

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**LA CORTE DI APPELLO DI CATANZARO**

- TERZA SEZIONE CIVILE -

Riunita in camera di consiglio e composta dai sigg.ri Magistrati:

- |                                  |                        |
|----------------------------------|------------------------|
| <b>1. DOTT. RITA MAJORE</b>      | <b>PRESIDENTE REL.</b> |
| <b>2. DOTT. FRANCESCA ROMANO</b> | <b>CONSIGLIERE</b>     |
| <b>3. DOTT. TERESA BARILLARI</b> | <b>CONSIGLIERE</b>     |

ha pronunciato la seguente

**S E N T E N Z A**

Nella causa civile iscritta al n. 1222 del Ruolo Generale Contenzioso dell'anno  
2014 vertente

**TRA**

XXXXXXXXXXXX, in persona del suo legale rappresentante pro tempore,  
rappresentato difeso, giusta procura in calce all'atto di appello, dall'avv.

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

= *APPELLANTE* =

**E**



XXXXXXXXXX S.R.L., in persona del suo legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa, giusta procura a margine della comparsa di risposta, dall'avv. Francesco XXXXXXXXXXXX.

= APPELLATA =

All'udienza dell'11 settembre 2018, i procuratori delle parti precisavano le conclusioni riportandosi a quelle rassegnate nei rispettivi scritti difensivi e che qui di seguito si trascrivono:

Per l'appellante: "1) accogliere il presente appello, e per l'effetto annullare e/o revocare e/o modificare e/o dichiarare nulla e/o inefficace la sentenza impugnata. 2) - Dichiarare inammissibili in rito, infondate nel merito e, comunque, rigettare le avverse domande. 3) In via subordinata, accertare che nulla è dovuto dall'appellante alla XXXXXXXXXXXX S.r.l. 4)

Condannare la XXXXXXXXXXXX S.r.l., in persona del legale rappresentante pro-tempore al pagamento delle spese, diritti ed onorari de doppio grado di giudizio".

Per l'appellata: "Si chiede che l'Ecc.ma Corte d'appello di Catanzaro voglia:

1.- Rigettare l'appello proposto perché inammissibile, improcedibile ed infondato nel merito; 2.- Confermare la sentenza appellata e condannare l'appellante alle ulteriori spese del presente grado di giudizio"

**SVOLGIMENTO DEL PROCESSO**



La impugnata sentenza così esponeva i fatti e la vicenda processuale: <<Con atto di citazione notificato in data 30.10.2009 XXXXXXXXXXXX srl conveniva in giudizio dinanzi all'intestato Tribunale il XXXXXXXXXXXX spa esponendo:

- che in data 3.5.2005 aveva stipulato un contratto di Interest Rate Swap ( I.R.S. ) con l'Istituto XXXXXX-XXXXXXXXXX Filiale di Catanzaro per un importo di Euro 4.000.000,00;
- che in data 16.5.2005 aveva stipulato contratto di Interest Rate Swap con Banca XXXXXX Filiale di Catanzaro per un importo di Euro 2.000.000,00;
- che nel corso degli anni detti contratti erano stati modificati e/o rinnovati;
- che a seguito della fusione tra i due Istituti di credito, la gestione dei contratti era stata assunta dal XXXXXXXXXXXX Filiale di Catanzaro;
- che all'atto della sottoscrizione dei contratti di I.R.S., parte attrice, nella persona del Presidente del Consiglio di Amministrazione della società, Sig. XXXXXXXX, non era stata resa edotta del reale contenuto dei medesimi, essendo stati prospettati dagli istituti contraenti quale forma di "assicurazione sugli interessi di mutuo" in relazione ad un mutuo fondiario a tasso variabile che la XXXXXXXXXXXX srl aveva in precedenza stipulato con la convenuta banca;
- eccepiva ancora di non aver mai ricevuto copia dei contratti IRS stipulati;
- che solo nel 2009, rilevata la presenza di notevoli addebiti sul conto corrente bancario intrattenuto presso il XXXXXXXXXXXX spa e ricevuta copia di un



rendiconto di derivati OTC ( *Over The Counter* ) chiedeva copia dei contratti in parola;

- che i contratti di IRS risultano sottoscritti da un rappresentante della Società attrice privo di poteri di sottoscrizione, mancando il conferimento da parte del CdA come da Statuto sociale della XXXXXXXXXXXX srl;

- che il legale rappresentante e la società attrice non avevano alcuna esperienza in materia di prodotti finanziari, né potevano essere ritenuti “operatori finanziari qualificati”, né tampoco l’attrice ha per oggetto sociale la possibilità di effettuare operazioni di trasferimenti finanziari derivati;

- che in ogni caso il contratto proposto dalla Banca non è stato stipulato da un funzionario iscritto nell’elenco dei promotori finanziari;

- che le richieste dell’attrice di risoluzione dei contratti in essere e definizione bonaria della questione non avevano sortito alcun esito.

Concludeva chiedendo:

1. accertarsi e dichiararsi la nullità dei contratti di Interest Rate Swap N. 605260004 e 000052303 in quanto sottoscritti da persona priva di autorità di firma;
2. annullare le operazioni IRS in quanto affette da errore essenziale in relazione alla natura e l’oggetto dei contratti medesimi e per l’effetto condannare la convenuta Banca alla restituzione delle somme addebitate sul c/c 213/1000/6850 intestato all’attrice, gravante di interessi;



3. accertare e dichiarare che in conseguenza dei contratti IRS stipulati parte attrice ha subito ingenti danni e, conseguentemente condannare la convenuta a risarcire il danno patito quantificato in Euro 100.000,00 ovvero nella maggiore o minore somma ritenuta di giustizia;
4. vittoria di spese.

Si costituiva in giudizio il XXXXXXXXXXXX spa eccependo preliminarmente l'illegittimità della notifica per essere stata indirizzata presso la Filiale del XXXXXXXXXXXX di Catanzaro e non presso la sede legale, l'esistenza di una clausola compromissoria, sia pure limitata ad uno dei due contratti, la cessazione della materia del contendere in quanto i contratti in parola erano stati risolti anticipatamente per volontà dell'attrice. Concludeva chiedendo rigettarsi la domanda attorea in quanto inammissibile e comunque infondata in rito.

In via riconvenzionale accertarsi e dichiararsi che l'attrice ha violato i principi di correttezza e buona fede contrattuale con conseguente condanna al risarcimento dei danni subiti dalla convenuta da liquidarsi in via equitativa.

Instauratosi il contraddittorio, all'udienza di prima comparizione, parte attrice chiedeva ai sensi dell'art. 700 c.pc. la sospensione degli addebiti degli interessi relativi ai contratti in essere.

Con ordinanza del 16-17 marzo 2010 il G.I., a scioglimento della riserva assunta sull'istanza cautelare formulata dall'attrice, rigettava il ricorso ritenuto



insussistente il requisito del *periculum in mora* per insufficiente enunciazione di pericolo concreto di danno essendosi limitato il ricorrente a prospettare genericamente, in via del tutto probabilistica e non supportata da elementi fattuali, un danno economico che avrebbe potuto mettere in difficoltà la gestione economica dell'azienda.

Avverso l'ordinanza del 16.17.3.2010 XXXXXXXXXXXX srl proponeva reclamo ex art. 669 *terdecies* c.p.c. instando per l'accoglimento della domanda cautelare. Con ordinanza del 22.7.2010 il Collegio rigettava il reclamo sul presupposto della inesistenza del *periculum in mora*.

Concessi i termini ex art. 183 comma 6 c.p.c., la causa veniva istruita mediante prove orali ( interpellò dei legali rappresentanti di entrambe le parti e prova testi ).

In corso di causa veniva disposta consulenza tecnica contabile affidata al Dr. XXXXXXXXXXXX che in data 9.5.2014 depositava l'elaborato peritale e, successivamente, convocato per l'udienza del 19.6.2014, depositava chiarimenti sulle osservazioni formulate dalla convenuta.

All'udienza del 18.7.2014 sulle conclusioni rassegnate dalle parti la causa viene discussa e decisa ai sensi dell'art. 281 *sexies* cp.c. come da dispositivo d cui viene data lettura in udienza ed allegato al verbale di causa>>.

Il Tribunale di Catanzaro, con sentenza del 18 luglio 2014, così provvedeva: “1) dichiara la nullità degli Accordi Quadro e dei contratti Interest Rate Swap n.



22440, 25932, 25934, 33319, 52309 e 61217 sottoscritti da parte attrice; 2) condanna la convenuta a pagare all'attrice a titolo di risarcimento danni la somma complessiva di € 364.556,00 da maggiorarsi di interessi al tasso legale da computarsi dal 30.10.2009 al soddisfo; 3) compensa per la metà le spese di lite e per l'effetto condanna la convenuta banca a rifondere a parte attrice le spese del presente giudizio che liquida, all'esito dell'avvenuta compensazione, in complessivi € 12.297,00 di cui quanto ad € 1.604,00 per spese generali, oltre accessori come per legge; 4) pone definitivamente a carico della banca convenuta le spese della CTU disposta in corso di causa, che liquida in complessivi € 17.100,00 oltre spese generali ed accessori come per legge.”

Avverso la predetta sentenza, proponeva appello, davanti a questa Corte, la XXXXXXXXX S.p.A., con atto di citazione notificato in data 21 ottobre 2014, lamentando che:

1) erroneamente il Tribunale aveva ritenuto infondata l'eccezione di incompetenza del giudice adito per la sussistenza tra le parti di una clausola compromissoria, dal momento che la clausola prevista nell'art. 18 del contratto per la disciplina dei derivati finanziari sottoscritto con la XXXXXXXXXXXX S.p.A. prevedeva chiaramente che “ogni disputa, contestazione o controversia fra le parti comunque derivante dal presente Accordo e/o da ciascun Contratto, anche relative alla validità di Accordo e Contratti, verrà deferita ad un collegio di 3 Arbitri il quale risolverà in via rituale, giudicando secondo diritto italiano



*e procedendo ai sensi degli articoli 816 segg. Cod. proc. Civ.*”: la clausola in esame, diversamente dal primo giudice, non poneva alcuna limitazione riferendosi anche a ciascun contratto derivante dallo stesso; conseguiva anche che irrilevante era l’eccezione sollevata sul punto da controparte, secondo cui la suddetta clausola era inoperante avendo, nella specie, controparte avanzato una domanda di nullità dei contratti, attesa la portata omnicomprensiva della citata clausola;

2) il Tribunale non aveva motivato in merito alla eccezione relativa alla cessazione della materia del contendere circa le operazioni impugnate: alcune delle operazioni concluse sulla base degli contratti cd. quadro, infatti, erano state risolte per mutuo consenso anticipatamente, e quindi prima dell’inizio del giudizio, come provato dagli atti estintivi prodotti in giudizio, con conseguente inammissibilità delle domande azionate da controparte nei confronti di tali contratti; i movimenti contabili effettuati in base ai contratti di *swap* in questione, non avevano natura di indebito trovando causa nei suddetti rapporti esauriti e di cui non si poteva più parlare; non poteva neanche sostenersi, come assunto dalla controparte, che vi fosse un collegamento negoziale tra tutti i contratti compreso quello ancora in corso, come se si trattasse di un unico rapporto. Tale collegamento, infatti, non esisteva, trattandosi di distinte ed autonome operazioni finanziarie, “chiuse e riaperte com’è d’uso in questi casi, collegate unicamente dalla successione temporale”; del resto, nei suddetti





contratti di disinvestimento, sottoscritti da entrambi i contraenti, era espressamente riportato: *“si da atto che, a seguito della medesima, è definito ogni rapporto di dare ed avere tra le nostre società in dipendenza del contratto con la presente risolto, in ordine al quale le società stesse si danno reciprocamente atto di null’altro avere a pretendere”*; conseguentemente la quantificazione della somma accertata dal primo giudice avrebbe dovuto subire una forte riduzione; infatti una parte consistente dell’importo complessivo (€ 364.566,00) a cui era stata condannata la banca era costituita dalla somma dei differenziali negativi e da quelli che, impropriamente, erano stati definiti quali “costi impliciti” derivati dai contratti risolti consensualmente dalle parti prima dell’inizio del giudizio (€ 189.693,00), e tali somme non potevano più essere restituite a controparte, avendo le parti tra loro definito ogni questione relativa a questi rapporti, mediante transazione;

3) il primo giudice aveva erroneamente interpretato il valore giuridico della dichiarazione di operatore qualificato concludendo per la insussistenza nella specie di tale qualifica, in quanto: - la società appellata, prima di porre in essere le operazioni in questione, si era dichiarata operatrice qualificata, a mezzo del proprio legale rappresentante per ben due volte, avendo sottoscritto la dichiarazione riguardante la natura di operatore qualificato ai sensi dell’art. 31 del Regolamento Consob; - in forza di tali dichiarazioni non erano necessarie le consuete cautele, non applicandosi, ai sensi dell’art. 31 del regolamento



CONSOB n. 11522/1998 le disposizioni sul conflitto di interessi (art. 27 T.U.I.F.), sulle informazioni che devono essere rese al cliente (art. 28 T.U.I.F.) e sulle operazioni non adeguate (art. 29 T.U.I.F.); - quindi in presenza di dichiarazione scritta attestante il possesso di competenza ed esperienza in materia di operazioni in strumenti finanziari, la banca doveva impostare i suoi rapporti con l'investitore in termini diversi rispetto ai rapporti con gli investitori non qualificati; - tale dichiarazione, pur non assumendo valore confessorio, esonerava il XXXXXXXXXXXX S.p.A. dall'effettuare ulteriori verifiche sull'effettivo possesso delle specifiche competenze del cliente (come, peraltro, ribadito dalla stessa sentenza impugnata) e da ciò derivava, quindi, che nel momento in cui il cliente lamentava l'esistenza di una discordanza tra la situazione reale e contenuto della dichiarazione, era su di lui che incombeva il relativo onere probatorio; - nella specie, dall'istruttoria espletata in giudizio, non era "emersa alcuna circostanza specifica da cui desumere che la società fosse priva di conoscenze ed esperienze necessarie per essere considerata come operatore qualificato", anzi dalla espletata prova testimoniale era emerso il contrario di quanto sostenuto dal primo giudice, avendo il teste XXXXXXXXXXXXXXXX, gestore del rapporto con la XXXXXXXXXXXX S.r.l., contrariamente a quanto evidenziato dal Tribunale, non solo affermato che la sottoscrizione dei contratti in derivati impugnati è avvenuta "*previa illustrazione dei rischi da parte dello specialista dei prodotti in derivati*", ma anche precisato che lo



specialista “ha illustrato due volte in mia presenza i contratti derivati e poi la sottoscrizione degli stessi è avvenuta in mia presenza essendo io il gestore dei rapporti tra la Banca XXXXXX XXXXe XXXXXXXXXXXX”; - in ogni caso, diversamente da quanto statuito dalla sentenza impugnata, l’appellante, aveva verificato, comunque, la consapevolezza del cliente per la sottoscrizione di contratti derivati, avendo documentalmente provato che XXXXXX, legale rappresentante della XXXXXXXXXXXX S.r.l., al momento della sottoscrizione del c.d. contratto quadro sui derivati, aveva compilato un questionario al fine di far conoscere la propensione al rischio e gli obiettivi di investimento della XXXXXXXXXXXX S.r.l., ai sensi dell’art. 21 d.lgs. n. 58/1998, ed in tale occasione il legale rappresentante dell’appellata aveva espressamente riconosciuto “l’esistenza ed il funzionamento degli strumenti finanziari derivati di copertura per la gestione del rischio di tasso/cambio” e dichiarato di avere una propensione al rischio “alta”, con un obiettivo di investimento “alto rischio con possibilità di elevato rendimento”; - gli artt. 21 del d.lgs. del 1998, n. 58 e 27 e 28 del regolamento Consob n. 11522 del 1998 potevano ritenersi esattamente adempiuti nel momento in cui l’intermediario finanziario aveva fatto sottoscrivere al proprio cliente i moduli prescritti dalla normativa primaria e secondaria regolamentare; 4) irrilevante era poi il fatto secondo cui i contratti derivati sarebbero stati fatti sottoscrivere da personale non iscritto all’albo dei promotori: invero, nel caso in esame, i contratti erano stati sottoscritti nei locali della filiale e quindi non era



necessario che i gestori fossero iscritti nell'albo dei promotori finanziari, tanto tenuto conto delle previsioni normative (all'art. 5 l. n. 1 del 1991, poi dall'art. 23 d.lg. n. 415 del 1996 e quindi dall'art. 31 d.lg. n. 58 del 1998) che definivano promotore finanziario colui che esercita professionalmente, "in qualità di dipendente, agente o mandatario", l'attività di offerta fuori sede di servizi finanziari; per cui non essendoci stata, nella specie, un'attività finanziaria fuori sede, non assumeva rilievo la qualità di promotori finanziari dei gestori che avevano materialmente fatto sottoscrivere alla società appellata i contratti impugnati;

5) erronea era la sentenza anche nella parte in cui aveva ritenuto fondata l'eccezione della carenza di poteri in capo a XXXXXXXXXXXX, avendo reso sul punto una motivazione in evidente contrasto con lo Statuto della società; la lettera dello statuto, era chiarissima: da un lato, prevedeva la possibilità che il legale rappresentante potesse concludere, in nome della società, atti di ordinaria e straordinaria amministrazione e, dall'altro, la possibilità di compiere operazioni finanziarie strumentali al raggiungimento dell'oggetto sociale; non si capiva, pertanto, perché solo per i contratti derivati, che peraltro non erano atti di straordinaria amministrazione, lo statuto avrebbe dovuto espressamente specificare l'attribuzione dei poteri per la sua sottoscrizione; - in ogni caso, il primo giudice non aveva considerato che, nella specie, avrebbe dovuto trovare applicazione il principio dell'apparenza del diritto e dell'affidamento



incolpevole del terzo (nella fattispecie, la banca) e che i contratti derivati, pur se in ipotesi fossero stati conclusi dal rappresentante senza poteri, sarebbero stati comunque ratificati dal comportamento concludente della società;

6) non era da condividere la sentenza nella parte in cui aveva concluso per la natura speculativa dei contratti derivati, in quanto si basava su una consulenza tecnica di ufficio caratterizzata da un errore metodologico che ne aveva condizionato i risultati: - non si era mai affermato che i contratti erano “collegati” esclusivamente al contratto di mutuo sottoscritto con il XXXXXXXXXXXX o solo a finanziamenti a medio/lungo termine e che tali contratti avevano una funzione “assicurativa”; - si trattava di contratti a prestazioni corrispettive, ma aleatori, dal momento che il rapporto fra l’entità del vantaggio e l’entità del rischio, al quale ciascuna parte si espone, non era noto, né certo, e, quindi, non valutabile al momento della stipulazione; - del resto che si trattava di un contratto aleatorio era confermato dallo stesso contratto quadro “Easy Derivati”, sottoscritto dal cliente in data 16.5.2006, che all’art. 7 espressamente riconosceva che: *“Le parti si danno reciprocamente atto ad ogni e qualsiasi effetto della natura aleatoria del Contratto”*; - il teste Giuseppe XXXXXXXX aveva riferito: *“Il contratto di derivati non ha natura assicurativa, ma la funzione di garantire le oscillazioni del tasso”*, aggiungendo, poi, che *“il contratto di mutuo e quello di derivato non necessariamente devono essere stipulati contestualmente”*, confermando quindi che si trattava di uno strumento



finanziario che si rivolgeva all'intera esposizione debitoria dell'appellata, svincolato dal contratto di mutuo stipulato in data 29.8.2003; - tenendo conto di tali caratteristiche, il nozionale, diversamente da quanto ritenuto dal consulente tecnico di ufficio, andava rapportato all'intera esposizione debitoria, anche a quella a breve termine; - era evidente, quindi, l'errore di metodo del CTU.: se il CTU avesse considerato l'intera esposizione debitoria della società (compresi i finanziamenti a breve termine) ed il nozionale dello stesso, vi sarebbe stata corrispondenza tra i due importi; - erroneamente il Tribunale aveva ritenuto che i derivati avrebbero avuto la funzione di garantire esclusivamente la banca dal rischio di perdita in caso di scesa dei tassi, in quanto contraddetto dalla stessa consulenza di ufficio, che aveva dato atto che i derivati stessi avevano prodotto anche flussi positivi a favore del cliente, e tanto provava "l'esistenza della corrispettività nell'assunzione del rischio";

7) il primo giudice aveva erroneamente quantificato le perdite effettivamente subite dalla XXXXXXXXXXXX S.r.l.: infatti, la banca, in data 3.3.2010, dopo la notifica dell'atto di citazione, in via cautelativa, non aveva più addebitato alla XXXXXXXXXXXX S.r.l. i differenziali negativi maturati, appostandoli su un conto transitorio creato *ad hoc* ed il consulente nella sua relazione aveva dato atto di tale circostanza e, nel quantificare le perdite subite dalla cliente, aveva calcolato solo le spese ed i costi effettivamente addebitati; interpretando erroneamente le conclusioni a cui era giunta la consulenza di ufficio, la sentenza aveva sommato



ai flussi di cassa negativi (€ 122.917,00) - somma effettivamente addebitata sul conto corrente dell'appellata - anche i c.d. "costi impliciti" (€ 66.776,00) ed il *fair market value* (pari ad € 174.873,00) del derivato 52309 (quello ancora in essere): importi che, in realtà, non erano stati mai addebitati alla controparte; tali ultimi valori rappresentavano, infatti, costi "virtuali", mai pagati dall'appellata; il Tribunale, in maniera erronea, aveva sommato all'importo effettivamente addebitata sul conto corrente, anche quello relativo ai "costi impliciti" - che lo stesso consulente, nel rispondere alle osservazione di controparte, aveva affermato che non andava considerato nel calcolo complessivo delle perdite subite dall'appellata - ed al *fair market value*, che lo stesso consulente aveva indicato come costo virtuale, in quanto mai addebitato;

8) il Tribunale aveva erroneamente dichiarato la nullità dei contratti, dal momento che nessuno dei comportamenti censurati dalla sentenza dava luogo ad una dichiarazione di nullità, in quanto: - dal mancato assolvimento degli obblighi di informazione, da parte della banca, della normativa in materia di intermediazione finanziaria, non poteva derivare la sanzione della nullità dei contratti stipulati, ma solo una risoluzione contrattuale per inadempimento, azione peraltro non esercitata da controparte nel precedente grado di giudizio; - non dava luogo a nullità la sottoscrizione del contratto da parte del *falsus procurator*, XXXXXXXXXX, ma solo ad inefficacia non rilevabile d'ufficio; - non dava luogo a nullità dei contratti la ritenuta natura speculativa dei derivati



sottoscritti dall'appellata, ma solo all'annullamento dello stesso versandosi in ipotesi di vendita di aliud pro alio, come riconosciuto nell'impugnata sentenza;

- risultava, quindi, evidente che nessuna delle contestazioni ritenute (erroneamente) fondate dal Tribunale, avrebbe potuto dar luogo a nullità dei contratti in derivati, con conseguente vizio di ultrapetizione della sentenza;

9) la sentenza non era da condividere neanche in punto di condanna alle spese: avendo rigettato diverse azioni avanzate dall'odierna appellata, in virtù del principio della soccombenza, il Tribunale avrebbe dovuto, quantomeno, compensare integralmente tra le parti le spese di giudizio; in ogni caso, eccessiva era anche la relativa liquidazione; la stessa cosa valeva per le spese di consulenza tecnica.

Rassegnava quindi le conclusioni sopra trascritte, previa istanza di sospensione dell'efficacia esecutiva dell'impugnata sentenza.

La Corte, con ordinanza del 15-17 dicembre 2014, confermava il provvedimento di parziale sospensione dell'efficacia esecutiva della sentenza, emesso dal Presidente limitatamente all'importo superiore ad euro 155.471,99.

Alla prima udienza di comparizione delle parti, si costituiva in giudizio la XXXXXXXXXXXX S.r.l., la quale resisteva al proposto gravame, chiedendone il rigetto.

La Corte, con ordinanza del 21 maggio 2015, rigettava la richiesta di rinnovazione della consulenza tecnica.





Quindi, all'udienza dell'11 settembre 2018, la causa, sulle conclusioni sopra trascritte, veniva assegnata a sentenza.

### MOTIVI DELLA DECISIONE

Il primo motivo di gravame è infondato.

Va, innanzitutto, premesso che le parti hanno stipulato due Accordi Quadro, in data 3 maggio 2005 e in data 16 maggio 2016, e che solo il primo contiene, all'art. 18, la clausola compromissoria.

Quindi, va già rilevato che l'eccezione non riguarderebbe, comunque, il contratto derivato n. 61217 stipulato in base al secondo Accordo

Quadro ( v. pag. 16 della consulenza tecnica di ufficio a firma del dott. XXXXXXXXXXXXX ).

La clausola in esame prevede testualmente: *<<Ogni disputa, contestazione o controversia fra le parti comunque derivante dal presente Accordo e/o da ciascun Contratto, anche relative alla validità di Accordo e Contratti, verrà deferita ad un collegio di 3 Arbitri il quale la risolverà in via rituale, giudicando secondo diritto italiano e procedendo ai sensi degli articoli 816 segg. Cod. proc. Civ.>>*.

Il primo giudice ha ritenuto che tale clausola debba essere interpretata in senso restrittivo e che conseguentemente le questioni poste a base della domanda, quali la nullità dei contratti derivati e la domanda di risarcimento danni, la



inefficacia della dichiarazione autoreferenziale e la violazione degli obblighi informativi, restino estranee alla deroga della competenza.

Premesso che la sentenza non è stata impugnata nella parte in cui ha incluso nell'oggetto della declaratoria di nullità anche gli Accordi Quadro ( infatti ha dichiarato la nullità anche di tali contratti ), è avviso di questa Corte che la decisione sul punto di competenza, debba essere confermata con diversa motivazione.

In primo luogo, si condivide il richiamo al principio giurisprudenziale secondo cui, poiché il deferimento di una controversia al giudizio degli arbitri comporta una deroga alla giurisdizione ordinaria, in caso di dubbio in ordine all'interpretazione della portata della clausola compromissoria, deve preferirsi un'interpretazione restrittiva di essa e affermativa della giurisdizione statale, riconoscendosi non rientrare la domanda in contestazione nell'ambito della materia rimessa agli arbitri ( v., tra le altre, Cass. 18 gennaio 2017, n. 1213; Cass. 4 giugno 2003, n. 8910 ).

E però, l'interpretazione restrittiva della clausola in esame porta a ritenere che la presente controversia rientri in quella appartenente alla competenza del giudice ordinario per il diverso fatto che non pare che la competenza arbitrale sia stata stabilita dalle parti in via esclusiva rispetto a quella del giudice ordinario, non contenendo alcuna formula che possa far propendere in tale senso.



Anzi, l'espressione, <<La parte che intende promuovere il giudizio arbitrale>>, presente all'inizio del secondo comma dell'articolo 18, depone chiaramente per una tale interpretazione, atteso che in essa è implicita la possibilità che la parte possa alternativamente rivolgersi al giudice ordinario.

Inoltre, rileva la Corte che, in ogni caso, la clausola in questione, deve ritenersi priva di validità, in quanto non specificatamente approvata per iscritto.

E' evidente, innanzitutto, che l'Accordo Quadro è stato concluso mediante modulo predisposto unilateralmente dalla Banca, destinato a regolare una serie indefinita di rapporti ( del resto la circostanza è, sostanzialmente riconosciuta dalla medesima appellante, avendo prodotto in atti a sostegno del motivo in esame due ordinanze di altro giudice che hanno verificato preliminarmente la validità della clausola compromissoria, ex artt. 1341 e 1342 cod.civ. ).

Ciò posto, la clausola compromissoria in esame non risulta specificamente approvata per iscritto, con la conseguenza che la stessa deve ritenersi priva di effetto, ai sensi dell'art. 1341, secondo comma, cod.proc.civ. .

Invero, non è idonea a tal fine la sottoscrizione dell'Accordo in ciascuna delle pagine che lo compongono, dal momento che, ai fini del rispetto del requisito della specifica approvazione per iscritto, la clausola deve essere sottoscritta in maniera specifica e separata dalle altre.

Infatti, è stato statuito che la specifica approvazione per iscritto delle clausole vessatorie deve essere separata ed autonoma rispetto a quella delle altre, in



quanto solo in questo modo viene adeguatamente richiamata l'attenzione del contraente debole ( Cass. 10 marzo 2015, n. 4718 ); ed ancora, che “l'esigenza di specificità e separatezza imposta dall'articolo 1341 del Cc non può ritenersi soddisfatta mediante il richiamo cumulativo numerico e la distinta sottoscrizione di gran parte delle condizioni generali di contratto, effettuato con modalità tali da rendere difficoltosa la selezione e la conoscenza di quelle a contenuto vessatorio, in quanto la norma richiede non solo la sottoscrizione separata ma anche la scelta di una tecnica redazionale idonea a suscitare l'attenzione del sottoscrittore sul significato delle clausole specificamente approvate” ( Cass. 31 ottobre 2016, n. 22026 ).

Ed è stato ritenuto che “Il richiamo in blocco di tutte le condizioni generali di contratto o di gran parte di esse, comprese quelle prive di carattere vessatorio, e la sottoscrizione indiscriminata delle stesse, sia pure apposta sotto la loro elencazione secondo il numero d'ordine, non determina la validità ed efficacia, ai sensi dell'art. 1341, secondo comma,c.c., di quelle onerose, non potendosi ritenere che in tal caso sia garantita l'attenzione del contraente debole verso la clausola a lui sfavorevole compresa fra quelle richiamate” ( Cass. 13 novembre 2014, n. 24193 ).

Va poi evidenziato che la mancanza della specifica approvazione per iscritto di una clausola compromissoria, richiesta dall'art. 1341, comma 2, cod.civ., determina la nullità assoluta della clausola stessa, che in quanto tale è rilevabile



d'ufficio ( Cass. 15 febbraio 1995, n. 1606 ), anche dal giudice del gravame ( Cass. 19 luglio 2018, n. 19251; Cass., Sez. Un., 4 novembre 2004, n. 21095 ).

Va ora esaminato, preliminarmente, il terzo motivo di gravame.

Risulta dagli atti che, in occasione dal primo contratto quadro del 3 maggio 2005, la XXXXXXXXXXXX, ha reso la dichiarazione ex art. 31, secondo comma, della Deliberazione CONSOB 1 luglio 1998, n. 11522, affermando di *“essere in possesso di una specifica competenza ed esperienza in materia di strumenti finanziari e quindi di essere Operatore Qualificato”* e specificando che tale dichiarazione *“è già stata resa ... nelle forme previste dalle vigenti disposizioni Consob, con atto a parte”* ( v. art. 2 dell'Accordo ).

In tale atto a parte, intitolato **<<Dichiarazione rilasciata ai sensi dell'art. 31, 2° comma, del regolamento Consob n. 11522/98 – Operatori qualificati – persone giuridiche>>** ( v. allegato n. 4 del fascicolo di primo grado dell'appellante ), si legge *<<Il sottoscritto XXXXXXXXXXXX, in qualità di legale rappresentante della Società XXXXXXXXXXXX srl dichiara di possedere ai sensi dell'art. 31, 2° comma del regolamento Consob n. 11522/98 una specifica competenza ed esperienza in materia di operazioni in strumenti finanziari, e conseguentemente richiede di essere considerato “operatore qualificato” ai sensi della normativa vigente. Nel contempo dichiara di aver ricevuto avvertenza dalla Banca e di essere consapevole che l'operatività posta in essere in qualità di “operatore qualificato” ... è soggetto ad un minor grado di*



*tutela rispetto all'operatività posta in essere da soggetti non operatori qualificati, non applicandosi per espressa esenzione normativa, alcune norme previste dal medesimo Regolamento Consob>>.*

Segue poi l'indicazione espressa di tali norme, tra cui l'art. 28, primo, secondo e terzo comma, e l'art. 29.

In occasione della stipula del secondo accordo del 16 maggio 2006, all'art. 2, il cliente ha dichiarato <<di possedere una specifica competenza ed esperienza in materia di operazioni in strumenti finanziari e come tale di rientrare nella categoria degli operatori qualificati di cui all'art. 31 della Delibera Consob n. 11522/1998 e successive modifiche ed integrazioni>> e <<di essere perfettamente edotto della natura e dell'entità dei rischi derivanti dalla stipulazione dei contratti derivati su tassi di interesse e di possedere gli elementi di valutazione e la competenza tecnica necessari per apprezzare l'idoneità e la portata dei contratti medesimi che stipulerà ai sensi del presente contratto-quadro ...>>.

In pari data, la XXXXXXXXXXXX ha compilato il modulo relativo alle <<**Informazioni ai sensi della Delibera Consob n. 11522 del 1° luglio 1998 e successive modificazioni ed integrazioni**>>, in particolare dichiarando, tra l'altro, di possedere un propensione al rischio <<alta>>, di avere un obiettivo di investimento ad <<alto rischio>> e di conoscere <<l'esistenza ed il funzionamento degli strumenti finanziari derivati di copertura per la gestione



*del rischio di tasso/cambio>>, nonché altra dichiarazione, intitolata <<Operazioni in strumenti finanziari derivati – Dichiarazione del Cliente ai sensi dell'art. 31 della Delibera CONSOB n. 11522/1988>>, in cui si legge: <<dichiara che l'Ente/Società è dotato di adeguata struttura organizzativa e il personale addetto alla gestione degli strumenti finanziari derivati è in possesso di adeguata qualificazione professionale, competenze ed esperienza per la valutazione di ogni e qualsiasi rischio connesso all'operatività degli strumenti finanziari suindicati; l'organizzazione contabile e finanziaria dell'Ente/Società consente di valorizzare, con adeguata frequenza, direttamente o tramite l'utilizzo di servizi di terzi, la posizione degli strumenti finanziari in oggetto e di mantenere un costante aggiornamento del relativo rischio economico; L'Ente/Società opera correntemente negli strumenti finanziari derivati; l'esecuzione delle operazioni in oggetto è stata autorizzata dai competenti organi dell'Ente/Società.*

*In considerazione di tutto quanto esposto, il sottoscritto, nella sua qualità come sopra specificata, dichiara che lo scrivente Ente/Società è in possesso di specifica competenza ed esperienza in materia di operazioni in strumenti finanziari derivati, e ciò per gli effetti dell'art. 31, secondo comma, della delibera CONSOB n. 11522/1998 e successive modifiche ed integrazioni>>.*

Cui fa seguito la seguente <<Avvertenza>> della Banca: <<Con riferimento alla dichiarazione resa in data 16.05.2006 dal Signor  
XXXXXXXXXX, quale



*legale rappresentante di ... XXXXXXXXXXXX ... la scrivente Banca rende avvertenza a codesto Ente/Società, quale operatore qualificato che, ai sensi dell'art. 31 della Delibera CONSOB n. 11522/1998 ... la tutela accordata dalla normativa agli operatori qualificati è minore rispetto a quella riservata agli altri investitori: non trovano infatti applicazione, a titolo esemplificativo, le norme che impongono agli intermediari l'obbligo di comunicare ai clienti le operazioni in conflitto di interessi e le operazioni non adeguate ovvero le norme che impongono altri obblighi di comunicazione e di documentazione relativamente ai servizi prestati>>.*

Orbene, la Suprema Corte di Cassazione ha statuito, in tema di intermediazione finanziaria, che “l’espressa dichiarazione scritta con la quale il legale rappresentante di una società affermi che quest’ultima è in possesso di una specifica competenza ed esperienza in materia di operazioni in valori mobiliari, è sufficiente, nella vigenza del regolamento Consob n. 11522 del 1998 (applicabile, “ratione temporis”, nel caso di specie), ad esonerare l’intermediario dall’obbligo di ulteriori verifiche, in mancanza di elementi contrari desumibili dalla documentazione già in suo possesso. L’esistenza dell’autodichiarazione integra quindi la prova presuntiva semplice della qualità di operatore qualificato in capo alla società investitrice, sulla quale grava pertanto l’onere di provare l’esistenza di elementi dai quali desumere l’assenza





delle necessarie competenze in materia di negoziazione di strumenti finanziari”

( Cass. 4 aprile 2018, n. 8343 ).

Ora, evidenziato che nella specie trova applicazione il regolamento Consob n. 11522 del 1998 ( e non quello del 29 ottobre 2007, n. 16190 ), la Suprema Corte ha premesso che l’art. 31, secondo comma, reg. Consob n. 11522 del 1998, individua come operatore qualificato *<<ogni società o persona giuridica in possesso di una specifica competenza ed esperienza in materia di operazioni in strumenti finanziari espressamente dichiarata per iscritto dal legale rappresentante>>* e che dal *<<rivestire tale qualifica discende l’inapplicabilità di numerose prescrizioni, come dispone l’art. 31, comma 1 citato regolamento, vale a dire la previsione della forma scritta D.Lgs. n. 58 del 1998, ex art. 23, la disciplina del conflitto di interessi (art. 27 reg. Consob), gli obblighi di informazione attiva e passiva (art. 28 reg. Consob), le previsioni in tema di operazioni inadeguate (art. 29 reg. Consob)>>*; che *<<la legge prevede dunque forme di tutela differenziata, sulla base della vigilanza regolamentare svolta dalla Consob, riconoscendo la necessità di graduare la tutela giuridica offerta alla clientela degli intermediari finanziari, in particolare nei casi in cui il cliente sia già, di per sè, in grado di riconoscere e valutare le caratteristiche e i rischi specifici dell’operazione>>*; che, in particolare, *<<Giova rimarcare ... la differenza di trattamento, nel vigore del reg. n. 11522 del 1998, delle persone giuridiche dalle persone fisiche, quanto alla qualità di operatore qualificato>>*;



che <<mentre, per le prime, la disposizione richiede una dichiarazione per scritto del cliente (c.d. autoreferenziale), per le persone fisiche l'accento è posto direttamente sul possesso delle effettive qualità, che vanno rese note ("documentino") all'intermediario, non rilevando la mera autodichiarazione>>; che, pertanto, <<è sufficiente, ai fini dell'appartenenza del soggetto alla categoria delle persone giuridiche aventi la veste di operatore qualificato, l'espressa dichiarazione scritta richiesta dal regolamento, la quale esonera l'intermediario dall'obbligo di ulteriori verifiche, in mancanza di elementi contrari emergenti dalla documentazione già in suo possesso, e permette al giudice ex art. 116 c.p.c. di ritenere sussistente detta qualità>>; che, quindi, la dichiarazione dell'investitore è <<sufficiente sia per esonerare l'intermediario dal compiere accertamenti ulteriori al riguardo, sia per ritenere provata in giudizio la qualità, anche come unica e sufficiente fonte di prova>>; che pertanto la dichiarazione autoreferenziale della investitrice, <<è sufficiente ad integrare la prova presuntiva semplice della qualità dell'investitore qualificato in capo alla persona giuridica: gravando, pertanto, sulla medesima l'onere di allegare e provare le circostanze specifiche, dalle quali emerga che l'intermediario conosceva, o avrebbe potuto conoscere con l'ordinaria diligenza, l'assenza di dette competenze ed esperienze pregresse, in contrario con quanto dichiarato per iscritto dal suo legale rappresentante>>.



Orbene, il primo giudice ha in proposito affermato <<a ben vedere la dichiarazione resa dal legale rappresentante della società, utilizzando la modulistica predisposta dalla Banca, non sta a significare che l'operatore fosse esperto in strumenti finanziari, bensì che fosse operatore competente in strumenti finanziari, cosa ben diversa dall'essere un esperto nello specifico settore dei contratti derivati, con la conseguenza che la particolare natura degli strumenti derivati e l'elevato grado di rischio al quale espongono l'investitore, con potenziali perdite illimitate del capitale investito, richiedono che l'aderente all'investimento abbia conoscenze tecniche per operare in un settore così altamente specialistico>>.

L'argomentazione, ad avviso di questa Corte deve essere condivisa.

Invero, tanto balza evidente analizzando le dichiarazioni ex art. 31, rese dalla XXXXXXXXXXXX in occasione della stipula dei due Accordi Quadro.

La dichiarazione relativa al primo Accordo, ed in base alla quale sono stati poi stipulati ben cinque contratti derivati, infatti, è riferita genericamente alla competenza ed esperienza in materia di “operazioni in strumenti finanziari”, diversamente da quella resa in occasione della stipula del secondo Accordo Quadro, in cui si menzionano espressamente e specificamente i “contratti derivati” e gli “strumenti finanziari derivati”.



Per cui, deve ritenersi, con il primo giudice, la necessità della specificazione in punto di dichiarazione ex art. 31, della competenza ed esperienza in materia di strumenti finanziari derivati.

E la mancanza di tale specificazione, nella prima dichiarazione, inficia, con ogni evidenza, la seconda, resa sulla contrattazione di derivati effettuata in base ad una prima inidonea dichiarazione.

Né a tal fine può valere la compilazione del modulo relativo alle *“Informazioni ai sensi della Delibera Consob n. 11522 del 1° luglio 1998 e successive modificazioni ed integrazioni”*, dal momento che, in ogni caso, in tale atto la società ha dichiarato, tra l’altro, di possedere un propensione al rischio *“alta”*, di avere un obiettivo di investimento ad *“alto rischio”*, ma non di avere un obiettivo di investimento *“speculativo”*, come poi, in concreto, è stato quello in esame, come si vedrà in seguito.

Anche a non voler condividere tali argomentazioni e considerare quindi valide le dichiarazioni in questione, le risultanze processuali depongono nel senso di ritenere che l’intermediario conosceva l’assenza di competenze ed esperienze pregresse in materia di operazioni in strumenti finanziari e di contratti derivati, in contrario con quanto dichiarato per iscritto dal suo legale rappresentante

La teste XXXXXXXXXXXX, consulente esterno della XXXXXXXXXXXX, ha dichiarato: *“Non mi risulta che il sig. XXXXXXXX abbia stipulato contratti di derivati con altri istituti di credito”*.



Il teste XXXXXX XXXXX ha sostenuto, per la Banca XXXXXX, *“che attraverso l’interpello CRI emergeva la sussistenza di linee di credito in favore della XXXXXXXXXXXX.*

Anche XXXXXXXXXXX, legale rappresentante della XXXXXXXXXXX, ha confermato ciò in sede di interrogatorio.

XXXXXX Giuseppe, rappresentante della convenuta Banca, in sede di interrogatorio formale, ha dichiarato: *“nulla so rispondere circa le conoscenze finanziarie di XXXXXX”.*

Orbene, la dimostrazione, attraverso la teste XXXXXXXXXXXXXXX, della mancata stipula di altri contratti derivati con altri istituto di credito, da parte del XXXXXX; la sostanziale ammissione da parte della rappresentante della Banca in sede di interrogatorio, di non sapere nulla in merito alle conoscenze finanziarie del XXXXXX e la genericità delle dichiarazioni rese dal teste XXXXXX XXXX e dalla XXXXXX, forniscono la prova che l’istituto di credito, al momento della sottoscrizione dei contratti in questione fosse a conoscenza dell’assenza di specifiche competenze ed esperienze pregresse, in materia di operazioni in strumenti finanziari e di contratti derivati da parte della XXXXXXXXXXXX.

E tale conclusione è avvalorata anche dal fatto che, come dichiarato espressamente dalla teste XXXXXXXXXXXXXXX, dal teste XXXXX e da XXXXX, in sede di interrogatorio, l’istituto di credito era a conoscenza dell’oggetto sociale della società, e quindi necessariamente dello Statuto della



società, e, conseguentemente, degli atti che la Società avrebbe potuto compiere per il conseguimento di tale oggetto, e tra essi non è specificamente compreso quello di stipulare contratti derivati, ed in particolare di natura speculativa, come quelli in esame, come si vedrà in seguito.

Inoltre, va tenuto presente che, a prescindere dalla natura o meno di “*operatore qualificato*” del XXXXXX, in qualità, e quindi della Società xxxxxxxxxxxx, la Banca era tenuta a rispettare, comunque, le previsioni di cui agli artt. 21 TUF e 26 del Regolamento CONSOB n. 11522/1998.

Infatti, la Suprema Corte ha statuito che “l’art. 21 TUF e l’art. 26 Reg. Consob n. 11522/1998 hanno portata imperativa e inderogabile anche in applicazione dei principi della direttiva 93/22/CEE, prescrivendo che gli intermediari si comportino con diligenza, correttezza e trasparenza nell’interesse dei clienti e dell’integrità del mercato” ( Cass. 31 luglio 2017, n. 19013 ), così argomentando: <<*In effetti, la norma dell’art. 21 TUF viene unanimemente ritenuta imperativa e inderogabile. Cfr., per tutte, la recente pronuncia di Cass., 23 maggio 2016, n. 10640.*

*Altrettanto indubitabile risulta, d’altro canto, l’estraneità della norma dell’art. 26 Reg. Consob n. 11522/1998 alla sottrazione di disciplina che la disposizione dell’art. 31, comma 1, dello stesso regolamento determina in relazione alla categoria degli “operatori qualificati”. Il riscontro è testuale (in quanto l’art. 26, non è indicato fra le disposizioni del regolamento “non applicabili” al*



*novero degli “investitori professionali”), come pure risulta confortato dalla giurisprudenza di questa Corte (cfr., tra le altre, Cass., 28 ottobre 2015, n. 21887). ...*

*Si tratta ... di disposizioni fondamentali che vengono a trasfondere i principi di fondo della Direttiva n. 93/22 CE, tra le altre cose prescrivendo che gli intermediari si comportino “con diligenza, correttezza e trasparenza per servire al meglio l’interesse dei clienti e l’integrità del mercato” (art. 21, comma 1, lett. a.) e che l’intera loro operatività sia resa “coerente con i principi e le regole generali del Testo unico” sempre nel prevalente “interesse degli investitori e dell’integrità del mercato mobiliare” (art. 26, comma 1, lett. a.)>>.*

Ed in proposito deve essere condivisa la seguente argomentazione del primo giudice: *<<L’istruzione probatoria non consente di ritenere con assoluta certezza che all’investitore sia stata fornita un’adeguata informazione, nel senso che non emerge che siano stati rappresentati con la dovuta chiarezza tutti i rischi che l’operazione in derivati comportava e le conseguenze che ne potevano derivare per il patrimonio dell’investitore, avendo i testi escussi fatto un generico riferimento all’informazione dei possibili rischi dell’operazione (al riguardo il teste di parte convenuta XXXXXXXXXXXXXXX si è limitato a dichiarare che la sottoscrizione era avvenuta “previa illustrazione dei rischi”;*



*l'interrogando XXXXXX Giuseppe ha dichiarato "ciò è avvenuto previa illustrazione dei rischi").*

*Quello che invece emerge con assoluta chiarezza che i contratti sono stati proposti da personale non specializzato nel particolare settore degli strumenti finanziari in quanto non iscritto nell'elenco dei promotori finanziari (teste XXXXXX XXXXX: "i contratti derivati sono stati sottoposti alla firma dal gestore del rapporto di conto corrente il quale non era iscritto nell'elenco dei promotori finanziari"; teste XXXXXX Valentina: "fui io a sottoporre alla firma i contratti derivati e non sono iscritta nell'elenco dei promotori").*

*In tale quadro probatorio la dichiarazione di operatore qualificato resa dal l.r.p.t. della società sfuma rispetto al mancato assolvimento da parte della convenuta degli obblighi di informazione e trasparenza cui la Banca era tenuta nei confronti del cliente non solo in relazione alla natura, ai rischi ed alle conseguenze dell'operazione in strumenti derivati, ma anche in relazione alle commissioni incassate dalla Banca, ai pagamenti della società ed il mark to mark dei pagamenti effettuati dalla Banca>>.*

Né assume rilievo il fatto che il teste XXXXXXXXXXXXX, non si è limitato ad affermare che la sottoscrizione dei contratti derivati è avvenuta "previa illustrazione dei rischi da parte dello specialista dei prodotti in derivati", avendo anche precisato: "lo specialista da me indicato ha illustrato due volte in mia presenza i contratti derivati e poi la sottoscrizione degli stessi è avvenuta





*in mia presenza essendo io il gestore dei rapporti tra la Banca XXXXXX  
XXX e XXXXXXXXXXXX”.*

Invero, il primo giudice, ha puntualizzato che i contratti sono stati proposti da personale non specializzato in quanto non iscritto nell’elenco dei promotori finanziari ( circostanza questa non contestata ). E tale personale non specializzato, si identifica, secondo quanto emerge dalla prova testimoniale, nello stesso XXXXXX XXXXX e nella teste XXXXXX Valentina.

Consegue che alcun rilievo può essere dato alla precisazione di cui sopra effettuata dal teste XXXXXX XXXX, che per sua stessa affermazione non è promotore finanziario; peraltro e comunque la precisazione, come quella in merito alla “*illustrazione dei rischi*”, è del tutto generica: non si conosce il contenuto dell’illustrazione e, soprattutto, non risulta in relazione a che tipo di contratti derivati - di copertura o di speculazione - sono stati prospettati tali rischi.

Inoltre, va puntualizzato che il teste XXXXXX XXXX non ha saputo riferire - dichiarando di non ricordarlo - se lo “*specialista*” fosse o meno iscritto nell’elenco dei promotori finanziari; mentre la teste XXXXXX, dopo aver affermato di essere stata affiancata da uno specialista, ha sostenuto di avere dichiarato ciò per la “*prassi adottata dall’Istituto*”, ma di non sapere ricordare “*cosa avvenne nello specifico*”.



XXXXXX Giuseppe, in sede di interrogatorio, non ha saputo rispondere alla circostanza se i contratti in questione siano stati sottoposti alla firma da un funzionario di banca referente del rapporto di conto corrente o da un funzionario iscritto nell'elenco dei promotori finanziari.

Tanto si ritiene, puntualizzando che sarebbe spettato alla Banca l'onere della prova di aver agito con la specifica diligenza richiesta ( v. art. 23 Decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 ).

Va poi rilevato che in relazione alla predetta argomentazione del Tribunale, non assume rilievo il luogo della stipula dei contratti ai fini della rilevanza della qualità di promotori finanziari dei proponenti i contratti, dal momento che la sussistenza di tale qualità è stata sostanzialmente presa in esame in sentenza, non tanto per valutare la validità o meno dei contratti, ma specificatamente nell'ambito della valutazione della diligenza e correttezza nei rapporti con la clientela, prevista dal disposto di cui all'art. 21 TUF..

In ogni caso, osserva la Corte che il luogo di stipulazione dei contratti deve identificarsi con la sede della XXXXXXXXXXXX S.r.l., ove si consideri che, in base all'Accordo Quadro del 3 maggio 2005, i contratti sono normalmente conclusi telefonicamente e *“La Banca invierà al Contraente la Conferma riportante i termini e le condizioni dell'operazione”* ( v. art. 7 ); in base all'Accordo Quadro del 16 maggio 2006, *“La stipulazione di ciascun Contratto avverrà tramite scambio di corrispondenza, con proposta del Cliente e accettazione della*



*Banca” ed “il Contratto si intende stipulato alla data in cui il Cliente riceve via fax la comunicazione di accettazione da parte della Banca” ( v. art. 6 ).*

Non risulta dagli atti che per i contratti in questione sia stata seguita una diversa modalità per la stipulazione dei contratti in questione.

Quindi, in base al disposto dell’art. 1326 cod.civ., il contratto deve ritenersi perfezionato, e quindi concluso, nella sede della XXXXXXXXXXXX.

I contratti derivati, in quanto conclusi da un soggetto privo della qualifica di promotore finanziario devono, pertanto, ritenersi affetti da nullità assoluta ( artt. 31 e 166 d.lgs. 24 febbraio 1998 n. 58; v., inoltre, Cass. 5 aprile 2001, n. 5052; Cass. 15 marzo 2001, n. 3753; Cass. 7 marzo 2001, n. 3272 ).

Infondato è poi il quinto motivo di gravame sopra illustrato.

Il primo giudice ha così motivato nella parte qui impugnata: <<*Quanto alla carenza dei poteri di firma in capo al XXXXXX, l’eccezione è fondata atteso che se è vero che lo Statuto della società attrice contempla all’art. 21 la possibilità per l’organo amministrativo di compiere tutti gli atti di ordinaria e straordinaria amministrazione, tuttavia nell’elencazione delle operazioni che la società può compiere per il conseguimento dell’oggetto sociale non è contemplata la stipula di contratti di investimento di somme di acquisto di derivati finanziari, sicché fondati dubbi sorgono circa l’efficacia delle dichiarazioni autoreferenziali rese dal legale rappresentante e dei contratti sottoscritti*>>.



Quindi ha escluso la carenza di poteri del XXXXXX, non in base al fatto che lo stesso non potesse compiere atti di straordinaria amministrazione, ma sull'assunto che la stipula dei contratti in questione non rientrasse tra quelli finalizzati a realizzare l'oggetto sociale.

Invero, è stato statuito che i poteri attribuiti agli amministratori di società devono essere individuati con riferimento agli atti rientranti nell'oggetto sociale - qualunque sia la loro rilevanza economica e natura giuridica -, pur se eccedano i limiti della cosiddetta ordinaria amministrazione, con la conseguenza che, salvo le limitazioni specificamente previste nello statuto sociale, devono ritenersi nella competenza dell'amministratore tutti gli atti che ineriscono alla gestione della società, mentre eccedono i suoi poteri quelli di disposizione o di alienazione, suscettibili di modificare la struttura dell'ente e, perciò, esorbitanti e contrastanti con l'oggetto sociale ( v. Cass. 3 marzo 2010, n. 5152; Cass. 5 maggio 2004, n. 8538 ).

Inoltre, la inefficacia degli atti non rientranti nell'oggetto sociale, può essere evitata attraverso la ratifica, oppure mediante una preventiva delibera autorizzativa, capace di rimuovere i limiti del potere rappresentativo dell'amministratore ( Cass. 1 dicembre 2016, n. 24547 ).

Pertanto, giustamente il Tribunale ha solo verificato se l'atto rientrasse o meno tra quelli diretti a conseguire l'oggetto sociale.



La decisione assunta va confermata, anche a voler ritenere, diversamente dal primo giudice, che i contratti derivati rientrano nell'ambito delle "operazioni .... mobiliari" di cui all'art. 4 dello Statuto.

Invero, la specifica funzione dei contratti in questione, non di "copertura", ma speculativa e strutturati, come vedremo in seguito, in modo da determinare notevoli ed infinite perdite per la società, portano, con ogni evidenza, a ritenere che gli stessi non possano essere considerati come atti finalizzati al conseguimento dell'oggetto sociale ( v. peraltro il punto "B)" delle Premesse dell'Accordo Quadro del 16 maggio 2006 che sarà di seguito riportato ).

A tanto va aggiunto che vi è in atti un verbale di assemblea ( v. fascicolo di ufficio del primo grado e fascicolo del primo grado della XXXXXXXXXXXX S.r.l. ) del 24 aprile 1996, recante quale ordine del giorno "conferimenti di poteri al Presidente del Consiglio di Amministrazione", in cui dopo il conferimento dei "più ampi poteri" al Presidente, sono elencati specificamente alcuni atti che il predetto ha il potere di compiere e tra questi non è in alcun modo indicato il compimento di operazioni finanziarie mobiliari.

Va, ancora rilevato che tale argomentazione vale anche per la sottoscrizione del contratto n. 52309 del 28 febbraio 2007, da parte del nuovo legale rappresentate della società, nominato in data 11 dicembre 2006 ( v. allegato n. 23 del fascicolo dell'appellante del primo grado ).



Non è superfluo rilevare, a questo punto ( ribadendo che alcun gravame è stato mosso alla impugnata sentenza nella parte in cui ha dichiarato la nullità degli Accordi Quadro, oltre che dei contratti derivati, non apparendo a questa Corte che tali Accordi abbiano formato oggetto della domanda ), che è stato statuito che “il difetto di potere rappresentativo costituisce una causa esterna di inefficacia del contratto che si estende alla clausola compromissoria ivi contenuta sicché non trova applicazione il principio di autonomia della clausola compromissoria in virtù del quale ad essa non si estendono le cause di invalidità del negozio sostanziale” ( Cass. 16 febbraio 2018, n. 3854 ), con la conseguenza che anche per tale motivo deve confermarsi la sentenza in punto di competenza. La reale finalità speculativa dei contratti, a fronte di quella dei contratti proposti ( come si vedrà da qui a poco ), quale accertata dal consulente, esclude poi che nella specie possa configurarsi la invocata ratifica.

Va ora esaminato il sesto motivo di gravame.

Il Tribunale, dopo aver evidenziato la comunque natura aleatoria dell'IRS ( *Interest Rate Swap* ), che è un contratto derivato del tipo SWAP, non negoziato su un mercato regolamentato ( O.T.C. – Over The Counter ), sia esso di copertura o speculativo (l'aleatorietà non è indicativa di un contratto con finalità di copertura o speculativa ), ha accertato la <<finalità>> speculativa dei contratti in base alle seguenti considerazioni: <<“*Quanto alle finalità degli strumenti in derivati sottoscritti, alle contestazioni sollevate dall'attrice che*



*evidenzia come gli IRS fossero stati proposti come strumenti di copertura del rischio di rialzi dei tassi di interesse in relazione al mutuo contratto, la convenuta da un lato ha riconosciuto la finalità dei derivati sottoscritti*

*(XXXXXX Giuseppe: “il contratto di derivati non ha natura assicurativa, ma ha funzione di garantire le oscillazione del tasso”), e dall’altro, ha ribadito*

*che i derivati in parola erano aderenti alle finalità di copertura del rischio di variazione del tasso derivante da un contratto di mutuo a tasso variabile*

*(XXXXXX “il contratto di mutuo e quello di derivati non necessariamente devono essere stipulati contestualmente, ma il contratto di derivato può essere stipulato successivamente a quello di mutuo a tasso variabile”).*

*Tuttavia, come evidenziato dal CTU, gli IRS sottoscritti dall’attrice non erano strutturalmente coerenti con le condizioni economiche del mutuo sottostante, atteso che il notional dei derivati (rispettivamente di Euro 2.000.000,00 per i derivati 22440, 25932, 25934, 61217 e di Euro 4.000.000,00 per i derivati 52309 e 33319) appare sovradimensionato rispetto alle esigenze di copertura della posizione debitoria relativa al mutuo contratto per Euro 1.700.000,00.*

*Così strutturati gli IRS, è corretta la contestazione dell’attrice secondo cui la finalità dei derivati non era di semplice copertura del rischio di innalzamento dei tassi di interesse, ma in realtà assicuravano solo una copertura alla Banca del rischio di perdite in caso di discesa dei tassi di interesse. Il CTU ha accertato, esaminando ciascun derivato sottoscritto con rigore metodologico e*



*chiarezza espositiva, che gli IRS sottoscritti non coprivano affatto un rischio ulteriore a carico dell'attrice risolvendosi in ultima analisi in strumenti non di copertura bensì speculativi. Ha altresì accertato la presenza di Mark To Market negativi, ossia un valore negativo di mercato dei contratti, stimato analizzando i flussi dei costi attesi. Essendo la CTU esente da vizi quanto alla metodologia utilizzata e coerente nelle conclusioni per quanto attiene la determinazione delle perdite subite dalla società attrice, non vi sono ragioni per discostarsene e ad essa ci si riporta per le conseguenti valutazioni>>.*

Tali considerazioni vanno interamente condivise.

In primo luogo, deve ritenersi esatta la interpretazione data in merito alle dichiarazioni rese, in sede di interrogatorio, dal rappresentante del XXXXXXXXXXXX S.p.A., XXXXXX Giuseppe.

Il predetto ha testualmente dichiarato: *“Il contratto di derivati ...è stato stipulato a copertura del rischio di variazione del tasso derivante da un contratto di mutuo a tasso variabile ... . Il contratto di derivati non ha natura assicurativa, ma la funzione di garantire le oscillazioni del tasso. Il contratto di mutuo e quello di derivati non necessariamente devono essere stipulati contestualmente, ma il contratto di derivati può essere stipulato successivamente a quello di mutuo a tasso variabile”.*

Diversamente da quanto assunto dall'appellante, tale ultima affermazione non significa che i contratti in questione fossero svincolati dal contratto di mutuo,





ma anzi confermano il collegamento con il contratto di mutuo ( peraltro espressamente affermato dal XXXXXX ), specificando che tale collegamento sussiste anche nel caso in cui i contratti derivati non siano stati stipulati contestualmente al mutuo.

Peraltro, il consulente tecnico di ufficio, dott. XXXXXXXXXXXXX, ha spiegato, con argomentazioni oggettive, in quanto di natura esclusivamente tecnica, che, ai fini della verifica della funzione dei derivati in questione, rilevano solo i finanziamenti a medio/lungo termine, ossia il contratto di mutuo del 29 agosto 2003, per complessivi euro 1.700.000,00, ed il contratto di finanziamento del 30 giugno 2006, di complessivi euro 1.000.000,00; i finanziamenti a breve termine, ovvero inferiori a diciotto mesi, risultanti dalla Centrale Rischi nel periodo 3 maggio 2005 – 28 febbraio 2007, non rilevano ai predetti fini, *<<perché è usuale, nella gestione della tesoreria e dei rischi finanziari di una impresa, l'uso di FRA ( forward rate agreement ) e non di IRS ( Interest Rate Swaps ) per il ricorso alla copertura del tasso di interesse su sottostanti a breve termine. Infatti il FRA rappresenta l'unico strumento finanziario derivato OTC ( over the Counter ) in grado di gestire il rischio di tasso a breve termine. Si tratta di un contratto in base al quale due controparti si accordano su un tasso d'interesse fisso da applicare a un capitale convenzionale per un periodo futuro di durata a breve replica>>* ( v. pag. 18 e 19 della relazione tecnica depositata in data 9 maggio 2014 ).



Non valgono poi a scalfire tale valutazione le argomentazioni svolte dal consulente del XXXXXXXXXXXX nella relazione del 10 aprile 2014 ( v. pagg. 16 – 19 ), specificatamente contraddette dal consulente di ufficio nelle note del 9 maggio 2014 ( pagg. 7 e 8 ).

Inoltre, osserva la Corte, che una conferma alla circostanza che i contratti in questione avrebbero dovuto avere funzione di copertura anziché speculativa, come invece è risultato, si rinviene negli stessi Accordi Quadro.

Infatti, l' "Accordo Quadro" del 3 maggio 2005, nella premessa, fa esclusivo riferimento ad "Operazioni Coperte"; in quello del 16 maggio 2006, nella <<Premesse>> si legge testualmente: <<A ) Il Cliente pone in essere, nell'ambito della propria attività di impresa, operazioni commerciali e finanziarie dalle quali derivano posizioni creditorie o debitorie, in Euro o in valuta, rispetto alle quali intende cautelarsi contro gli eventuali effetti delle variazioni del tasso di interesse che ... potrebbero intervenire prima della scadenza delle operazioni stesse, determinando fin da ora la propria posizione di rischio in relazione alle fluttuazioni del suddetto tasso di interesse; B) la suddetta cautela è funzionale al perseguimento dell'oggetto sociale ed alla valorizzazione e conservazione del proprio patrimonio; C) a tal fine il Cliente intende stipulare con Banca XXXXXX S.p.A. ... contratti derivati su tassi di interesse; ...>>.



Gli Accordi Quadro, pertanto prevedevano esclusivamente la stipulazione di contratti derivati aventi funzione di garanzia, e quindi di copertura, del rischio di variazione del tasso di interesse derivante da operazioni finanziarie a tasso variabile.

Ed il consulente tecnico ha accertato che: - la struttura del derivato n. 22440, <<non ha alcuna funzione di copertura dal rischio di aumento dei tassi di interesse in quanto all'aumentare degli stessi .... amplifica il rischio a cui è esposta l'impresa>> accentuando <<enormemente>> le perdite per l'impresa; - il derivato n. 25932, all'aumentare del tasso <<l'impresa cumula delle perdite infinite>> e che <<il Pay Off di questa struttura rappresenta l'esatto opposto Pay Off di una struttura di Interest Rate Swap plain vanilla finalizzata alla copertura>> ( v. pag. 44 della relazione tecnica ); - il derivato n. 24934, presenta una struttura che avrebbe comportato possibili perdite <<che possono tendere all'infinito>> ( v. pag. 58 della relazione tecnica ); - il derivato n. 33319 presenta una struttura secondo cui <<all'aumentare del tasso ... l'impresa cumula perdite infinite>> ( pag. 64 della relazione tecnica ); - il derivato n. 52303 presenta una struttura che non ha alcuna funzione di copertura dal rischio di aumento dei tassi di interessi, in quanto <<all'aumentare dei tassi di interessi non produce flussi>>; - il derivato n. 61217 presenta una struttura secondo cui <<All'aumentare del tasso ... l'impresa non ha quel vantaggio tipico di una struttura di copertura IRS pain vanilla che le consente di avere un



*vantaggio economico ... tale da compensare l'incremento del costo dell'indebitamento sottostante. Superato un certo incremento di tassi le perdite comunque vengono limitate da un floor definito>>.*

Ha rilevato che alla data del 28.2.2007 il complessivo nozionale della società assommava ad Euro 6.000.000,00, notevolmente superiore rispetto alle esigenze di copertura del rischio il cui indebitamento complessivo alla stessa data era di Euro 2.537.464,00 (pag. 80 CTU).

Quindi, il consulente tecnico di ufficio ha concluso per la finalità senz'altro speculativa dei derivati in questione, non possedendo alcuna funzione di copertura dal rischio di aumento dei tassi di interessi, in quanto all'aumentare degli stessi, amplificano il rischio cui è esposta l'azienda, potendo cumulare perdite infinite.

Non è superfluo rilevare che la Suprema Corte di Cassazione ha argomentato in tema di contratti IRS con funzioni di copertura: *<<la Consob, nella sua Determinazione 26 febbraio 1999, DI/99013791, è andata a indicare le caratteristiche che un'operazione in strumenti finanziari deve possedere per essere considerata "di copertura". Che sono state individuate nel concorso delle seguenti condizioni:- che le operazioni "siano esplicitamente poste in essere al fine di ridurre la rischiosità di altre posizioni detenute dal cliente";- che "sia elevata la correlazione tra le caratteristiche tecnico-finanziarie (scadenza, tasso d'interesse, tipologia, etc.) dell'oggetto della copertura e dello*



*strumento finanziario utilizzato a tal fine;- che "siano adottate procedure e misure di controllo interno idonee ad assicurare che le condizioni di cui sopra ricorrano effettivamente".*

*Ora, posto che la detta determinazione Consob si inquadra nell'ambito delle misure di attuazione del TUF e del Regolamento Consob, si deve ritenere che la necessaria cura dell'interesse oggettivo del cliente - che la normativa dei citati artt. 21 e 26, va a inserire nell'ambito della generale valutazione di meritevolezza degli interessi prescritta dall'art. 1322 c.c. - si traduca, in relazione alle operazioni in derivati IRS con funzioni di copertura, nel rispetto delle sopra elencate condizioni.*

*Con la conseguenza ulteriore che l'interesse oggettivo del cliente, come sussistente per il compimento di operazioni di effettiva copertura, non potrà ritenersi soddisfatto quando l'operazione in concreto intervenuta non rispetti realmente le condizioni sopra richiamate>> ( Cass. 31 luglio 2017, n. 19013 ).*

Ed è evidente che tali condizioni non risultano rispettate nella specie attese le sopra indicate caratteristiche strutturali dei contratti, rilevate dal consulente di ufficio, ed in cui, sostanzialmente, l'alea si presenta fortemente sbilanciata a sfavore del cliente, come si vedrà, in seguito, nell'esaminare, l'ottavo motivo di gravame.

Il motivo in esame va quindi disatteso.



Infondato è anche il motivo di gravame secondo il quale il primo giudice avrebbe dovuto dichiarare inammissibile la domanda azionata nei confronti dei contratti risolti anticipatamente.

Come evidenziato dal Tribunale, <<dei sei contratti sottoscritti da

*XXXXXXXXXX*, quattro (e precisamente quelli identificati con codice 22440, 25932, 25934 e 33319) sono stati risolti anticipatamente dalla società attrice, mentre dei restanti due, quello identificato con il codice 52303 è ancora in essere, mentre il contratto n. 61217 è scaduto il 31.5.2011>>.

Secondo l'appellante trattandosi di rapporti esauriti, gli stessi non avrebbero potuto più essere presi in considerazione. Né può sostenersi, che vi fosse un collegamento negoziale tra tutti i contratti compreso quello ancora in corso, come se si trattasse di un unico rapporto. Tale collegamento, infatti, non esiste, trattandosi di distinte ed autonome operazioni finanziarie, “*chiuse e riaperte com'è d'uso in questi casi, collegate unicamente dalla successione temporale*”; del resto, nei suddetti contratti di disinvestimento, sottoscritti da entrambi i contraenti, è espressamente riportato: “*si da atto che, a seguito della medesima, è definito ogni rapporto di dare ed avere tra le nostre società in dipendenza del contratto con la presente risolto, in ordine al quale le società stesse si danno reciprocamente atto di null'altro avere a pretendere*”.

Tali argomentazioni non sono condivisibili.



Il consulente di ufficio ha infatti rilevato che le connessioni in termini di date di esecuzione ( stipula e risoluzione anticipata ) e di importi ( costi per risoluzione e *up front* ), delineano quasi <<“*un unico contratto*” *che parte dal derivato 22440 ( operazione 1 ) e si perfeziona attraverso ristrutturazioni e modifiche, nel derivato 52303*>> ( v. pag. 106 della relazione tecnica ).

I contratti in questione presentano, infatti uno stretto collegamento trovando i successivi contratti ragione nella risoluzione contrattuale del precedente o dei precedenti; e ciò comporta che devono essere valutati ed esaminati in quanto, in sostanza, causa del derivato n. 52303: trattasi di un rapporto che può definirsi unico anche se sviluppatosi in fasi diverse.

Né rileva la dichiarazione sopra riportata, contenuta nei rispettivi atti di risoluzione, integrando la stessa una mera dichiarazione di scienza formulata in termini del tutto generici e priva di qualsiasi valore negoziale di rinuncia o transazione.

Va ora esaminato l’ottavo motivo di gravame.

Il Tribunale, nel dichiarare la nullità di tutti i contratti, oltre ad aver rilevato ( ma ad avviso di questa Corte ad altri fini – v. sopra ) che i contratti sono stati posti in essere da <<*personale non specializzato*>>, ha ritenuto che, nella specie, vi è stato un <<*mancato assolvimento da parte della convenuta degli obblighi di informazione e trasparenza cui la Banca era tenuta nei confronti del cliente non solo in relazione alla natura, ai rischi ed alle conseguenze*



*dell'operazione in strumenti in derivati, ma anche in relazione alle commissioni incassate dalla Banca, ai pagamenti della società ed il mark to market dei pagamenti effettuati dalla Banca>>; ha ritenuto fondata l'eccezione di controparte, circa la carenza dei poteri di firma in capo al sig. Gregorio XXXXXX, per la sottoscrizione dei derivati di cui è causa; ha stabilito che i contratti derivati impugnati non avessero <<finalità>> di copertura, bensì speculativa, per le ragioni accertate dal consulente di ufficio.*

*Quindi, evidenziate le perdite generate dalle operazioni in questione, nei termini che verranno in seguito trascritte, ha ritenuto che <<per tali ragioni va accolta la domanda attorea di nullità dei contratti quadro e dei derivati stipulati inter partes, con conseguente condanna della Banca al risarcimento dei danni conseguenti alla condotta inadempiente dalla stessa posta in essere>> e, sempre in parte motiva, ha ritenuto, quindi, che la Banca andasse, conseguentemente, condannata, <<alla restituzione a XXXXXXXXXXXX, in quanto pagamenti dalla stessa non dovuti, della complessiva somma di Euro 364.566,00 ...>>..*

L'appellante assume che nessuna delle ragioni poste a base di tale declaratoria sia idonea a determinarla, non derivando dalle stesse alcuna nullità.

Va premesso che la XXXXXXXXXXXX, nell'atto introduttivo del giudizio di primo grado, dopo aver lamentato, tra l'altro, che i contratti in questione risultano sottoscritti da un rappresentante privo dei poteri per la sottoscrizione e





l'esecuzione dei contratti stessi e della qualità di operatore qualificato; che la XXXXXXXXXXXX non ha ad oggetto sociale la possibilità di effettuare operazioni in strumenti finanziari derivati; che i contratti sono stati *“falsamente rappresentati come forma di assicurazione del mutuo fondiario e non già, come invece si sono dimostrati, dei contratti a scopo speculativo e, pertanto, inducendo in errore il contraente XXXXXXXXXXXX”*; che i contratti sono stati stipulati *“in violazione delle vigenti norme bancarie, e con grave nocumento all'immagine e soprattutto all'efficienza economica della società stessa”*; che detti contratti *“sono stati stipulati in maniera assolutamente non calibrata sulle reali esigenze finanziarie della XXXXXXXXXXXX, con la ovvia conseguenza che, a tutti gli effetti, i contratti medesimi possono considerarsi prettamente speculativi nell'esclusivo interesse dell'istituto bancario”*, ha domandato la declaratoria di nullità dei contratti *“siccome sottoscritti da persona senza autorità di firma”* e, in ogni caso, l'annullamento degli stessi *“siccome affetti da errore essenziale circa la natura e l'oggetto del contratto medesimo”*.

Tanto premesso, va innanzitutto rilevato che l'appellante non ha censurato la sentenza per avere dichiarato la nullità dei contratti, anche per ragioni diverse da quella posta espressamente ( nelle conclusioni ) a base di tale chiesta declaratoria, ma solo per il fatto che tutti i comportamenti censurati non dessero luogo a nullità.



Va poi sottolineato che la Suprema Corte ha statuito il principio secondo cui “il rilievo “ex officio” di una nullità negoziale deve ritenersi consentito in tutte le ipotesi in cui il giudice risulti investito di una domanda di risoluzione, annullamento, rescissione del contratto senza, per ciò solo, negarsi la diversità strutturale di queste ultime sul piano sostanziale, poichè tali azioni sono disciplinate da un complesso normativo autonomo e omogeneo, non incompatibile, strutturalmente e funzionalmente, con la diversa dimensione della nullità contrattuale” ( v. Cass. 30 agosto 2018, n. 21418, nonché Cass. Sez. Un, 12 dicembre 2014, n. 26242; Cass. Sez. Un, 4 settembre 2012, n. 14828, richiamate nella predetta sentenza n. 21418 ).

Inoltre, ha ancora avuto modo di precisare che il giudice del gravame può rilevare di ufficio una nullità diversa rispetto a quella dedotta dalla parte, sostenendo che <<le Sezioni Unite ... hanno infatti sottolineato che la domanda di accertamento della nullità negoziale risulta essere soggetta a un trattamento analogo a quello concordemente riservato alle domande di accertamento dei diritti autodeterminati inerenti a situazioni giuridiche assolute, sicchè il giudizio relativo alla nullità del negozio risulta essere indipendente dai titoli di nullità fatti valere dall'attore (Cass. Sez. U. 12 dicembre 2014, n. 26242; Cass. Sez. U. 12 dicembre 2014, n. 26243)>> ( Cass. 18 giugno 2018 n. 16049 ).



Consegue che, a fronte di una domanda di accertamento della nullità di un contratto, è possibile rilevare una ragione di nullità diversa da quella rilevata o posta a base dal richiedente, sia in primo grado che in appello.

Ora, diversamente dall'assunto dell'appellante, tra i comportamenti, rilevati dal primo giudice, che determinano una declaratoria di nullità, a parte quello derivante dall'essere stati i contratti sottoposti alla firma da operatori non qualificati, vi è certamente, la accertata diversa <<finalità dei derivati>> rispetto a quella dei contratti come proposti; il mancato assolvimento degli obblighi di informazione e trasparenza cui la Banca era tenuta nei confronti del cliente non solo in relazione alla natura, ai rischi ed alle conseguenze dell'operazione in strumenti derivati, <<ma anche in relazione alle commissioni incassate dalla Banca, ai pagamenti della società ed il mark to market dei pagamenti effettuati dalla Banca>>, nonché l'accertamento della natura speculativa dei contratti, sostanzialmente, “nell'esclusivo interesse dell'istituto bancario”, come specificamente allegato dalla  
XXXXXXXXXX nell'atto introduttivo del giudizio ( v. pag. 6 di tale atto ).

Tali elementi, evidenziati dal Tribunale, determinano, senz'altro, la declaratoria di nullità dei contratti, in quanto, anche se non esplicitato dal Tribunale, comportano che i contratti stessi devono ritenersi, oltre che privi di causa, anche stipulati in violazione del secondo comma dell'art. 1322 cod.civ. ( in proposito deve rilevarsi che, diversamente da quanto dedotto dall'appellante, il Tribunale



non ha in alcun modo fatto menzione di “*un’ipotesi di vendita di aliud pro alio*”, ma, piuttosto, come sopra rilevato, di diversa <<*finalità*>> dei contratti rispetto a quella voluta dalla XXXXXXXXXXXX S.r.l. ).

Invero, il Tribunale, in sostanza, ha ragionato negli stessi termini che hanno indotto poi la Suprema Corte ha statuire il principio di cui alla sopra citata decisione del 2017, n. 19013.

E comunque, anche a non voler ritenere che il primo giudice abbia tanto sotteso alla propria decisione, è avviso di questa Corte che i predetti elementi inducano, comunque, alla accertata nullità dei contratti, applicando i principi giurisprudenziali sopra enunciati, evidenziando, nel contempo, che poiché gli stessi sono stati comunque posti a base della domanda ed integrano fatti prima allegati e poi provati, si tratta sostanzialmente di qualificare in maniera diversa la già chiesta declaratoria di nullità e/o annullabilità dei contratti.

Invero, a parte la nullità, sopra rilevata, derivante dal fatto che i contratti sono stati sottoposti alla firma da operatori non qualificati, è risultato che tali contratti, la cui finalità era quella della semplice copertura del rischio di innalzamento dei tassi di interessi, come sopra argomentato, sono risultati strutturalmente inadeguati a svolgere tale funzione in quanto avevano in realtà finalità speculativa, assicurando, come ben argomentato dal Tribunale, <<*solo una copertura alla Banca del rischio di perdite in caso di discesa dei tassi di interessi*>>.



E' evidente che nella specie l'interesse oggettivo della XXXXXXXXXXXX S.r.l., finalizzato al compimento di operazioni di copertura, non è stato rispettato, poiché l'operazione in concreto intervenuta non è conforme, come sopra accertato, alle condizioni richieste dalla normativa CONSOB per essere considerata tale.

Ne consegue che i contratti non superano <<la valutazione di meritevolezza degli interessi perseguiti, come imposta dalla norma dell'art. 1322 cod. civ. per le operazioni contrattuali che siano sprovviste di un'apposita disciplina negoziale di fonte legislativa (come appunto sono i derivati IRS)>> ( Cass. 31 luglio 2017 n. 19013, sopra citata ) e sono da ritenere privi di causa, in quanto non funzionali al raggiungimento dello scopo per i quali sono stati posti in essere dalla XXXXXXXXXXXX S.r.l. .

Pertanto i contratti in questione - speculativi anziché, come avrebbero dovuto essere, di copertura - come strutturati, non sono comunque conformi al disposto di cui all'art. 1322, comma secondo, cod.civ., presentando – come emerge chiaramente dall'accertamento tecnico espletato - una alea che appare fortemente sbilanciata a sfavore dell'investitore, esposto, a differenza della banca ( che invece si è assicurata “una copertura ... del rischio di perdite in caso di discesa dei tassi di interessi” ), a subire notevoli perdite <<che avrebbero potuto essere infinite>> ( v. Consulenza tecnica di ufficio ), e <<possono considerarsi prettamente speculativi nell'esclusivo interesse



dell'istituto bancario>>, come fondatamente dedotto dalla XXXXXXXXXXXX S.r.l., nell'atto introduttivo del giudizio di primo grado, come già in precedenza rilevato.

Come sostenuto nella giurisprudenza di merito ( v. tra le altre: Corte d'Appello di Milano, 18 settembre 2013, n. 3459), il contratto di *interest rate swap*, che è uno strumento finanziario aleatorio, per essere meritevole di tutela, deve presentare una alea razionale, reciproca e bilaterale, e ciò a prescindere dall'intento che ha determinato la conclusione del contratto.

E l'alea è razionale quando i contraenti sono consapevoli del rischio assunto. Deve quindi ritenersi nullo, per mancanza di causa in concreto, il contratto di *interest rate swap* concluso senza che l'investitore potesse essere a conoscenza della entità dell'alea rispettivamente assunta dalle parti.

Nella specie, in esito alle risultanze processuali, deve ritenersi che i contratti in questione difettassero di una causa e di una causa meritevole di tutela, in quanto, finalizzati a neutralizzare il rischio delle variazioni del tasso di interesse, sono risultati in realtà sprovvisti di tale funzione, presentando, senza che la XXXXXXXXXXXX ne fosse a conoscenza ( i contratti , infatti, dovevano essere di “*copertura*” ), peraltro, un alea gravemente a sfavore per la cliente ed a favore della banca.

La mancanza della causa concreta, elemento essenziale del contratto, ne comporta la nullità ai sensi dell'art. 1418 cod.civ..



Va, a questo punto, puntualizzato, atteso il richiamo dell'appellante alla decisione delle Sezioni Unite della Suprema Corte del 19 dicembre 2007, n. 26724, che la dichiarata nullità dei contratti, sostanzialmente, come ritenuto da questa Corte, per il difetto, in concreto, della causa, ai sensi dell'art. 1418, secondo comma, cod.civ., e per la non meritevolezza, in concreto, degli interessi perseguiti, ai sensi dell'art. 1322, secondo comma, cod.civ., non è in contrasto con i principi stabiliti, in tale decisione, dal Supremo Collegio, trattandosi di inserire, in base ai principi successivamente fissati dalla stessa Suprema Corte nella decisione sopra citata del 2017, n. 19013, le regole di cui all'art. 21 d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 e 26 del regolamento CONSOB n. 11522/98 fra i requisiti per la valutazione della meritevolezza dell'operazione di investimento consistente in un *interest rate swap* e, quindi, aggiunge questa Corte, conseguentemente, della sussistenza di una causa concreta.

Il motivo va quindi disatteso.

Fondato è il settimo motivo di gravame in merito alla quantificazione delle somme oggetto di restituzione.

La sentenza sul punto ha così motivato: <<*In relazione ai contratti risolti anticipatamente il CTU ha accertato che le perdite subite dalla  
XXXXXXXXXX possono come di seguito riassumersi:*



1) il derivato 22440, sottoscritto il 3.5.2005 e risolto anticipatamente dopo soli tre mesi il 31.8.2005, ha generato una perdita complessiva di Euro 8.000,00 pari al costo pagato dall'attrice per l'anticipata estinzione;

2) il derivato 25932, sottoscritto il 31.8.2005 e risolto anticipatamente in data 27.2.2006, ha generato una perdita pari ad Euro 64.300,00 che rappresenta il costo pagato dall'attrice per l'anticipata estinzione e pari al fair value alla data di estinzione;

3) Per il derivato 25934 valgono le stesse considerazioni espresse per il derivato 25932; il contratto stipulato il 31.8.2005 si è risolto anticipatamente in data 27.2.2006, ha generato una perdita pari ad euro 15.200,00 (pari alla differenza fra un flusso positivo di Euro 12.000,00 incassato dalla società ed un flusso negativo di Euro 27.200,00 relativa al costo pagato dall'attrice per l'anticipata estinzione);

4) Il derivato 33319 sottoscritto il 27.2.2006 e risolto il 28.2.2007 ha generato complessivamente per l'attrice una perdita pari ad Euro 22.488,00 relativa al saldo netto tra l'up front incassato dalla Banca al momento della sottoscrizione, i flussi positivi e negativi incassati e pagati dalla società e desumibili dai conti correnti, ed il costo pagato per l'anticipata risoluzione del contratto.

Considerazioni in parte diverse valgono per i derivati 52309 e 61217.





*Quanto al primo (52309) risulta sottoscritto in data 28.2.2007 (contestualmente alla risoluzione del derivato 33319) con scadenza al 3.3.2014, con alla base un nozionale di Euro 4.000.000,00 – sovradimensionato rispetto alle esigenze di copertura della società – tenuto conto che in data 25.5.2006 la XXXXXXXXXXXX aveva sottoscritto il derivato 61217 di nozionale pari ad Euro 2.000.000,00, sicché il complessivo nozionale della società assommava ad Euro 6.000.000,00 notevolmente superiore rispetto alle esigenze di copertura del rischio il cui indebitamente complessivo alla data di sottoscrizione del derivato (28.2.2007) era di Euro 2.537.464,00 (pag. 80 CTU).*

*Per il derivato 52309 il CTU ha accertato, come per gli altri derivati, che si tratta di IRS con finalità speculative che ha generato per XXXXXXXXXXXX una perdita di Euro 682.431,00 (quale somma algebrica di cui quanto ad Euro 35.009,21 per differenziale up front, Euro 174.873,00 per fair value ed Euro 488.780,00 per flussi negativi generati ma non addebitati sul conto corrente dell'attrice sebbene segnalati in Centrale Rischi ) al netto dei flussi positivi accreditati ( Euro 16.231,11 ).*

*Quanto al derivato 61217 scaduto il 31.5.2011, anch'esso con finalità speculativa, ha generato perdite complessive per Euro 146.823,00 di cui quanto ad Euro 31.767,11 per mancato pagamento front up, Euro 85.895,00 per flussi negativi generati ma non addebitati e comunque segnalati in Centrale Rischi, Euro 29.161,00 per flussi negativi addebitati in conto.*



*Per tali ragioni va accolta la domanda attorea di nullità dei contratti quadro e dei derivati stipulati inter partes, con conseguente condanna della Banca al risarcimento dei danni conseguenti alla condotta inadempiente dalla stessa posta in essere, danni da individuarsi nella sommatoria dei flussi di cassa negativi effettivamente addebitati sul conto corrente della società attrice, costi impliciti e fair market value del derivato 52309 ancora in essere, con esclusione dei flussi generati e non addebitati che hanno comportato solo le segnalazioni alla Centrale Rischi, giusta la valutazione e la quantificazione fatta dal CTU (pagg.102-103 relazione).*

*Pertanto la Banca convenuta è condannata alla restituzione a XXXXXXXXXXXX, in quanto pagamenti dalla stessa non dovuti, della complessiva somma di Euro 364.566,00 per come calcolata dal CTU alla data del 31.3.2014.*

*Trattandosi di obbligazioni di carattere pecunario sin dall'origine e pertanto di valuta, su detta somma dovranno calcolarsi gli interessi al tasso legale da computarsi dal giorno della notifica della citazione (30.10.2009) sino al soddisfo>>. Premesso che il derivato indicato con il n. 52309 corrisponde al derivato n. 52303 ( indicato in sentenza ed anche nella consulenza tecnica di ufficio per mero errore materiale con il numero 52309 – v. nota pag. 5 delle note del dott. XXXXXXXXXXXX in ordine alle osservazioni delle parti ), va rilevato che il consulente di ufficio, ha poi così concluso: <<**il risultato finale generato dai derivati sottoscritti, alla data del 31.03.2013, è pari ad euro 939.241 a titolo di***



*perdite subite dalla XXXXXXXXXXXX s.r.l.. Il suddetto importi è così composto: - Euro 122.917 a titolo di flussi negativi addebitati sui c/c bancari; - Euro 66.776 per costi impliciti ( corrispondenti al differenziale corrisposto all'impresa e l'up front che avrebbe dovuto corrispondere); - Euro 574.675 relativamente ai flussi generati ma non addebitati sui c/c della xxxxxx anche se segnalati alla Centrale Rischi tra i rischi a scadenza; - Euro 174.873 corrispondente al fair market value dell'unico derivato ancora in essere alla data di valutazione>> ( v. pagg. 102 – 103 della relazione tecnica di ufficio ). In precedenza il consulente di ufficio aveva rilevato che successivamente alla data del 2 dicembre 2009 la Banca, in seguito all'istanza giudiziale, <<non ha più addebitato /accreditato flussi finanziari>> sui conti correnti ( v. pagg. 84 e 101 della consulenza di ufficio ). A seguito delle osservazioni delle parti ha poi puntualizzato: <<Il lavoro peritale contenuto nella CTU aveva, una volta calcolate le commissioni implicite, computato le stesse tra le perdite subite dalla XXXXXXXXXXXX. Il C.T.P. evidenzia (Vgs pag. 89 e pag. 71) “che il fair value di un qualsiasi contratto finanziario è pari al valore attuale dei flussi di cassa attesi, quindi, qualora un derivato nascesse con margine lordo di commissione negativa (...) queste in realtà sarebbero implicite nei flussi di cassa futuri che non risulterebbero dare somma zero (...) ma presentarsi con una somma algebrica negativa. Quindi anche qualora tali commissioni esistessero nel sommarli ai flussi di cassa*



*negativi futuri si commetterebbe un errore perché è come se si contabilizzasse la perdita due volte". Lo scrivente ritiene corretto quanto evidenziato dal CTP. Da ciò ne consegue che dal valore complessivo delle perdite subite da XXXXXXXXXXXX, e riportate a pag. 103 della CTU, sarà portata in diminuzione la somma di Euro 66.776,00 corrispondente al complessivo valore dei costi impliciti calcolati>> ( v. pagg. 6 e 7 delle note del consulto di ufficio alle osservazioni delle parti )*

Quanto alla somma di euro 174.873,00, prevista come *fair market value*, in relazione al derivato n. 52303, il consulente di ufficio ha rilevato che <<*Tale valore esprime quanto sarebbe costato estinguere il derivato a tale data per l'impresa*>> ( v. pag. 101 della relazione tecnica di ufficio ).

Quindi tale somma corrisponde al prezzo di chiusura del derivato e perciò rappresenta una somma solo virtuale, non addebitata alla XXXXXXXXXXXX: come evidenziato dall'appellante, infatti il contratto derivato è terminato in data 3 marzo 2014, quando operava la sospensione degli addebiti relativi a tali contratti.

L'appellante in conclusione, in parziale riforma dell'impugnata sentenza, confermata nel resto, deve corrispondere alla XXXXXXXXXXXX S.r.l. per la causale ritenuta nella stessa sentenza, la somma di euro 122.917,00, oltre interessi al tasso legale dal 30 ottobre 2009 al soddisfo.



In considerazione della valutazione complessiva dell'esito del giudizio, ricorrono giusti motivi per dichiarare compensate per metà tra le parti le spese del giudizio e condannare il XXXXXXXXXXXX S.p.A., al pagamento, in favore della XXXXXXXXXXXX S.r.l., della restante metà di dette spese, che si liquidano, per l'intero, relativamente al primo grado, in complessivi euro 12.000,00, di cui euro 3.208,00 per spese, e, relativamente al presente grado in complessivi euro 9.000,00, oltre accessori di legge ( assorbito è conseguentemente il motivo di gravame in punto di spese ).

Le spese relative alla espletata consulenza tecnica di ufficio vanno poste definitivamente e per intero a carico della XXXXXXXXXXXX S.p.A. .

### **P.T.M.**

La Corte di Appello di Catanzaro, Terza Sezione Civile, sulle premesse conclusioni dei difensori delle parti, sentita la relazione del Presidente, definitivamente pronunciando sull'appello proposto dalla XXXXXXXXXXXX S.p.A., in persona del suo legale rappresentante pro tempore, nei confronti di XXXXXXXXXXXX S.r.l., in persona del suo legale rappresentante pro tempore, con atto di citazione notificato in data 21 ottobre 2014, avverso la sentenza del Tribunale di Catanzaro del 18 luglio 2014, ogni contraria istanza, eccezione e deduzione disattesa, così provvede:

- 1) in parziale riforma dell'impugnata sentenza, condanna la società XXXXXXXXXXXX S.p.A. al pagamento, in favore della XXXXXXXXXXXX S.r.l., per la



causale ritenuta nella stessa sentenza, della somma di euro 122.917,00, oltre interessi al tasso legale dal 30 ottobre 2009 al soddisfo;

- 2) conferma nel resto, l'impugnata sentenza;
- 3) dichiara compensate per metà tra le parti le spese del giudizio e condanna la società XXXXXXXXXXXX S.p.A., al pagamento, in favore della XXXXXX xxxxxx per spese, e, relativamente al presente grado in complessivi euro 9.000,00, oltre accessori di legge;
- 4) pone definitivamente e per intero a carico della XXXXXXXXXXXX S.p.A. le spese relative alla espletata consulenza tecnica di ufficio.

Così deciso in Catanzaro, nella camera di consiglio della Corte di Appello,  
Terza Sezione Civile, il giorno 14 maggio 2019.

**IL PRESIDENTE EST.**

