13 maggio 2013.

12. Alla udienza del 13 maggio 2013, il Collegio arbitrale, preso atto delle reciproche proposte transattive formulate in tale sede dai difensori delle parti, assegnava termine sino al 17 giugno 2013 per comunicare l'esito del tentativo di conciliazione, termine ultimo per considerare raggiunto un accordo, contestualmente chiedendo, in dipendenza di ciò, una proroga del termine per il deposito del lodo sino al 20 dicembre 2013. I procuratori delle parti, muniti dei necessari poteri, acconsentivano alla proroga.

13. Spirato il termine del 17 giugno 2013, le parti comunicavano di non aver raggiunto un accordo, e pertanto, con ordinanza collegiale in data 20 giugno 2013, il Collegio disponeva per il prosieguo del giudizio, così statuendo: *“il Collegio, ritenuta la causa di natura documentale e allo stato, pienamente istruita:*

- (i) non ammette le prove testimoniali articolate da entrambe le parti;*
- (ii) non ammette la consulenza tecnica d'ufficio richiesta dalla Banca M s.p.a.;*
- (iii) accoglie l'istanza di esibizione dell'originale del contratto di cui è causa, anche ai fini di cui all'art. 825, cod. proc. civ.;*

- (iv) *fissa per il deposito di comparse conclusionali e repliche i rispettivi termini del 26 luglio 2013 e 10 settembre 2013;*
- (v) *stabilisce sin d'ora che, in assenza di espressa richiesta da formularsi nelle difese conclusionali, tratterà in decisione la causa senza procedere alla discussione orale della stessa. Riservato ogni ulteriore incombente”.*

14. Entrambe le parti facevano pervenire nei modi e nei termini stabiliti dal Collegio le proprie difese conclusionali.

15. In particolare, con comparsa conclusionale in data 22 luglio 2013, la Fondazione N^o ribadiva le conclusioni già formulate nei precedenti scritti difensivi, reiterava la richiesta di ammissione delle prove testimoniali articolate nella sola prima memoria in data 1° marzo 2013, e non anche quelle formulate nella seconda memoria in data 21 marzo 2013, nonché la domanda di ammissione di una consulenza tecnica di ufficio sui quesiti proposti nei precedenti scritti.

Nel merito, ribadiva le proprie argomentazioni in punto di pretesa nullità del contratto in data 27 febbraio 2003 per violazione della normativa di settore, di pretesa annullabilità per errore essenziale e/o dolo, e di preteso inadempimento della Banca ai fini della declaratoria della risoluzione del contratto.

In via subordinata, insisteva per l'accertamento del difetto e/o illiceità della causa del contratto e/o dei pagamenti effettuati dalla Fondazione alla Banca successivamente all'estinzione del mutuo dell'8 marzo 2002, e cioè dal 19 maggio 2006, e della responsabilità extra o precontrattuale della Banca.

16. Con comparsa conclusionale del 25 luglio 2013, la Banca M

s.p.a. insisteva per l'accoglimento delle conclusioni rassegnate nei precedenti scritti, depositava un ulteriore documento e controdeduceva alle difese avversarie come in appresso riassunto.

Ribadiva la natura di "operatore qualificato" della Fondazione, ai fini della sottoscrizione del contratto *de quo*, avendo la stessa sempre interagito con la Banca ben percependo il rischio derivante dalla variabilità dei tassi, quale interlocutore dotato delle necessarie conoscenze tecniche, contabili e finanziarie.

Ribadiva, altresì, la validità della causa del contratto, anche successivamente all'estinzione del mutuo dell'8 marzo 2002, avendo la Fondazione deciso in piena autonomia di estinguerlo anticipatamente, senza comunicare alcunché e senza esercitare in ogni caso il diritto di recesso alle condizioni contrattualmente previste.

17. Con memoria di replica in data 3 settembre 2013, la Fondazione

N contestava in particolare l'asserita qualificazione della stessa in termini di "operatore qualificato" ai fini della sottoscrizione del contratto *de quo*, formulando all'uopo istanza di rimessione in termini per la produzione del proprio atto costitutivo e dello statuto, non depositati in precedenza poiché ritenuti superflui in un momento in cui la Banca non aveva ancora sollevato tale questione.

Ribadiva per il resto tutte le argomentazioni e deduzioni già svolte.

18. Con memoria di replica in data 9 settembre 2013, la Banca M

s.p.a. ribadiva tutte le argomentazioni e deduzioni già svolte nei precedenti scritti.

19. Nella camera di consiglio del 17 settembre 2013 il Collegio, visti gli atti, le allegazioni e ^{ri} i documenti prodotti dalle parti, maturava i seguenti

MOTIVI DELLA DECISIONE

IN FATTO E IN DIRITTO

20. Il Collegio intende preliminarmente precisare che la natura dell'arbitrato e il tipo di giudizio che è chiamato a rendere sono non controvertibilmente indicati nella già citata clausola compromissoria, la quale espressamente chiarisce come le controversie relative al contratto siano demandate alla cognizione di arbitri che le risolveranno *"in via rituale, giudicando secondo diritto e procedendo ai sensi degli artt. 816 e segg. cod. proc. civ."*.

Ne discende che, per espressa volontà delle parti, il procedimento arbitrale deve qualificarsi come rituale e la decisione dovrà essere presa secondo diritto.

21. Il Collegio premette anche ^{che} tutti i fatti rilevanti ai fini della decisione risultano documentalmente provati, oltre che in larghissima parte incontrovertibili.

22. Tanto premesso, il Collegio rileva come al centro della controversia sottoposta al suo esame si ponga, nella sostanza, la questione se ed in che modo, con riferimento alle specifiche caratteristiche del caso concreto, siano applicabili le tutele che l'ordinamento predispone a favore di chi si avvalga di un servizio di investimento prestato da un intermediario autorizzato (nel caso di specie una banca); e ciò con riferimento tanto alla normativa di settore (dettata dal d. lgs. 58/1998, d'ora in avanti t.u.f., e dalla conseguente

normativa secondaria di attuazione) quanto in relazione ai principi generali di correttezza e buona fede in materia contrattuale.

Osserva altresì il Collegio che la suddetta questione è posta riguardo a un contratto (quadro e a un contratto specifico) di *interest rate swap*, il quale, per un verso, è espressamente classificato dall'ordinamento nel novero degli strumenti finanziari (così l'art. 1, comma 2, lett. d, t.u.f.), ma, per altro verso, è idoneo a svolgere una duplice e ben distinta funzione: quella di operazione d'investimento e quella di copertura nei confronti di rischi conseguenti all'andamento del mercato, specificamente quelli riguardanti le variazioni dei tassi di interesse. E ritiene il Collegio che l'accertamento di quale di queste due possibili funzioni sia nel caso concreto svolta dal contratto non possa non assumere rilievo al fine di individuarne il regime giuridico.

Da quest'ultimo punto di vista pare accertato, sulla base della documentazione prodotta dalle parti, trattarsi, nel caso specifico, della seconda ipotesi.

Il contratto di *interest rate swap* (**doc. n. 2** di produzione attrice) – quello quadro e quello specifico, che è poi l'unico che in concreto fu stipulato in esecuzione del contratto quadro di *interest rate swap* – è stato infatti concluso da un ente (la Fondazione) con riferimento proprio alla sua esposizione debitoria derivante dalla precedente conclusione di un contratto di mutuo con una società del medesimo gruppo bancario: la M

– Banca s.p.a.

(**doc. n. 13** di produzione attrice).

I tempi di conclusione del contratto (o meglio di entrambi i contratti, quadro e specifico) di *interest rate swap* e del contratto di mutuo, gli importi delle somme date in prestito e l'importo di riferimento del contratto di *interest rate swap*, la durata del mutuo e la scadenza finale dell'*interest rate swap* indicano, in modo univoco e al di là di ogni ragionevole dubbio, come il contratto di *interest rate swap* sia stato concluso in ragione della esistenza di quello di mutuo, appunto al fine di coprire il mutuatario dei rischi derivanti dall'andamento del tasso di interesse preveduto dal contratto di mutuo.

Il contratto di *interest rate swap* deve quindi ritenersi, nella sua oggettività e tipicità, *causalmente* diretto ad assolvere la funzione di copertura di rischi sopra accennata.

Con esso, in sostanza, la Fondazione otteneva il risultato per cui, evolvendosi in un certo senso il mercato degli interessi, avrebbe visto accreditato a proprio favore un differenziale e invece, se tale evoluzione fosse avvenuta in senso contrario, si sarebbe vista addebitare il differenziale che ne fosse risultato: con la conseguenza, in termini economici, di neutralizzare gli effetti di tale evoluzione nei propri confronti, in definitiva di rinunciare ai suoi possibili effetti positivi in tal modo, in certo modo, compensandoli con quelli possibili negativi.

Si tratta, come osservato, di una operazione che ben potrebbe essere compiuta a fini di investimento e speculativi, ma che nel caso concreto, poiché è dimensionata e parametrata a una rilevante e specifica posizione debitoria della Fondazione nei confronti di quel gruppo bancario, deve ritenersi assolvere un ruolo essenzialmente volto ad assicurare l'equilibrio dell'assetto finanziario della Fondazione stessa, a garantirsi cioè nei

confronti dei rischi che potrebbero derivargli dall'andamento dei tassi di interesse.

23. Tanto premesso, può allora passarsi a dare risposta alla domanda principale della Fondazione, la quale – come si è ricordato – chiede di: *“in via principale accertare e/o dichiarare la nullità e/o invalidità e/o inefficacia dell'‘Accordo per Interest Rate Swap’ sottoscritto tra le parti in data 27.2.2003 per mancanza dell'accordo (art. 1418 e 1325, n. 1 cod. civ.) e/o per difetto di causa e/o in conseguenza della violazione degli artt. 1418 e/o 1322 cod. civ.; 1.1 per effetto delle statuizioni che precedono, condannare la Banca convenuta alle prestazioni restitutorie conseguenti e, in particolare, alla restituzione in favore dell'attrice dell'importo di € 203.474,91 versato in esecuzione del Contratto fino alla data odierna, o della diversa somma, maggiore o minore, accertata ad esito del giudizio, oltre interessi legali ai sensi del d.lgs. 231/2002 e rivalutazione”*.

24. A fronte di tale domanda o meglio di tali domande avanzate dall'attore in via principale, la Banca ha eccepito la intervenuta prescrizione della domanda di annullamento del Contratto dedotto in lite e ha chiesto di integralmente rigettare tali domande perché *“infondate in fatto ed in diritto”*.

25. Ritiene il Collegio che il contratto intitolato *‘Accordo per Interest Rate Swap’*, sottoscritto tra le parti in data 27 febbraio 2003, non possa essere considerato invalido e, conseguentemente, siano da rigettarsi le domande di nullità e annullamento.

25.1. Si tratta invero di un contratto che nel momento in cui fu concluso non mancava di alcuno degli elementi richiesti a pena di *nullità*. Non era privo, in particolare, a differenza di quanto lamentato dalla Fondazione:

- dell'*accordo*, che si è perfezionato con la sottoscrizione del contratto e che è comunque stato ammesso in numerose affermazioni dell'attore, le quali assumono quindi valore confessorio;
- di una *causa* meritevole di tutela, che nel caso consisteva nello scambio tra le parti di flussi di interessi facenti capo a un capitale nominale al fine di realizzare uno scambio di rischio volto a fronteggiare quello sull'andamento degli interessi dovuti in base ad un (diverso, ma funzionalmente collegato) contratto di mutuo.

In particolare, come si è già scritto, attraverso l'accordo in questione la Fondazione riusciva a limitare il rischio di un suo indebitamento a tasso variabile.

Non mancava neppure di un oggetto, con i requisiti richiesti dal codice civile, la qual cosa non è per vero da alcuno contestata.

Tutto questo per quanto attiene alla nullità del contratto, che dunque è da escludersi: il contratto nacque in presenza di una specifica (oltre che lecita) causa, come, in definitiva, ammette la stessa Fondazione quando allega di aver sottoscritto il contratto su proposta e iniziativa della Banca, con la finalità di copertura e neutralizzazione del rischio dell'andamento dei tassi in correlazione con il contratto di mutuo dell'importo di euro 3.099.000,00, concluso dalla stessa Fondazione in data 8 marzo 2002.

25.2. Per quanto poi concerne la lamentata *annullabilità*, non pare al Collegio che ne ricorra alcuno dei presupposti.

Non certamente quello lamentato dalla Fondazione relativo a vizi della sua volontà: in particolare, dolo o errore.

Tali vizi non risultano minimamente provati nei loro requisiti di rilevanza.

Non risulta provato e per vero neanche allegato quale fu l'errore essenziale in cui cadde la Fondazione e, soprattutto, perché sarebbe dovuto essere riconoscibile da parte della Banca.

Non risultano provati e per vero neanche con precisione descritti i raggiri posti in essere dalla Banca, e cioè dai suoi funzionari (o da terzi?), al fine di indurre la Fondazione a concludere l'*Accordo per Interest Rate Swaps*.

In ogni caso l'azione di annullamento risulta prescritta e la relativa eccezione, tempestivamente sollevata dalla Banca, deve essere accolta.

26. In conclusione, il Collegio ritiene che le domande relative alla *invalidità* (o alla *inefficacia originaria*) dell'accordo quadro (e del contratto specifico) di cui al presente arbitrato non possano trovare accoglimento e debbano essere respinte.

27. Ritiene viceversa il Collegio che con la estinzione del rapporto di mutuo, avvenuta in data 19 maggio 2006 (anche questo fatto è pacifico e incontestato dalle parti), la causa dell'*Accordo per Interest Rate Swaps* (e del contratto specifico concluso in esecuzione dell'accordo) sia successivamente venuta meno, anche perché da allora l'originario rapporto di mutuo non fu mai più sostituito con alcun altro mutuo o comunque con altro contratto (oneroso) di finanziamento.

Come è stato insegnato, la causa manca affatto nel negozio concreto quando questo, per la situazione su cui dovrebbe operare, non può esplicitare la sua funzione. Ora, come è noto, il venir meno della causa concreta del contratto, successivamente alla sua conclusione, è ragione di *risoluzione* dello stesso. Lo si evince, se ve ne fosse bisogno, anche dall'art. 1896, comma 1, cod. civ.

Ciò significa – come è chiaro – che il contratto, pur perfettamente valido (nel suo momento genetico), diviene successivamente inefficace.

Si tratta, quindi, di una inefficacia sopravvenuta per sopraggiunta carenza di causa (concreta).

Dalla inefficacia sopravvenuta discende, nel caso di specie, la conseguenza che le somme pagate in esecuzione dell'*Accordo per Interest Rate Swap* (e del contratto specifico) dopo il 19 maggio 2006 dovranno essere restituite maggiorate degli interessi legali (da computarsi dalla data della domanda e cioè dal **5 settembre 2011: doc. 8** di produzione di parte attrice) (cfr., in termini, Trib. Salerno, 21 giugno 2011, reperibile nel sito www.ilcaso.it).

Non vale a smentire questa conclusione l'argomento per cui l'*Accordo per Interest Rate Swap* prevede che “eventuali successivi mutamenti delle esigenze e motivazioni che hanno indotto le parti a concludere l'accordo e ciascun contratto non influiscono e non hanno effetto alcuno sulla validità e sull'efficacia dei singoli contratti” (così l'Accordo a pag. 2). Infatti, il venire meno della causa del contratto non può essere ridotto a un semplice venir meno del motivo, e cioè a una mera modificazione delle motivazioni ed esigenze personali della parti: altro è la causa, altro è il motivo del contratto.

D'altra parte, al Collegio appare chiarissimo – come già premesso – che tra l'*Accordo per Interest Rate Swap* e il contratto esecutivo, da un lato, e il mutuo dell'importo di euro 3.099.000,00=, stipulato tra la Fondazione e una società dello stesso gruppo bancario M in data 8 marzo 2002, intercorra un rapporto di connessione giuridica e cioè di *collegamento di tipo funzionale*.

Si tratta, in particolare, di un collegamento funzionale *con dipendenza unilaterale*.

L'esistenza di tale connessione, di tale collegamento funzionale è nell'intento empirico del negozio, e cioè nello scopo comune attribuito dalle parti al contratto ed espressamente dalle stesse ammesso

Ora è noto che, quando tra due negozi intercorra un collegamento funzionale con dipendenza unilaterale, il contratto accessorio presuppone di necessità quello principale, non si regge senza di esso e risulta privo di funzione, e quindi di causa, se non in quanto tale funzione si indirizzi al contratto principale cui è collegato: *accessorium sequitur principale*.

28. Stando così le cose, il Collegio potrebbe procedere ad accogliere la domanda principale o, per meglio dire, una delle domande poste in via principale in modo tra loro alternativo: in particolare quella relativa alla *inefficacia* (in senso stretto).

L'accoglimento della domanda principale dovrebbe poi condurre a ritenere assorbite tutte le altre domande poste dalla Fondazione attrice "in via subordinata", "in via gradatamente subordinata" e "in via di estremo subordine".

Tuttavia, considerando appunto le domande subordinate, ci si avvede che la Fondazione ha inteso chiedere la "dichiarazione e/o l'accertamento" della *sopravvenuta* carenza di causa concreta del contratto con una domanda autonoma e, per quel che più conta, subordinata, e cioè la seguente: "4. in via subordinata, accertare e/o dichiarare la nullità e/o invalidità e/o inefficacia dell' 'Accordo per Interest Rate Swap' sottoscritto dalle parti in data 27.2.2003, e/o dei pagamenti eseguiti dalla Fondazione in favore di

*M. successivamente al 19.5.2006, per difetto di causa o violazione degli artt. 1418 e/o 1322 cod. civ. e, conseguentemente: **4.1** condannare la banca convenuta alle prestazioni restitutorie conseguenti, in particolare, alla restituzione e/o rimborso in favore dell'attrice dell'importo versato in esecuzione del Contratto del 19.5.2006 alla data odierna che sarà accertato in corso di causa, oltre interessi legali ai sensi del d.lgs. 231/2002 e rivalutazione” (enfasi aggiunta).*

Ne discende che la domanda principale deve interpretarsi come rivolta esclusivamente a ottenere una pronuncia sulla (in)validità o (in)efficacia del contratto sin dal momento della sua conclusione.

Stando così le cose, tutte le domande avanzate in via principale devono essere, come sono, rigettate e il Collegio deve passare a dare risposta alle domande poste “in via subordinata”, “in via gradatamente subordinata” e “in via di estremo subordine”.

29. In via subordinata, la Fondazione anzitutto domanda di “*accertare l’illegittimità della condotta della Banca convenuta per violazione delle norme primarie e secondarie che regolano l’attività degli intermediari, e per l’effetto: **2.1** accertare e/o dichiarare la nullità e/o invalidità e/o inefficacia dell’‘Accordo per Interest Swap’ sottoscritto dalle parti in data 27.2.2003; **2.2** in ogni caso, per effetto delle statuizioni che precedono, condannare la Banca convenuta alle prestazioni restitutorie conseguenti e, in particolare, alla restituzione in favore dell’attrice dell’importo di € 203.474,91 versato in esecuzione del contratto fino alla data odierna, o della diversa somma, maggiore o minore, accertata ad esito del giudizio, oltre interessi legali ai sensi del d.lgs. 231/2002 e rivalutazione”.*

La domanda è priva di fondamento e deve essere rigettata.

Trattandosi nel caso concreto di un contratto riguardante la gestione della Fondazione, non possano assumere rilievo alcune delle eccezioni proposte dalla Fondazione stessa al fine di sostenere la domanda in questione (e alcune altre).

Così è in particolare per quella concernente la supposta inadeguatezza, in termini di capacità professionali, di chi in quanto rappresentante legale della Fondazione ha sottoscritto il contratto di cui è causa.

Non solo in effetti tale inadeguatezza appare nel caso concreto tutt'altro che dimostrata dalla allegazione trattarsi di un ecclesiastico anziano, ma deve in ogni caso ritenersi, ad avviso del Collegio, che la scelta del soggetto a mansioni di legale rappresentanza di un ente sia uno dei momenti essenziali della funzione organizzativa dell'ente stesso, il quale perciò non può non assumerne i relativi rischi e non può pretendere poi, in caso di scelta erronea, di riversarli sui terzi con cui l'ente entra in rapporto.

Quanto appena osservato non esclude, ovviamente, che anche da parte di un ente e cioè di una organizzazione meta individuale più o meno complessa possano essere in via di principio invocate le tutele specifiche per particolari settori o di ordine generale previste dall'ordinamento per la parte contrattuale. Implica però che tali tutele, in quanto riferite alle condizioni personali della parte medesima, non possano riguardare la situazione soggettiva del singolo preposto, ma quella in certo modo oggettiva della organizzazione metaindividuale stessa e del modo in cui con essa la controparte si è relazionata.

Ritiene perciò il Collegio che, nel caso sottoposto al suo esame, non tanto assuma rilievo una valutazione delle qualità e degli atteggiamenti soggettivi del legale rappresentante della Fondazione, quanto dei comportamenti della Banca nei suoi confronti: il problema in definitiva se tali comportamenti possano essere ritenuti conformi alle esigenze poste per rapporti di questo genere dall'ordinamento e, in caso di risposta negativa, delle conseguenze di ordine applicativo che possono derivarne.

Del resto, a ben guardare, nelle stesse prospettazioni delle Parti la questione non è tanto se la Fondazione abbia avuto adeguata percezione delle implicazioni del contratto stipulato con la Banca, quanto se i comportamenti della seconda siano stati, nella fase precontrattuale ed in quella esecutiva, coerenti con le esigenze poste dal t.u.f. per i servizi di investimento e con quelle più generali derivanti dai principi di correttezza e buona fede.

Al riguardo è opportuno osservare preliminarmente che la disciplina speciale, nel porre particolari obblighi di comportamento a carico dell'intermediario, fa in effetti specifica applicazione di quei principi generali: nel senso in particolare che esplicita, in un particolare contesto, e concretizza esigenze già presenti in ogni rapporto contrattuale. Così, per quanto riguarda l'obbligo di verificare la "adeguatezza" del rapporto alle esigenze della controparte, si tratta sostanzialmente del principio solidaristico che impone di tener conto degli altrui interessi; e così, per quanto riguarda gli obblighi informativi, si tratta in certo modo di compensare lo squilibrio che, sul piano appunto informativo, tra le parti in concreto sussiste.

In questo senso, ad avviso del Collegio, assume un ruolo centrale ai fini della disciplina speciale il problema se il cliente dell'intermediario finanziario possa qualificarsi oppure no nei termini che il Regolamento Consob n. 11522 del 1° luglio 1998 descrive come "operatore qualificato": tale deve infatti considerarsi chi per la propria competenza ed esperienza nella materia non esprime quelle esigenze di tutela, colui rispetto al quale non sussistono rilevanti asimmetrie informative.

Significativo è anzi che si adotti in proposito una prospettiva diversa da quella, consueta in altri campi, del "consumatore". Ne risulta che il problema considerato dall'ordinamento non è tanto quello di una tutela della parte tipicamente "debole", di squilibrio cioè nei rapporti di forza economica, quanto l'altro di uno squilibrio appunto informativo cui conseguono specifiche esigenze di tutela.

Ora appare al Collegio che la presenza, nel caso concreto, della dichiarazione richiesta dall'art. 31 del Regolamento Consob n. 11522 del 1° luglio 1998 (anche prescindendo dal problema se tale dichiarazione sia mezzo di prova esclusivo a tal fine) consenta, quanto meno, di considerare invertito l'onere della prova in merito alla ricorrenza o meno di tale qualità in capo alla Fondazione.

In presenza di tale dichiarazione proveniente dal legale rappresentante della Fondazione era quindi questa che doveva provare di essere sfornita delle competenze proprie dell'investitore qualificato e, soprattutto, dimostrare che la Banca conosceva o avrebbe potuto conoscere, usando della ordinaria diligenza e al contrario di quanto dalla stessa Fondazione affermato con la

sottoscrizione della predetta dichiarazione, che la Fondazione non poteva in ogni caso reputarsi “operatore qualificato”.

Tale prova non è stata fornita.

E d'altra parte è convincimento di questo Collegio che, in presenza di una organizzazione metaindividuale istituita e operante allo scopo di curare e perseguire interessi altrui (non importa se egoistici o meno), come è appunto il caso della Fondazione, sia da presumersi che essa si doti, appunto nell'ambito e per effetto della organizzazione, delle risorse atte a valutare tutte le implicazioni dei contratti che pone in essere (che tali risorse siano poi interne o esterne alla organizzazione in senso stretto non importa), soprattutto se detti contratti appaiono del tutto consoni al tipo di attività propria dell'ente: nel caso di specie, copertura dei rischi legati all'interesse di un finanziamento (a sua volta assolutamente normale e funzionale al perseguimento dei fini della Fondazione).

In questa prospettiva, appaiono al Collegio non pertinenti e non rilevanti le discussioni delle Parti in merito alla possibilità o meno che la Fondazione (qualificata anche in termini Onlus) possa o meno svolgere attività di impresa e perseguire, quindi, fini di lucro: anche attività non di impresa ma benefiche possono dovere essere finanziate e tali rapporti di finanziamento, di misura anche rilevante, devono potere essere strutturati in modo anche non banale, eventualmente con l'adozione di tecniche di copertura dei relativi rischi, ivi compreso quello relativo all'andamento della misura degli interessi.

Non pare quindi che possa dirsi tanto inusitata la dichiarazione proveniente da una organizzazione metaindividuale come la Fondazione di essere ente

(si noti bene: la dichiarazione del legale rappresentante si imputa all'ente e non si riferisce solo alla sua persona) dotato delle competenze proprie di un operatore qualificato da non potere essere presa per buona dalla Banca.

Ne discende, in definitiva, che correttamente la Banca ha posto alla base del suo comportamento la risultanza della dichiarazione, sicché la sua condotta non può considerarsi costituire mancato adempimento degli obblighi contrattuali o violazione degli specifici obblighi di condotta gravanti sull'intermediario autorizzato nella somministrazione del servizio di investimento.

30. Per la stessa ragione non può trovare accoglimento la ulteriore domanda della Fondazione e cioè quella di *“3. in via gradatamente subordinata, accertare la violazione da parte della convenuta degli obblighi di condotta dell'intermediario dettati dal TUF e dalle relative norme regolamentari di attuazione e per l'effetto: 3.1 ai sensi dell'art. 1453 cod. civ. dichiarare risolto l'“Accordo per Interest Rate Swap” sottoscritto dalle parti in data 27.2.2003, in conseguenza dei gravi inadempimento imputabili alla Banca; 3.2 ai sensi degli art. 1458 cod. civ. condannare M alle prestazioni restitutorie e/o al risarcimento dei danni conseguenti alla risoluzione e, in particolare, alla restituzione in favore dell'attrice dell'importo di € 203.474,91 versato in esecuzione del contratto fino alla data odierna, o della diversa somma, maggiore o minore, accertata ad esito del giudizio, oltre interessi legali ai sensi del d.lgs. 231/2002 e rivalutazione”.*

31. Viceversa, per i motivi precedentemente esposti, il Collegio giudica parzialmente fondata e accoglie, nei limiti suddetti, la domanda

contrassegnata con il n. 4. con la quale si è chiesto. *“in via subordinata”*, di *“accertare e/o dichiarare la nullità e/o invalidità e/o inefficacia dell’ ‘Accordo per Interest Rate Swap’ sottoscritto dalle parti in data 27.2.2003, e/o dei pagamenti eseguiti dalla Fondazione in favore di M. successivamente al 19.5.2006, per difetto di causa o violazione degli artt. 1418 e/o 1322 cod. civ. e, conseguentemente: 4.1 condannare la banca convenuta alle prestazioni restitutorie conseguenti, in particolare, alla restituzione e/o rimborso in favore dell’attrice dell’importo versato in esecuzione del Contratto del 19.5.2006 alla data odierna che sarà accertato in corso di causa, oltre interessi legali ai sensi del d.lgs. 231/2002 e rivalutazione”*.

In particolare, come già argomentato, la estinzione del contratto di mutuo ha comportato l’insorgere di una causa di risoluzione del rapporto in ragione del venir meno della causa concreta del contratto e, quindi, di una sua inefficacia sopravvenuta.

Dalla data della risoluzione, e cioè dal 19 maggio 2006 (cfr. **doc. 4** di produzione di parte attrice), le somme addebitate dalla Banca alla Fondazione in esecuzione dell’Accordo quadro e del Contratto di *interest rate swap* devono essere restituite alla Fondazione medesima.

Su tale somma complessiva decorrono gli interessi legali dalla data della domanda (e cioè dal 5 settembre 2011: cfr. **doc. 8** di produzione di parte attrice) a quella dell’effettivo soddisfacimento.

32. Stante l’accoglimento della domanda subordinata della Fondazione, precedentemente ricordata (sub **31.**), deve essere presa in considerazione e accolta la domanda subordinata con la quale la Banca ha chiesto, sempre *“in*

via subordinata” e “nella denegata ipotesi di accoglimento delle avversarie domande e quesiti”, di “condannare la FONDAZIONE N
alla restituzione alla BANCA di tutti i differenziali
attivi sino ad oggi percepiti, oltre interessi, nonché di quelli percipiendi
nelle more del procedimento arbitrale”.

Infatti, la dichiarazione di risoluzione del rapporto a far data dalla estinzione del contratto di mutuo e, dunque, a far data dalla sopravvenuta carenza di causa, comporta che anche la Fondazione debba restituire alla Banca tutti i differenziali attivi eventualmente dalla prima percepiti dal 19 maggio 2006 a oggi in esecuzione del non più efficace contratto di *interest rate swap*.

33. La ulteriore domanda della Fondazione, in quanto avanzata *“in via di estremo subordine”* – ci si riferisce a quella di *“5. ... accertare la responsabilità extra o precontrattuale della convenuta e per l'effetto condannarla al risarcimento dei danni subiti dagli attori, da quantificarsi quantomeno in misura di € 203.474,91, pari all'importo ad oggi versato in esecuzione del Contratto alla data odierna, o della diversa somma, maggiore o minore, accertata ad esito del giudizio, anche occorrendo in via equitativa, oltre interessi legali ai sensi del d.lgs. 231/2002 e rivalutazione”* – è da considerarsi assorbita in virtù dell'accoglimento di altra domanda proposta con grado poziore.

Essa, in ogni caso, non appare meritevole di accoglimento, risultando prescritta prima ancora che infondata per mancanza di un inadempimento della Banca o di un mancato rispetto della normativa di settore.

34. In merito alle domande, tanto della Fondazione quanto della Banca, concernenti la condanna alle spese legali e alle spese di funzionamento della

procedura arbitrale, ivi comprese quelle per gli onorari degli arbitri e per i compensi del segretario del Collegio arbitrale, si deve tenere conto della parziale reciproca soccombenza delle Parti.

Pertanto, il Collegio ritiene che ricorrano i presupposti per:

- compensare integralmente le spese legali sostenute da ciascuna parte;
- per porre a carico della Banca un terzo delle spese (già a suo tempo quantificate e liquidate con ordinanza collegiale del 31 gennaio 2013, alle quali si devono aggiungere le spese di viaggio e soggiorno per l'espletamento dell'incarico del prof. Carlo Ibba, che si quantificano forfetariamente in euro 1000,00, oltre accessori come per legge) per il funzionamento della procedura arbitrale, compensando tra le Parti i restanti due terzi, ma fermo restando il vincolo reciproco di solidarietà tra le Parti per il pagamento della parte ancora dovuta.

P.Q.M

il Collegio arbitrale, definitivamente pronunciandosi e statuendo in risposta a tutti i quesiti formulati dalle parti e dichiarando assorbita o respinta ogni altra domanda ed eccezione, così provvede:

I. accoglie la domanda subordinata della Fondazione N

relativa alla sopravvenuta mancanza di causa concreta
e per l'effetto

I.1. dichiara risolto, a far data dal 19 maggio 2006, il rapporto sorto con la conclusione *inter partes* del contratto quadro e del contratto specifico di *interest rate swap* di cui alla motivazione,

I.2. condanna la Banca M s.p.a. a restituire alla
Fondazione N le somme addebitate alla

stessa Fondazione, sempre a far data dal 19 maggio 2006 a oggi, in esecuzione dei contratti quadro e specifico di *interest rate swap* di cui alla motivazione,

I.3. condanna la Banca M s.p.a. al pagamento alla Fondazione N degli interessi legali maturati sulle somme di cui al precedente punto I.2. dal 5 settembre 2011 alla data dell'effettivo soddisfacimento e quindi alla data della restituzione di dette somme mediante accredito o pagamento;

II. sempre per effetto della dichiarazione di risoluzione di cui al precedente I.1, accoglie la domanda subordinata della M

s.p.a. e per l'effetto condanna la Fondazione N

a restituire alla Banca stessa tutti i differenziali attivi eventualmente percepiti dal 19 maggio 2006 a oggi in esecuzione dei contratti quadro e specifico di *interest rate swap* di cui alla motivazione;

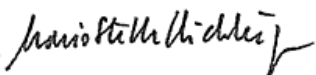
III. compensa le spese e degli onorari di difesa di ciascuna delle due Parti;

IV. compensa per i due terzi le spese di funzionamento del Collegio arbitrale, ivi compresi gli onorari degli arbitri e il compenso del segretario, così come già liquidate con ordinanza collegiale del 31 gennaio 2013 oltre alle spese di viaggio e soggiorno sostenute per l'espletamento dell'incarico dall'arbitro prof. Carlo Ibba, quantificate in euro 1000,00= (mille) oltre accessori come per legge, e pone il restante terzo a carico della Banca M s.p.a., sempre fermo il vincolo della solidarietà di entrambe le Parti;

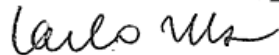
IV. ordina e manda al suo Segretario di notificare un originale del presente lodo a ciascuna parte presso il domicilio eletto, nei modi e nei termini previsti dall'art. 825 cod. proc. civ.

Così deciso all'unanimità dagli Arbitri, riuniti in conferenza personale e plenaria nella camera di consiglio del 17 settembre 2013.

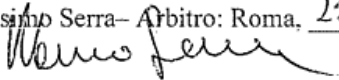
Il lodo viene sottoscritto in triplice originale nei luoghi e nelle date appresso indicate.

prof. avv. Mario Stella Richter – Presidente: Roma, 28 novembre 2013, 

prof. avv. Carlo Ibba – Arbitro: Oristano, 18 novembre 2013,



avv. Massimo Serra – Arbitro: Roma, 25 novembre 2013,



avv. Sara Piccoli – Segretario: Roma, 28 novembre 2013,

