

N° SENT
N° RGAC
N° CRON



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale di Roma – Sedicesima Sezione Civile (ex Terza Sezione Civile), in persona del dott. Francesco Remo Scerrato, in funzione di giudice unico, ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile di primo grado, iscritta al n° 128 Ruolo Generale dell'anno 2016, cui sono riunite le cause identiche n° 1311/2016 rg e n° 1239/2016 rg, e trattenuta in decisione all'udienza dell'8 luglio 2019, vertente

TRA

[redacted], titolare della ditta individuale "S [redacted]",
elettivamente domiciliato a [redacted] presso lo studio di [redacted]
da cui è rappresentato e difeso, unitamente all'avv. [redacted]
forza di procura speciale a margine dell'atto di citazione,

ATTORE

E

[redacted] S.P.A., in persona del legale rappresentante,
elettivamente domiciliata a [redacted] presso lo studio dell'avv.to [redacted]
[redacted] da cui è rappresentata e difesa in forza di procura generale alle liti rilasciata
il 30/10/2007 ed autenticata per atto n° [redacted]

CONVENUTA

OGGETTO: intermediazione finanziaria.

CONCLUSIONI:

per parte attrice (verbale dell'udienza di p.c. dell'8/7/2019): "... [redacted] si riporta alle conclusioni già rassegnate in atti. ...";

per la convenuta (verbale dell'udienza di p.c.) dell'8/7/2019: "... L'avv.to [redacted] si riporta alle conclusioni di cui al foglio di pet del 4/7/2019 ... (Voglia l'On.le Tribunale adito,



disattesa ogni contraria istanza, eccezione e deduzione, così giudicare: nel merito, ritenere e dichiarare che le eccezioni e domande di controparte sono integralmente infondate e prive di presupposti legittimanti, in fatto ed in diritto, per i motivi tutti esposti nella parte narrativa dell'atto di costituzione e delle successive difese e, conseguentemente, rigettare le stesse in toto con qualunque statuizione; in subordine, nella denegata ipotesi di accoglimento delle domande attoree, ritenere e dichiarare la non prevedibilità del danno lamentato e, conseguentemente, determinare equitativamente la somma oggetto di rimborso e/o risarcimento ex artt. 1225 c.c., con compensazione degli importi non oggetto di effettivo pagamento, ma di mero addebito contabile su conto corrente con saldo già negativo (quantomeno per l'ammontare di € 144.383,00 emerso in sede di ctu); in via istruttoria, previa eventuale integrazione della C.T.U. finalizzata ad accertare, sulla base della documentazione regolarmente adottata, la natura di copertura dal rischio di rialzo dei tassi di interesse delle operazioni finanziarie dedotte in giudizio, con riferimento alla sottostante esposizione debitoria scaturente dai mutui rispettivamente beneficiati dall'attrice in date 10/7/2006 (per la sorte di capitale di € 800.000,00) e 16/2/2007 (per la sorte di capitale di € 400.000,00), alle condizioni di mercato del periodo contestuale alla data di stipula ed alla valutazione prospettica delle stesse per l'intera durata contrattualmente prevista, ammettere prova testimoniale, indispensabile ai fini dell'accertamento degli eventi effettivi, sui seguenti capitoli: ... Con vittoria di spese, competenze ed onorari di giudizio e con ogni e più ampia riserva di ulteriormente eccepire, produrre ed articolare e con riserva di attivazione di autonomo giudizio per le ragioni di credito vantate'...)...

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto di citazione, ritualmente notificato alla [redacted] S.p.a. (nel prosieguo anche solo [redacted], l'attore [redacted] titolare della ditta individuale 'S. [redacted] operante in ambito immobiliare, allegava che nel corso degli anni 2006/2007 aveva stipulato due mutui a tassi variabili con la banca convenuta per l'acquisto di un immobile e per ristrutturazioni edilizie e più precisamente: in data 10/7/2006 un mutuo ipotecario di € 800.000,00 con successivo atto integrativo e di quietanza e in data 16/2/2007 un mutuo ipotecario di € 400.000,00; che nel corso del mese di giugno 2007 funzionari della banca, preoccupati per l'andamento crescente dei tassi bancari, gli avevano insistentemente proposto la stipula di contratti derivati con intenti protettivi verso il rialzo dei tassi in riferimento ai mutui stipulati, con l'assicurazione che detti contratti avrebbero potuto essere estinti in ogni momento senza costi o spese particolari; che esso attore, privo all'epoca

-come lo era all'attualità- di qualsiasi esperienza e/o conoscenza in materia di contratti derivati, aveva aderito alla proposta, fidandosi dei consigli dei funzionari sul fatto che si trattasse di una sorta di assicurazione, che si sarebbe potuto estinguere in ogni momento senza particolari costi; che in data 22/6/2007 risultava sottoscritto un contratto derivato (IRS) con un nozionale di riferimento di € 800.000,00, con scadenza 29/6/2012, il tutto peraltro risultante da documentazione incompleta, ottenuta dopo molti solleciti; che successivamente, in data 15/7/2008, aveva sottoscritto, su richiesta della banca, un altro derivato per "agganciarlo", come gli era stato riferito, al mutuo di € 400.000,00; detto secondo IRS aveva un nozionale di riferimento di € 400.000,00 e la scadenza al 31/12/2028; che i due contratti derivati avevano generato flussi negativi sin dall'inizio del rapporto tanto che esso attore, in considerazione dei continui addebiti di ingenti somme, aveva chiesto a più riprese spiegazioni alla banca ricevendo di volta in volta rassicurazioni circa la possibilità di trovare una soluzione, poi di fatto mai raggiunta; che, nonostante l'intervento del proprio legale e l'inizio di una trattativa stragiudiziale, non si era arrivati ad alcuna soluzione appagante, mentre si erano registrati ritardi nella consegna della documentazione richiesta; che senza esito era stata anche l'esperita procedura di mediazione, per cui si era reso necessario adire l'Autorità Giudiziaria; che i due contratti derivati -il primo del 22/6/2007 era sottoposto alla normativa di cui al D.Lgs 58/1998 ed al Reg. Consob 11522/1998, mentre il secondo del 18/7/2008 era regolato dal D.Lgs 58/1998, così come modificato dal D.Lgs 17/9/2007 n. 164, e dalla Delibera Consob 16190/2007- presentavano vari vizi, sia formali che sostanziali, come meglio indicato in citazione, per: nullità, invalidità, annullabilità o inefficacia del contratto quadro e dei contratti di swap sottoscritti dall'attore per vizio di volontà e/o nullità, invalidità, annullamento e inefficacia della dichiarazione di operatore qualificato inserita nel suddetto contratto quadro; insussistenza della finalità di copertura del derivato del 2007; inadeguatezza, non correttamente valutata alla luce della recepita Direttiva Mifid, del derivato del 2008; violazione, per entrambi i derivati, dell'art. 21 TUF, dell'art. 26 Reg. Consob 11522/1998 e degli artt. 1173, 1175, 1374, 1375 c.c. e grave inadempimento della banca; nullità del contratto per indeterminatezza dell'oggetto ex artt. 1418 (1325 n.2) e 1346 c.c. e comunque invalidità e/o inefficacia ex art. 1322 c.c. e/o comunque responsabilità della convenuta; che inoltre appariva errata la segnalazione in Centrale Rischi; che in conseguenza della condotta della banca, aveva subito un rilevante danno patrimoniale, atteso che gli addebiti negativi, generati dal primo contratto derivato del 2007 ed addebitati sul c.c. di esso attore, ammontavano ad € 84.154,85, alla data del 29/6/2012, data di estinzione del contratto



mentre quelli legati al secondo derivato ammontavano ad € 94,097,44 alla data del 30/6/2015, oltre ai maturandi, per un danno complessivo, all'attualità, di € 178.252,29, oltre al danno da errata segnalazione in Centrale Rischi. Tanto premesso, l'attore concludeva per l'accoglimento delle conclusioni, come da ultimo genericamente richiamate all'udienza di p.c. dell'8/7/2019: devono essere intese quelle formulate nella memoria ex art. 183/6 n° 1 c.p.c. e poi richiamate nel foglio di p.c. del 14/9/2018, con importi aggiornati, come segue: "... *Nel merito. 1) In via principale, previe le declaratorie del caso: accertare la responsabilità contrattuale e/o precontrattuale per i fatti di cui in narrativa della banca convenuta anche a titolo di atto illecito e/o concorso nell'inadempimento delle obbligazioni di cura dell'interesse di [REDACTED] la violazione del dovere di astensione dal compimento di operazioni inadeguate e/o in conflitto di interessi, per mancanza e/o difetto di informazione e di consulenza incidentale nell'interesse del cliente, per mancanza di diligenza professionale, per violazione di tutte le normative specifiche indicate in corso di causa, con conseguente pronuncia di risoluzione del contratto quadro del 22/6/2007 e di quello del 2008 consegnato senza data ... e di tutti i contratti di swap sottoscritti dall'attore (in particolare di quello del 18/7/2008 essendo il precedente già estinto) con statuizione che nessun addebito può essere effettuato né alcun pagamento richiesto nei confronti di [REDACTED]. Accertare altresì la carenza del contratto di negoziazione in strumenti finanziari derivati relativamente al derivato del 22/06/2007 e pertanto la nullità del medesimo. Per l'effetto condannarsi la [REDACTED] in persona del proprio legale rappresentante pro tempore, a restituire e/o a risarcire a titolo di danno a parte attrice la somma di euro 282.390,47 relativa agli addebiti ad oggi corrisposti e/o comunque addebitati dalla banca convenuta all'attore, con interessi legali ex art. 1284 comma 4° c.c. e rivalutazione monetaria dai singoli pagamenti o dalla domanda al saldo effettivo, o in quella diversa somma che risulterà di giustizia liquidare. 2) Ancora in via principale, previe le declaratorie tutte del caso: accertare in ogni caso che [REDACTED] nulla deve a parte convenuta [REDACTED] S.p.a. in relazione ai contratti derivati per cui si discute e per tutti i motivi dedotti in corso di causa ed in considerazione di tutte le norme violate così come illustrate in negli scritti difensivi con conseguente risoluzione per inadempimento del contratto quadro del 22/6/2007 e di quello del 2008 consegnato senza data ... e di tutti i contratti di swap sottoscritti successivamente e/o, in ogni caso, col risarcimento del danno causato all'attore per i fatti dedotti. Conseguentemente condannarsi il [REDACTED] [REDACTED] S.p.a., in persona del proprio legale rappresentante pro tempore, a restituire e/o a*

risarcire a titolo di danno a [redacted] la somma di euro 282.390,47 relativa agli addebiti ad oggi corrisposti e/o comunque addebitati dalla banca convenuta all'attore, con interessi legali ex art. 1284 comma 4° c.c. e rivalutazione monetaria dai singoli pagamenti o dalla domanda al saldo effettivo, o in quella diversa somma che risulterà di giustizia liquidare. 3) Sempre in via principale, previe tutte le declaratorie del caso, accertare l'inadempimento della banca convenuta a tutte le norme indicate nel presente giudizio e conseguentemente condannarsi la stessa la risarcimento del danno patito da attrice per la somma di euro 282.390,47 relativa agli addebiti ad oggi corrisposti e/o comunque addebitati dalla banca convenuta all'attore, con interessi legali ex art. 1284 comma 4° c.c. e rivalutazione monetaria dai singoli pagamenti o dalla domanda al saldo effettivo, o in quella diversa somma che risulterà di giustizia liquidare. 4) In via subordinata, previe le declaratorie tutte del caso: accertato che l'oggetto dei contratti di swap di cui è causa non è determinato o determinabile ex art. 1346 c.c. con conseguente declaratoria di nullità degli stessi e comunque l'inefficacia ex art. 1322 c.c., per l'effetto condannarsi [redacted] S.p.a., in persona del proprio legale rappresentante pro tempore, restituire/corrispondere [redacted] la somma di euro 282.390,47 relativa agli addebiti ad oggi corrisposti e/o comunque addebitati dalla banca convenuta all'attore, con interessi legali ex art. 1284 comma 4° c.c. e rivalutazione monetaria dai singoli pagamenti o dalla domanda al saldo effettivo, o in quella diversa somma che risulterà di giustizia liquidare. 5) In subordine, previe le declaratorie tutte del caso: accertata la carenza dei presupposti di cui all'art. 31 reg. Consob n. 11522/98, dichiararsi inefficace, nulla o annullata, la dichiarazione di "operatore qualificato" sottoscritta dall'attore; dichiarare inefficaci, nulli o annullati: a) il contratto quadro del 22/06/2007 e dei successivi contratti di swap. Per l'effetto condannarsi la convenuta, in persona del proprio legale rappresentante pro tempore, a corrispondere all'attore la somma di euro 282.390,47 relativa agli addebiti ad oggi corrisposti e/o comunque addebitati dalla banca convenuta all'attore, con interessi legali ex art. 1284 comma 4° c.c. e rivalutazione monetaria dai singoli pagamenti o dalla domanda al saldo effettivo, o in quella diversa somma che risulterà di giustizia liquidare. 6) In via ulteriormente subordinata, previe le declaratorie tutte del caso, accertato che il sig. [redacted] ha sottoscritto il contratto per cui è causa, contenente la dichiarazione di operatore qualificato, in stato viziato da errore, con colpa e/o dolo e/o truffa determinati dalla banca convenuta e dai suoi impiegati, accertato altresì che la qualità dei prodotti finanziari in questione, non corrisponde a quella prospettata dalla convenuta al momento



della promozione e sottoscrizione, ed accertata infine la responsabilità da fatto illecito dei dipendenti della convenuta, nella produzione del danno subito dall'attore per effetto delle operazioni di swap, dichiararsi la nullità, inefficacia, l'annullamento e risoluzione: a) del contratto quadro del 22/06/2007; b) i contratti di swap succeduti; c) la dichiarazione di operatore qualificato. Per l'effetto condannarsi la convenuta, in persona del proprio legale rappresentante pro tempore, a corrispondere all'attore la somma di euro 282.390,47 relativa agli addebiti ad oggi corrisposti e/o comunque addebitati dalla banca convenuta all'attore, con interessi legali ex art. 1284 comma 4° c.c. e rivalutazione monetaria dai singoli pagamenti o dalla domanda al saldo effettivo, o in quella diversa somma che risulterà di giustizia liquidare. 7) In ogni caso: condannarsi la convenuta a corrispondere l'ulteriore somma di euro 12.567,50 relativamente ai c.d. costi occulti addebitati a parte attrice al momento della stipula e della estinzione dei contratti derivati così come accertati dal Ctu e dichiararsi non dovuta somma alcuna relativamente al Mark to Market necessario all'estinzione del derivato per cui è causa. 8) Ancora, accertata inoltre la responsabilità di ~~██████████~~ S.p.a. per illegittima segnalazione alla Centrale Rischi, ordinare la cancellazione della suddetta segnalazione alla Centrale Rischi e condannarsi la convenuta al risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale patito e patendo nella misura che sarà determinata nel corso di causa e comunque anche in via equitativa ex art. 1226 c.c. con la rifusione degli importi maturati a titolo di interessi a debito sul conto corrente dell'attore e determinati dallo scoperto di conto corrente dovuto agli illegittimi addebiti. In ogni caso con la rifusione integrale delle spese e competenze legali di giudizio comprese quelle di ctu. ...".

Si costituiva in giudizio la convenuta ~~██████████~~ S.p.a., la quale, contestata la domanda attrice, concludeva come riportato in precedenza.

La causa era istruita documentalmente e con ammissione di ctu contabile.

All'udienza del 17/9/2018 la causa era assunta in decisione sulle conclusioni su riportate, con assegnazione dei richiesti termini di legge per il deposito di comparse conclusionali (sessanta giorni) e di eventuali repliche (ulteriori 20 gg); i termini ex artt. 190 e 281 *quinquies* c.p.c. venivano a scadenza il 6/12/2018.

Con ordinanza del 3/4/2019 la causa era rimessa in istruttoria per il deposito, da parte del Ctu, degli estratti conto bancari, di cui si era dato atto a pagg. 38-41 della ctu, ma che non erano stati allegati alla ctu; veniva disposta la ricomparizione delle parti e del Ctu per l'udienza del 7/5/2019.

Previa integrazione della documentazione mancante, la causa era rinviata all'udienza del 3/6/2019 per la precisazione delle conclusioni; a detta udienza i procuratori delle parti chiedevano breve rinvio per la pendenza di trattative di bonario componimento della controversia.

Alla successiva udienza dell'8/7/2019 le parti davano atto del mancato perfezionamento dell'accordo e concludevano come riportato in epigrafe.

La causa era conseguentemente assunta in decisione sulle conclusioni su riportate, con assegnazione dei richiesti termini di legge per il deposito di comparse conclusionali (sessanta giorni) e di eventuali repliche (ulteriori 20 gg): i termini ex artt. 190 e 281 *quinquies* c.p.c., il cui decorso era sospeso durante il periodo feriale, sono scaduti il 28/10/2019.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Per quanto riguarda la questione della costituzione in giudizio della banca convenuta, valgono le seguenti osservazioni.

Nella seconda comparsa conclusionale parte attrice ha ribadito che "... Dagli atti del processo telematico appare chiara la mancata costituzione in giudizio della banca e la consequenziale dichiarazione di contumacia della convenuta che potrà essere dichiarata dal Giudice in Sentenza. ..."; che "... Dallo storico del fascicolo telematico del presente giudizio risulta inserita da parte della cancelleria in data 21 ottobre 2016, la seguente annotazione: "*Oggetto: Per l'avv. ██████ non risulta nessuna costituzione telematica*". Ciò nonostante, controparte ha continuato a depositare i propri atti a mezzo del PCT. ..."; che "... La circostanza della mancata costituzione risulta altresì suffragata dalla documentazione prodotta da controparte. Infatti con la nota di deposito del 19/5/2017 controparte ha allegato sub A) comparsa di costituzione e risposta depositata il 19/9/2016 con ricevuta di deposito. In realtà dai documenti prodotti da controparte si evince chiaramente l'esito del deposito della comparsa avversaria che è stato rifiutato dalla cancelleria così come risulta dalla comunicazione di cancelleria del 22/9/2016 che riporta: "*Descrizione esito: ATTI RIFIUTATI*" ..."; che "... Successivamente al detto rifiuto l'atto non è mai stato rinnovato, non risulta effettuata nuova e/o ulteriore costituzione in giudizio da parte della convenuta che deve pertanto considerarsi contumace a tutti gli effetti di legge. ..."; che "... La circostanza appena descritta è provata dalla nota di deposito telematico della comparsa di costituzione e risposta allegata come doc. 21 nella precedente comparsa conclusionale del 30/10/2018 ..." e che "... Se così è, la contumacia della convenuta renderebbe invalide tutte le sue difese con la conseguenza che tutti gli atti depositati dalla banca sarebbero nulli e non dovrebbero venire



valutati dal Giudice ai fini della decisione finale. Comprese tutte le osservazioni evidenziate dal Ctp della convenuta in sede di consulenza tecnica d'ufficio. ..." (cfr. seconda comparsa conclusionale di parte attrice).

Da parte sua la convenuta nella seconda comparsa conclusionale ha ribadito che "... in data 22/5/2017, nelle more delle ricerche del fascicolo d'ufficio disposte dall'Ill.mo Sig. Giudice ed al fine di superare ogni questione, la convenuta ha ridepositato i seguenti atti e documenti già depositati telematicamente: a) comparsa di costituzione e risposta depositata il 19/9/16 e relativi documenti (con ricevute di deposito telematico); b) memoria ex art. 183 co. VI n. 1) c.p.c. depositata il 20/10/16 (con ricevute di deposito telematico); c) memoria ex art. 183 co. VI n. 2) c.p.c. depositata il 21/11/16 (con ricevute di deposito telematico) e d) memoria ex art. 183 co. VI n. 3) c.p.c. depositata il 12/12/16 (con ricevute di deposito telematico), ritenuti perfettamente ammissibili. ..."; che "... Con particolare riferimento alla comparsa di costituzione e risposta depositata telematicamente in data 19/9/2016 ed in forma cartacea all'udienza di prima comparizione del 20/9/2016, si ribadisce che -in conformità al disposto di cui all'art. 16bis del D.L. 179/12 (convertito in L. 221/12), in materia di obbligatorietà del deposito telematico degli atti processuali- *"Il deposito con modalità telematiche si ha per avvenuto al momento in cui viene generata la ricevuta di avvenuta consegna da parte del gestore di posta elettronica certificata del Ministero della Giustizia"* (anche in relazione all'analoga previsione di cui all'art. 13, comma II, D.M. 21/2011). In tal senso, per come rilevato in corso di causa, non rileva l'eventuale successivo rifiuto dell'atto da parte della cancelleria, ..." e "... D'altra parte, all'esito della citata udienza del 20/9/2016, sono state regolarmente depositate per via telematica ed accettate dal sistema le successive memorie ex art. 183 comma VI c.p.c., né controparte -peraltro non comparsa all'udienza del 14/2/2017, ove l'Ill.mo Sig. Giudice si è riservato di provvedere in ordine alle istanze istruttorie- ha mai sollevato eccezioni di sorta al riguardo, sviluppando le proprie difese in relazione a tutti gli atti depositati dalla Banca, che, ad ulteriore conferma della propria regolare costituzione in giudizio, ha regolarmente ricevuto le comunicazioni e gli avvisi di Cancelleria. ..." (cfr. seconda memoria conclusionale di replica).

Tanto premesso, si osserva che all'udienza di prima comparizione del 12/4/2016, visto anche quanto evidenziato nel decreto 10/3/2016, veniva assegnato nuovo termine a parte attrice per il rinnovo della notificazione alla convenuta; che alla successiva udienza del 20/9/2016 si dava atto che era comparso "... per parte convenuta [REDACTED] - [REDACTED] [REDACTED] PA l'avv.to [REDACTED], in sostituzione dell'avv.to [REDACTED]

per delega orale, il quale dà atto di essersi costituito telematicamente e deposita copia di cortesia della comparsa di risposta; insiste come in atti; non si oppone alla riunione ...” (cfr. verbale di udienza); che, disposta la riunione alla causa n° 128/2016 delle cause identiche nn° 1311/16 e 1239/16 Rg, era disposto rinvio all’udienza del 14/2/2017 con assegnazione dei richiesti termini ex art. 183/6 c.p.c., osservati da entrambe le parti con accettazione dal sistema anche delle memorie di parte convenuta.

Pertanto, premesso che con nota di deposito del 22/5/2017 parte convenuta ha provveduto ad ogni buon conto a ridepositare telematicamente, per quanto di interesse, la comparsa di risposta depositata il 19/9/2016 (con ricevute di deposito telematico) e la procura generale e pur prendendo atto dell’originaria comunicazione di Cancelleria del 22/9/2016 (“Descrizione esito: ATTI RIFIUTATI”), deve ritenersi che ogni questione sulla costituzione della convenuta sia ormai superata, anche in considerazione del fatto che lo stesso sistema ha consentito il deposito delle memorie ex art. 183/6 c.p.c. e degli scritti conclusionali da parte della convenuta, così da far considerare superata l’originaria situazione segnalata.

Passando finalmente al merito, la domanda dell’attore è sostanzialmente fondata e va accolta nei limiti che seguono.

In ordine alla parte attrice è indifferente riferirsi alla ditta, in persona del titolare, ovvero alla persona fisica, titolare della ditta stessa (cfr. Cass. 8784/1998: “*La ditta e' segno distintivo dell'imprenditore, ma non e' soggetto distinto dal suo titolare, e pertanto questi, pur senza specificare la sua qualità, e' legittimato ad opporsi ad un decreto ingiuntivo emesso nei confronti di quella*”; Cass. 9260/2010; Cass. 977/2007; Cass. 28888/2008; Cass. 19735/2014).

Richiamato quanto esposto in precedenza, si ricorda in breve che risultano formalmente sottoscritti due contratti IRS da parte dell’attore: contratto derivato (IRS) del 22/6/2007 con scadenza 29/6/2012 ed estinto e contratto derivato (IRS) del 15/7/2008 con scadenza al 31/12/2028.

Preliminarmente appare opportuno aprire una parentesi sulla natura dei contratti di Swap.

I contratti di swap, secondo la definizione maggiormente in uso -adottata peraltro dalla Consob in alcune sue delibere-, si identificano con quei contratti atipici mediante i quali due parti si accordano per scambiarsi, in base a regole e formule prestabilite, dei flussi finanziari futuri, il cui ammontare è determinato in relazione ad un valore sottostante: al termine del periodo fissato, il contratto verrà normalmente eseguito mediante il pagamento del differenziale. In base al tipo di parametro o variabile di mercato preso in considerazione per



determinare la natura dei flussi di cassa, che genera differenti combinazioni di contratti, si possono distinguere: swap su valute (*currency swap*), swap su merci (*commodity swap*), swap sul rischio di credito e swap su tassi di interessi, quali quelli oggetto di causa.

La suddetta materia, all'epoca del primo contratto (giugno 2007), era disciplinata, quanto alla normativa primaria, dal D.Lgs 58/1998 (TUF), entrato in vigore l'1/7/1998, così come in vigore era il Regolamento Consob n° 11522/1998 (normativa di rango secondario), mentre all'epoca del secondo (luglio 2008) era disciplinata sempre dal D.Lgs 58/1998 (TUF), come peraltro modificato in forza del D.Lgs 164/2007 entrato in vigore in data 1/11/2007, e dal Regolamento Consob n° 16190/2007 del 29/10/2007, pubblicato sulla GU 255 del 2/11/2007. Attualmente è in vigore il Regolamento Consob n° 20307 del 15 febbraio 2018.

Per quel che interessa in questa sede e richiamati i brevi accenni iniziali, va ricordato che il contratto di swap su tassi di interessi -denominato anche *interest rate swap* o IRS- si configura allorquando le parti si accordano per scambiarsi i flussi di cassa che hanno natura di interessi, calcolati su un capitale di riferimento di un determinato ammontare (detto capitale 'nozionale', che non è oggetto di effettivo scambio tra le parti) per tutta la durata del contratto. In altre parole, con tale contratto le parti si impegnano a versare e a riscuotere, a date prestabilite, importi determinati in base al differenziale di tassi di interesse diversi (ad esempio, il differenziale tra un tasso fisso ed uno variabile).

Gli elementi fondamentali di un IRS, da definire in sede di stipula dei contratti, sono: 1) la data di stipulazione del contratto (*trade date*); 2) il capitale di riferimento, detto 'nozionale' (*notional principal amount*), che non viene scambiato tra le parti, e serve unicamente per il calcolo degli interessi; 3) la data di inizio (*effective date*), dalla quale cominciano a maturare gli interessi (normalmente due giorni lavorativi dopo la *trade date*); 4) la data di scadenza (*maturity date* o *termination date*) del contratto; 5) le date di pagamento (*payment dates*), e cioè le date in cui vengono scambiati i flussi di interessi; 6) il livello del tasso fisso, pagato da una delle controparti; 7) il tasso variabile di riferimento pagato dall'altra e la relativa data di rilevazione (*fixing date*). Tale tasso, in genere, è individuato nel tasso interbancario europeo (Euribor) o londinese (Libor – London Interbank Offer Rate), desumibili dal mercato sulla base delle dichiarazioni delle principali banche, rispettivamente, europee e londinesi.

Tra i suddetti elementi assume particolare rilievo il 'capitale nozionale', che può essere fisso (*bullet IRS*), in cui si persegue la copertura dei rischi di oscillazione degli interessi relativi ad un finanziamento di medio-lungo termine, in cui il capitale venga

restituito interamente solo alla scadenza, o a scalare nel tempo (*amortising IRS*), come nel caso in cui la copertura sia riferita ad un finanziamento che prevede un piano di ammortamento del capitale da restituire.

La forma più semplice di IRS è quella denominata *Plain vanilla* (o *fixed to floating interest rate swap*). Nel *plain vanilla* le parti (cliente e banca) si scambiano flussi di denaro, applicando al nozionale rispettivamente un tasso di interesse fisso e un tasso variabile, quest'ultimo rilevato sul mercato alle date di pagamento dei flussi. In realtà, non avviene mai lo scambio delle intere cedole di interessi, ma soltanto del differenziale generato fra interessi a debito ed a credito.

A partire dagli anni '90 accanto ai *plain vanilla* le banche hanno introdotto dei nuovi strumenti derivati, detti strutturati, che combinano il classico *plain vanilla* con opzioni di tipo 'cap' o 'floor'. L'opzione 'cap' (letteralmente 'cappello') è un'opzione che fissa un tetto massimo all'oscillazione verso l'alto del tasso variabile; in tal modo, per tassi al di sopra della soglia stabilita si attiva l'opzione e, quindi, ci si protegge dall'aumento dei tassi. L'opzione 'floor' (letteralmente 'pavimento'), invece, è un'opzione che fissa un limite minimo all'oscillazione del tasso variabile e serve a proteggere da un eccessivo ribasso dei tassi. La composizione tra l'acquisto di un'opzione 'cap' e la vendita di un'opzione 'floor' genera un contratto 'collar' (letteralmente 'colletto'), mediante il quale viene fissata una fascia di oscillazione del tasso variabile individuato.

Inoltre, il contratto di swap può essere stipulato sia al fine di perseguire una finalità di copertura (con l'obiettivo, cioè, di contenere il rischio derivante dall'oscillazione dei tassi di interesse in relazione ad un sottostante impegno finanziario) sia al fine di perseguire una finalità puramente speculativa (con l'obiettivo, quindi, di guadagnare 'scommettendo' sull'evoluzione dei tassi).

Indipendentemente dalla finalità per la quale viene stipulato, il contratto di swap è un contratto aleatorio.

In questo senso si esprime un consolidato orientamento giurisprudenziale e dottrinale, che include la fattispecie atipica in questione nell'ambito dei contratti in cui l'entità della prestazione dipende da fatti incerti o ignoti alle parti, al pari delle scommesse e dei giochi autorizzati, di alcune forme di rendita e per certi versi anche delle assicurazioni (cfr. Cass. 10598/2005, che definisce il *domestic currency swap* come "... contratto aleatorio, con il quale due parti si obbligano, l'una all'altra, a corrispondere alla scadenza di un termine, convenzionalmente stabilito, una somma di denaro (in valuta nazionale) quale differenza tra



il valore (espresso in valuta nazionale) di una somma di valuta estera al tempo della conclusione del contratto e il valore della medesima valuta estera al momento della scadenza del termine stabilito” e anche Corte Cost. 52/2010, che dà atto del “... carattere intrinsecamente aleatorio ...” dei “... contratti aventi ad oggetto strumenti finanziari derivati ...”).

Il carattere aleatorio del contratto di swap si desume in via interpretativa anche dal dato normativo offerto dall’art. 23, 5° comma, del TUF, il quale statuisce che “nell’ambito della prestazione dei servizi e attività di investimento, agli strumenti finanziari derivati nonché a quelli analoghi individuati ai sensi dell’articolo 18, comma 5, lettera a), non si applica l’articolo 1933 del codice civile”, in base al quale è previsto che “non compete azione per il pagamento di un debito di giuoco o di scommessa, anche se si tratta di giuoco o di scommessa non proibiti”. L’esclusione dell’applicabilità dell’art. 1933 c.c. ha, infatti, senso nei limiti in cui il legislatore ritenga che la natura giuridica del derivato come scommessa autorizzata possa comportare l’applicazione della c.d. eccezione di gioco.

Tanto premesso in ordine alla natura giuridica del contratto, occorre passare ad esaminarne l’oggetto e la causa.

Mentre può ritenersi largamente condiviso l’orientamento della giurisprudenza che individua l’oggetto del contratto nello scambio di differenziali a determinate scadenze, la definizione della sua causa è certamente più controversa, rinvenendosi alcune pronunce di merito che la riassumono in ogni caso in “una scommessa che entrambe le parti assumono” e nello scambio di rischi finanziari (Corte d’Appello di Milano, 18 settembre 2013, n. 3459) e altre che fanno riferimento ad una nozione di causa in concreto, distinguendo i contratti con finalità di copertura da quelli con finalità speculativa.

Secondo il primo orientamento l’alea, che caratterizza il contratto di swap, deve essere necessariamente bilaterale.

In altre parole, l’incertezza del futuro prezzamento dei valori a cui i differenziali sono indicizzati e la connessa alea devono rappresentare un rischio presente e reale in capo ai contraenti, anche se non necessariamente equamente distribuito. Parlare di alea bilaterale, quindi, vuol dire non che l’alea debba incidere in maniera uguale sui patrimoni dei contraenti, ma che vi deve essere a monte una componente di rischio apprezzabile in capo ad entrambi, anche se di diversa entità.

In conclusione l’alea bilaterale -ovvero l’incertezza sull’andamento dei due differenziali contrapposti- rappresenta un elemento essenziale della causa del contratto di

swap, elemento la cui effettiva presenza consente di effettuare con esito positivo, sul presupposto della sussistenza di un'apprezzabile componente di rischio in capo ad entrambi i contraenti, il giudizio di meritevolezza ex art. 1322 c.c. circa l'operazione atipica posta in essere.

Tale ricostruzione consente di elaborare un parametro di valutazione valido tanto per lo swap con funzione di copertura quanto per lo swap con funzione meramente speculativa, con l'avvertenza -da un lato- che nello swap, che nasce con dichiarata funzione di copertura, la valutazione circa l'eventuale squilibrio dell'alea deve essere effettuata in maniera più rigorosa, tenendo anche a mente il collegamento con l'operazione sottostante di finanziamento, l'interesse concreto del cliente al contenimento del rischio e la funzione dell'intermediario, sempre tenuto ex art. 21 TUF ad agire nell'interesse dell'investitore, e - dall'altro- che contratti che non consentono la valutazione positiva di tali elementi devono ritenersi privi del requisito della causa di cui all'art. 1325 c.c., inteso come idoneità dello stesso a soddisfare gli interessi in concreto perseguiti ed esplicitati nello stesso contratto da entrambe le parti.

Secondo altro orientamento, si deve verificare se il contratto IRS, proposto dall'intermediario al cliente e previsto appunto in funzione di copertura, assolvesse in concreto a detta funzione di copertura.

Ciò posto, l'Organo di vigilanza dei mercati finanziari, la CONSOB, con la Direttiva 26 febbraio 1999, n° 9901391 ha chiarito che, affinché le operazioni su derivati possano essere considerate di copertura, è necessario che: "a) le operazioni su derivati siano esplicitamente poste in essere per ridurre la rischiosità delle altre posizioni detenute dal cliente (c.d. posizioni base); b) sia elevata la correlazione tra le caratteristiche tecnico finanziarie (scadenza, tasso di interesse, tipologia, ecc.) dell'oggetto della copertura e dello strumento finanziario utilizzato a tal fine; c) le condizioni di cui ai punti precedenti risultino documentate da evidenze interne degli intermediari e siano approvate, anche in via generale con riguardo a caratteristiche ricorrenti, dalla funzione di controllo interno".

Al riguardo, come da consolidata giurisprudenza dell'Ufficio, è stato precisato che *"... affinché al derivato possa essere riconosciuta una finalità di 'copertura' è necessario che vi sia una stretta correlazione tra: 1) il nozionale del contratto derivato e il complessivo debito oggetto di copertura, assunti nell'importo originario e via via in quello residuo nel tempo; 2) il tasso applicato sul debito e quello utilizzato nell'IRS; 3) le scadenze dei pagamenti del debito e quelle delle cedole previste dall'IRS; 4) la durata del debito e quella*



dell'IRS." (cfr. Tribunale Roma 8 gennaio 2016), con la precisazione che, ai fini della validità del contratto di IRS, si ritiene necessaria la compresenza di tutte le anzidette condizioni, dovendosi addivenire ad una dichiarazione di nullità del contratto in esame qualora dovesse mancare anche una sola di esse.

In ordine alla problematica sulla meritevolezza della causa ex art. 1322 c.c. e sugli obblighi di diligenza della banca, anche con riferimento alla citata Direttiva Consob del 1999, si rammenta che la Cassazione ha ribadito che *"in tema di meritevolezza degli interessi perseguiti con contratti atipici ex art. 1322 c.c., in particolare per i contratti c.d. 'derivati', 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. (Nella specie, riguardante contratti derivati 'interest rate swap' con natura di operazioni 'di copertura', la S.C., in applicazione dell'esposto principio, ha cassato la sentenza di appello, richiamando altresì specificamente il rispetto delle condizioni di cui alla determinazione Consob 26 febbraio 1999, evidenziando la necessaria stretta correlazione tra l'operazione di 'copertura' e il rischio da coprire)"* (cfr. Cass. 19013/2017).

Al riguardo -si tratta di principi a maggior ragione applicabili dopo la riforma operata con il D.Lgs 164/2007 e con il Regolamento Consob n° 16190/2007-, è stato evidenziato dalla Cassazione che *"... si manifestano rilevanti prima di tutto per lo svolgimento della valutazione di meritevolezza di cui alla norma dell'art. 1322 cod. civ. tanto la norma guida dell'art. 21 TUF quanto la norma regolamentare dell'art. 26, che di tale regola viene a manifestarsi come applicazione primaria e di base. ..."*; che *"... l'operatività in derivati in genere -e pure quella in derivati IRS in specie- si manifesta molto variegata, al di là della notazione (appena identificativa di una base comune, in fondo) che gli stessi si realizzano attraverso il meccanismo del differenziale. Diversità che vengono a toccare, tra le altre cose, l'oggetto del contratto derivato (parametri adottati per l'operare del meccanismo differenziale compresi), l'eventuale mercato di riferimento, la peculiare conformazione delle strutture, le specifiche funzionali. Sotto quest'ultimo profilo -che all'evidenza riveste un peso determinante- comunemente si distingue, così, tra derivati IRS di copertura e derivati IRS invece di speculazione (di grado più o meno accentuato, secondo una distinzione che scende a un ulteriore livello). ..."*; che *"... In relazione a questa vasta articolazione operativa viene pure a specificarsi la clausola generale del necessario operare nell'interesse del cliente investitore, che appena sopra si è visto venire in rilevanza per 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). ..." e, con specifico riferimento alla funzione di 'copertura', che "... si deve allora rilevare che la Consob, nella sua Determinazione 26 febbraio 1999, DL/99013791, è andata appunto a indicare le caratteristiche che un'«operazione in strumenti finanziari deve possedere per essere considerata 'di copertura'», ... (e)... 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». ...", con la conseguenza che "..., 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 cod. civ.- si traduca, in relazione alle operazioni in derivati IRS con funzioni di copertura, nel rispetto delle sopra elencate condizioni. ..." e 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. ..." (cfr. citata Cass. 19013/2017, in motivazione).

Dunque il contratto di swap non è di per sé ed automaticamente immeritevole di tutela, dovendo lo stesso essere valutato in concreto nel quadro di applicazione dell'art. 1322, 2° comma, c.c..

Parte attrice ha articolato la domanda con riferimento a vizi connessi alla natura ed alla funzione dei contratti derivati ovvero con riferimento ad invalidità connesse al contratto quadro ed alla condotta della banca ovvero ancora a vizi funzionali ed al riguardo appare opportuno, in base al principio sulla ragione più liquida, iniziare dalla domanda di nullità e/o inefficacia, svolta al capo n° 4) delle conclusioni attoree (" ... 4) In via subordinata, previe le declaratorie tutte del caso: accertato che l'oggetto dei contratti di swap di cui è causa non è determinato o determinabile ex art. 1346 c.c. con conseguente declaratoria di nullità degli stessi e comunque l'inefficacia ex art. 1322 c.c.; per l'effetto condannar,

in persona del proprio legale rappresentante pro tempore, a



restituire/corrispondere la somma di euro 282.390,47 relativa agli addebiti ad oggi corrisposti e/o comunque addebitati dalla banca convenuta all'attore, con interessi legali ex art. 1284 comma 4° c.c. e rivalutazione monetaria dai singoli pagamenti o dalla domanda al saldo effettivo, o in quella diversa somma che risulterà di giustizia liquidare....").

Parte attrice ha prospettato due profili di invalidità: uno connesso alla mancanza di determinazione o di determinabilità dell'oggetto del contratto di swap ed un altro connesso alla mancanza di meritevolezza.

Nel corso del giudizio, con ordinanza riservata 13/3/2017, è stata ammessa ctu con il seguente quesito: " ... 1) descriva il Ctu il funzionamento, sotto il profilo economico-finanziario, dei due citati contratti di swap intercorsi tra le parti a pretesa copertura, come allegato in atti, di due contratti di mutuo stipulati in data 10/7/2006 per 800.000,00 euro e in data 15/7/2008 per 400.000,00 euro; 2) indichi se il nozionale preso a riferimento in ciascuno dei due contratti swap corrispondesse effettivamente al complessivo debito della parte attrice relativo ai richiamati contratti di mutuo; 3) precisi se, in ragione dell'indebitamento della parte attrice verso la banca convenuta e delle specifiche dei due contratti descritti al punto 1 che precede, possa dirsi che i contratti di swap abbiano avuto una finalità di mera copertura dei rischi derivanti dalle oscillazioni dei tassi; 4) evidenzi se i contratti abbiano indicato, con sufficiente chiarezza, i rischi a carico della parte attrice sia in merito alle possibili perdite derivanti dagli swap, sia in merito al possibile deprezzamento del mark to market e quindi del costo di estinzione; 5) specifichi le relative corresponsioni effettuate da una parte nei confronti dell'altra sulla base dei contratti di swap; 6) specifichi se, nel caso di specie, vi siano stati pagamenti -a titolo di 'costi impliciti'- non espressamente previsti nei contratti, evidenziandone eventualmente l'entità; 7) accerti se e quali siano state le eventuali perdite, a titolo di addebiti, versamenti di differenziali alle scadenze ed a qualsiasi altro titolo, complessivamente subite dalla parte attrice in dipendenza degli swap per cui è causa"; ...", con integrazione dei quesiti come da ordinanza pronunciata, dopo alcuni rinvii per mancato rinvenimento del fascicolo d'ufficio, all'udienza del 23/5/2017, nei seguenti termini " ... 8) se vi sia stata corrispondenza inversa tra i flussi pagati a titolo di differenziali negativi e quelli a titolo di interessi sui debiti sottostanti (scaturenti dai finanziamenti beneficiati); 9) se il tasso applicato fosse compatibile con le condizioni di mercato al momento della stipula delle operazioni; 10) se le operazioni contestate rientrassero nell'ambito della negoziazione in conto proprio, per cui la Consob prevedeva che "il prezzo praticato al cliente devè

presumersi comprensivo della remunerazione dell'intermediario a fronte del servizio reso" (Comunicazione Consob DAL/97007264 del 20/08/97) e che "la mancata evidenziazione delle commissioni di negoziazione, nel caso di negoziazioni eseguite dall'intermediario per conto proprio, agendo quindi in qualità di dealer, risponde alla natura tipica di tale modalità di esecuzione degli ordini" (Comunicazione Consob DI/99014081 del 01/03/99); 11) se i differenziali scaturenti dalle operazioni contestate siano stati effettivamente pagati od oggetto di mero addebito contabile su conto con saldo già negativo. ..." (cfr. citata ordinanza).

Come detto, il profilo di nullità e/o inefficacia, per quanto qui di interesse, è stato prospettato dall'attore con riferimento alla indeterminatezza ed indeterminabilità dell'oggetto dei contratti di swap ex art. 1346 c.c. e con riferimento alla mancanza di meritevolezza ex art. 1322 c.c..

Iniziando subito da quest'ultimo profilo, valgono le seguenti osservazioni.

Al riguardo già è stata richiamata Cass. 19013/2017, in base alla quale nella valutazione, ex art. 1322 c.c., della meritevolezza degli interessi perseguiti con un contratto derivato IRS, non si può prescindere dalla clausola generale di condotta desumibile dall'art. 21 TUF e dall'art. 26 Regolamento Consob n. 11522/1998, nonché, per i contratti IRS con convenuta funzione di copertura, dalla verifica dell'effettivo rispetto delle condizioni stabilite dalla precedentemente richiamata Direttiva Consob del 26 febbraio 1999.

Gli stessi principi, a maggior ragione, valgono per i contratti sottoscritti nella vigenza della più rigorosa nuova disciplina, su richiamata.

In tale contesto, nell'ottica del giudizio di meritevolezza degli interessi perseguiti (art. 1322 c.c.), da effettuare in relazione al necessario operare dell'intermediario nell'interesse del cliente, assume rilievo, alla luce della richiamata giurisprudenza di legittimità (cfr. citata Cass. 19013/2017), la concreta finalità di copertura del derivato, in relazione ad un sottostante rapporto, qualora in tali termini l'operazione sia stata proposta dall'intermediario ed accettata dal cliente: sul punto vale quanto già esposto.

In conclusione, in relazione alle operazioni in derivati IRS con funzioni di copertura, l'interesse del cliente deve essere sempre perseguito dall'intermediario, a ciò tenuto per legge, con il rispetto delle condizioni previste per poter attribuire in concreto al derivato detta funzione, con la conseguenza che l'interesse del cliente, da ritenere sussistente in relazione al compimento di operazioni di effettiva copertura, non può ritenersi soddisfatto quando l'operazione in concreto intervenuta non abbia rispettato in concreto le condizioni su riportate.



Punto di partenza è l'art. 21 del D.Lgs 58/1998 TUF, che, nel testo vigente all'epoca del primo contratto e per quanto qui di interesse in relazione alla domanda attrice, prevedeva che "nella prestazione dei servizi di investimento e accessori i soggetti abilitati devono: a) comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza, nell'interesse dei clienti e per l'integrità dei mercati; b) acquisire le informazioni necessarie dei clienti e operare in modo che essi siano sempre adeguatamente informati; c) organizzarsi in modo tale da ridurre al minimo il rischio di conflitti di interesse e, in situazioni di conflitto, agire in modo da assicurare comunque ai clienti trasparenza ed equo trattamento ...".

In attuazione delle succitate norme di legge di cui all'art. 21 del TUF, il Regolamento Consob n. 11522/1998 all'epoca vigente prevedeva a carico dei soggetti abilitati, tanto prima della stipulazione del contratto quadro e dell'inizio della prestazione dei servizi di investimento e dei servizi accessori a questi collegati quanto successivamente, nella fase di prestazione dei servizi in base agli ordini del cliente, degli specifici obblighi di condotta diligente e che erano finalizzati a porre il cliente sempre in condizione di valutare appieno la natura, i rischi e le implicazioni delle singole nuove operazioni di investimento e di disinvestimento nonché di conoscere ogni fatto utile a decidere consapevolmente.

Assume rilievo in tale contesto la disposizione dell'art. 26 del medesimo Regolamento Consob 11522/1998 (Regole generali di comportamento), in base al quale era previsto che: "1. Gli intermediari autorizzati, nell'interesse degli investitori e dell'integrità del mercato mobiliare: a) operano in modo indipendente e coerente con i principi e le regole generali del Testo Unico; b) rispettano le regole di funzionamento dei mercati in cui operano; c) si astengono da ogni comportamento che possa avvantaggiare un investitore a danno di un altro; d) eseguono con tempestività le disposizioni loro impartite dagli investitori; e) acquisiscono una conoscenza degli strumenti finanziari, dei servizi nonché dei prodotti diversi dai servizi di investimento, propri o di terzi, da essi stessi offerti, adeguata al tipo di prestazione da fornire; f) operano al fine di contenere i costi a carico degli investitori e di ottenere da ogni servizio d'investimento il miglior risultato possibile, anche in relazione al livello di rischio prescelto dall'investitore.

Con riferimento al secondo contratto (luglio 2008), si rileva che il citato art. 21 del D.Lgs 58/1998, nel nuovo testo vigente all'epoca e per quanto qui di interesse, prevedeva, in maniera sostanzialmente analoga, che "nella prestazione dei servizi e delle attività di investimento e accessori i soggetti abilitati devono: a) comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza, per servire al meglio l'interesse dei clienti e per l'integrità dei mercati; b)

acquisire le informazioni necessarie dai clienti e operare in modo che essi siano sempre adeguatamente informati; c) utilizzare comunicazioni pubblicitarie e promozionali corrette, chiare e non fuorvianti; d) disporre di risorse e procedure, anche di controllo interno, idonee ad assicurare l'efficiente svolgimento dei servizi e delle attività" (comma 1°) e che "Nella prestazione dei servizi e delle attività di investimento e dei servizi accessori: a) adottano ogni misura ragionevole per identificare i conflitti di interesse che potrebbero insorgere con il cliente o fra i clienti, e li gestiscono, anche adottando idonee misure organizzative, in modo da evitare che incidano negativamente sugli interessi dei clienti; b) informano chiaramente i clienti, prima di agire per loro conto, della natura generale e/o delle fonti del conflitto di interesse quando le misure adottate ai sensi della lettera a) non sono sufficienti per assicurare, con ragionevole certezza, che il rischio di nuocere agli interessi dei clienti sia evitato; c) svolgono una gestione indipendente, sana e prudente e adottano misure idonee a salvaguardare i diritti dei clienti sui beni affidati" (comma 1° bis).

In attuazione delle succitate norme di legge di cui all'art. 21 del TUF, il Regolamento Consob n° 16190/2007 del 29/10/2007 prevedeva a carico dei soggetti abilitati altrettanti obblighi di condotta diligente sia prima che dopo la stipulazione del contratto quadro.

Dunque anche con la successiva disciplina, al fine di meglio realizzare gli interessi dei clienti, continuavano ad essere previsti -a carico dell'intermediario- obblighi di condotta, peraltro ancora più rigorosi, che riguardavano sia la fase precedente la stipulazione del contratto quadro sia la fase successiva e quindi la fase della sua corretta esecuzione in relazione ad ogni singola nuova operazione, atteso che il cliente deve essere sempre posto nelle condizioni di valutare appieno la natura, i rischi e le implicazioni delle singole nuove operazioni nonché di conoscere ogni fatto utile a decidere consapevolmente.

Per quanto riguarda l'oggetto dell'informazione, va ribadito che è ormai principio pacifico nella giurisprudenza di merito e di legittimità che non è sufficiente la mera descrizione dell'operazione in sé considerata né la semplice avvertenza che si limiti a far generico riferimento all'eventuale inadeguatezza dell'operazione rispetto alle informazioni ricevute; infatti si è ritenuto che l'idoneità dell'informazione debba essere valutata in stretta connessione con l'adeguatezza dell'operazione in relazione anche alle caratteristiche soggettive del cliente.

In tale contesto ed al di là di quanto dichiarato dall'attore in sede di profilatura -in detta sede (doc. 4A di parte attrice), come del resto rilevato anche dal Ctu, alla domanda 'Conosce le implicazioni in termini di rischio della operatività in strumenti derivati?' aveva



risposto di 'No' ed alla domanda 'Dispone di una struttura organizzativa deputata alla gestione degli investimenti in strumenti finanziari?' aveva analogamente risposto di 'No' - va osservato che, se è pur vero che al cliente, avente qualifica di 'operatore qualificato', non si applicano le disposizioni del Regolamento che impongono, come regola generale, di fornire un'ampia gamma di informazioni, è altrettanto vero che non viene comunque meno il riferimento agli obblighi di condotta, di cui al citato art. 26 Regolamento Consob 11522/1998, atteso che l'esonero non riguarda appunto detto articolo, in tema di generale obbligo di comportamento nell'interesse del cliente.

Dunque, ricordati gli obblighi della banca convenuta in tema di informazione (attiva e passiva) e di tenuta di una condotta diligente al fine di tutelare al meglio gli interessi del cliente, così come imposti dalla normativa primaria e secondaria di riferimento, va verificato se sussistesse in concreto la funzione di copertura in relazione ai due derivati.

In tale quadro si tratta pertanto di verificare la sussistenza in concreto della necessaria elevata correlazione tra le caratteristiche tecnico-finanziarie dello strumento utilizzato e dell'oggetto della copertura, alla luce della richiamata Direttiva Consob del 26 febbraio 1999 e della richiamata giurisprudenza di legittimità (cfr. citata Cass. 19013/2017) e di merito (cfr. citata Tribunale Roma 8 gennaio 2016).

In ordine alla concreta finalità di copertura del derivato, qualora lo stesso avesse una tale finalità, è necessario -come detto- che vi sia una stretta correlazione tra: 1) il nozionale del contratto derivato e il complessivo debito oggetto di copertura, assunti nell'importo originario e via via in quello residuo nel tempo; 2) il tasso applicato sul debito e quello utilizzato nell'IRS; 3) le scadenze dei pagamenti del debito e quelle delle cedole previste dall'IRS e 4) la durata del debito e quella dell'IRS: va ribadito che, ai fini che qui rilevano, è necessaria la compresenza di tutte le anzidette condizioni.

Preliminarmente, premesso che l'onere di provare il rispetto della normativa primaria e secondaria in tema di intermediazione finanziaria grava sull'intermediario, va ribadito che gravava sulla banca, al fine di provare l'avvenuto rispetto della più volte richiamata Direttiva Consob del 1999, l'onere di produrre idonea documentazione a riprova dell'allegata funzione di copertura dei due derivati.

Orbene, in risposta al quesito n° 1, il Ctu, con riferimento al contratto IRS del 22/6/2007, ha precisato che " ... le caratteristiche tecniche del contratto derivato in esame sono tali da fornire una copertura alle oscillazioni del tasso di interesse su posizioni debitorie sottostanti a tasso variabile ...", non senza aver peraltro premesso, previa descrizione delle

caratteristiche del derivato stesso, che "... Quanto sinora evidenziato riguarda esclusivamente le caratteristiche ed il funzionamento del contratto di Swap in esame, così come è stato stipulato, a prescindere dalla effettiva presenza di un indebitamento sottostante che presenti una struttura finanziaria coerente con il derivato stesso; la verifica della coerenza delle caratteristiche dell'IRS in esame con quelle dell'elemento da coprire verrà effettuata nelle risposte ai punti 2) e 3) del quesito peritale. ..." (cfr. ctu a pag. 10). Identiche conclusioni sono state esposte con riferimento al contratto IRS del 15/7/2008 (cfr. ctu a pag. 13).

In relazione al quesito n° 2 il Ctu ha precisato, con riferimento al primo contratto IRS del 22/6/2007, che "... Alla data di stipula del primo contratto IRS (22/06/2007) la società attrice aveva in essere un contratto di mutuo acceso in data 10 luglio 2006 di € 800.000,00 erogato in data 29 settembre 2006. Di tale contratto di mutuo sono stati rinvenuti nella documentazione di causa l'atto di stipula e l'atto integrativo e di quietanza. Tale ultimo documento è risultato essere mancante dell'allegato C, che in base a quanto risulta dall'art. 2 dell'atto integrativo e di quietanza doveva riportare il piano di ammortamento del mutuo. ..."; che "... La possibilità di esaminare tale documento sarebbe stata essenziale non solo per verificare il debito residuo alla data di inizio dell'IRS ma anche per poter esprimere un giudizio sull'effettiva funzione di copertura espletata del contratto di Interest Rate Swap. Infatti per dare un giudizio sull'idoneità di un derivato a fungere da strumento di copertura, l'analisi non può essere limitata al momento della sua conclusione ma deve necessariamente essere estesa a tutto il periodo di ammortamento. ..."; inoltre, premesso che "... Nell'impossibilità di poter visionare tale importante documento l'analisi è stata comunque condotta in base agli elementi desumibili dalla documentazione in nostro possesso, nella consapevolezza che i risultati emersi non possono dirsi, in ogni caso, completi ed esaustivi. ...", il Ctu ha evidenziato che "... Mettendo a confronto le caratteristiche del mutuo con quelle dell'IRS emerge innanzitutto che alla data di inizio del derivato, 1/7/2007, l'ammortamento del mutuo era già iniziato da sei mesi ed era già scaduta la prima delle rate di rimborso (30 giugno 2007) che, in base a quanto previsto dall'art. 2 dell'atto integrativo, comprendevano una quota capitale ed una quota interessi. Di conseguenza, seppur nell'impossibilità di verificare il piano di ammortamento, è possibile affermare, con un sufficiente grado di certezza, che all'1/7/2007 data di inizio dell'IRS, il debito residuo del mutuo fosse minore rispetto al suo valore iniziale e che pertanto non coincidesse con il nozionale del derivato pari a € 800.000,00. ..." e che pertanto, pur con i ricordati limiti cui era soggetta l'analisi effettuata, "... è possibile affermare con sufficiente grado di certezza che al



momento dell'inizio del contratto di IRS il capitale nozionale iniziale del derivato non corrispondesse al debito residuo del contratto di mutuo. Non è invece, stato possibile verificare il rapporto tra il nozionale del derivato ed il capitale residuo del mutuo nel corso di tutto il periodo di ammortamento. ..." (cfr. ctu, a pag. 15).

In risposta al quesito n° 3, sempre con riferimento al primo contratto IRS del 22/6/2007, il Ctù, richiamate le Comunicazioni Consob in tema di IRS con funzione di copertura e ricordato che "... per essere considerate di copertura non è necessario che l'operazione presenti dei parametri perfettamente speculari a quelli dell'elemento coperto anche se è tuttavia richiesta un'elevata correlazione ...", ha precisato che "... l'impossibilità di esaminare il piano di ammortamento dell'IRS non consente di verificare tale correlazione e pertanto non è possibile affermare che il contratto derivato abbia avuto o meno una finalità di mera copertura dei rischi derivanti dalle oscillazioni dei tassi. ..." (cfr. ctu, a pag. 18).

In conclusione, ricordato che l'onere probatorio gravava sulla banca convenuta, non è stato possibile accertare se il predetto derivato del 22/6/2007 avesse in concreto la funzione di copertura, così come proposto dalla banca al cliente.

In relazione al quesito n° 2 il Ctù, con riferimento al secondo contratto IRS del 15/7/2008, ha precisato che "... Alla data di stipula del secondo contratto di IRS (16/7/2008) la società attrice aveva in essere, oltre al mutuo di cui al punto precedente, anche un finanziamento, acceso in data 16 febbraio 2007, di € 400.000,00. Di tale contratto di finanziamento è stato rinvenuto nella documentazione di causa solo l'atto di stipula che rimanda ad un successivo atto di quietanza per quanto riguarda il piano di ammortamento e la determinazione del tasso di interesse che il cliente poteva scegliere sia fisso che variabile. Tale atto di quietanza non risulta essere depositato in atti. ..."; che "... Pertanto, in assenza di tale documento, è impossibile risalire ad informazioni essenziali, quali la data di erogazione del finanziamento, la data di inizio dell'ammortamento ed il piano di ammortamento, per rispondere in maniera esaustiva al presente quesito. ..."; che "... In ogni caso dall'analisi dei documenti a disposizione è stato rilevato che tra la data di stipula del finanziamento, 16 febbraio 2007, e la data di stipula dell'IRS, 16 luglio 2008, è passato quasi un anno e mezzo durante il quale il finanziamento potrebbe essere stato erogato e potrebbe essere iniziato il periodo di ammortamento, portando il capitale residuo ad un valore inferiore al suo valore iniziale di € 400.000,00 sul quale è stato costruito il contratto derivato. Ad ogni modo anche se così non fosse ed il capitale residuo del finanziamento al momento della stipula del secondo IRS era effettivamente coincidente al nozionale dell'IRS in quanto pari a €

400.000,00, tale corrispondenza potrebbe essere stata solo iniziale. ..." e che "... Infatti, come già ricordato in precedenza, per poter esprimere un giudizio sull'effettiva funzione di copertura espletata del contratto di Interest Rate Swap, l'analisi non può essere limitata al momento della sua conclusione ma deve necessariamente essere estesa a tutto il periodo di ammortamento. Il mancato reperimento del piano di ammortamento nella documentazione in atti non ha consentito di effettuare tale analisi. ...", con la conclusione che "... in base ai documenti che risultano depositati in atti non ci sono elementi sufficienti per affermare che al momento della sua stipula il capitale nozionale dell'IRS corrispondesse al debito residuo del finanziamento. Tanto meno è possibile affermare che tale corrispondenza si sia mantenuta lungo tutto il periodo di ammortamento. ..." (cfr. ctu, a pagg. 15 e 16)

In risposta al quesito n° 3, sempre con riferimento al secondo contratto IRS del 15/7/2008, il Ctu, ribadita l'assenza dell'atto di quietanza del mutuo sottostante e l'importanza di detto documento per reperire informazioni necessarie per dare un giudizio sull'effettiva funzione di copertura svolta dal contratto derivato, ha evidenziato che "... Le uniche informazioni a cui è stato possibile risalire sono le seguenti: il tasso prescelto dal cliente è effettivamente quello variabile in quanto risulta sia dagli atti di parte attrice ... che di parte convenuta ...; tale verifica era necessaria in quanto il contratto di finanziamento lasciava la possibilità al cliente di scegliere tra tasso fisso e variabile in sede di erogazione; il capitale finanziato è pari a € 400.000,00; ..." e che "... Manca invece ogni informazione relativa a: la data di erogazione del finanziamento; la data di inizio dell'ammortamento; il piano di ammortamento; il tasso di interesse applicato; la periodicità delle rate; la scadenza delle rate; il fattore moltiplicativo del tasso; le modalità di rilevazione del tasso di interesse...." e che "... Data la quantità e la rilevanza delle informazioni mancanti si ritiene non sia possibile dare un giudizio sull'effettiva funzione di copertura dal rischio di rialzo del tasso di interesse svolta dallo strumento finanziario derivato in esame...." (cfr. ctu, a pag. 19).

Sempre nell'ottica della valutazione della funzione di copertura, in risposta al quesito n° 8, il Ctu, "... In merito all'eventualità che ci sia stata una corrispondenza inversa tra gli interessi pagati sui debiti sottostanti ed i differenziali generati dagli IRS ...", ha precisato che "... un'operazione di Interest Rate Swap di copertura, come già rilevato nella risposta al punto n. 1, consente di trasformare una posizione debitoria a tasso variabile in una a tasso fisso. ..."; che "... Di conseguenza, quanto più l'IRS è costruito in modo coerente con le caratteristiche del debito sottostante, tanto più può essere verificata tale corrispondenza inversa. ..." e che "... l'assenza nella documentazione agli atti del piano di ammortamento di entrambe le



operazioni analizzate, a cui si aggiunge, solo per la seconda operazione, anche la mancanza dell'atto di quietanza non consente di stabilire il livello di correlazione tra i contratti di IRS ed i debiti sottostanti e di conseguenza non è possibile verificare se ci sia stata corrispondenza inversa tra gli interessi pagati sui debiti sottostanti ed i flussi derivanti dagli IRS. ..." (cfr. ctu, a pagg. 30 e 31).

La convenuta ha da ultimo rilevato che la valutazione sulla funzione del derivato dovesse essere fatta *ex ante* e non *ex post* e quindi non sulla base degli esiti economici e finanziari prodottisi nel corso e/o all'esito del rapporto.

Sul punto si può convenire che la valutazione di meritevolezza deve essere basata sulle caratteristiche e sulla conformazione del rapporto e non, appunto, sugli esiti del rapporto stesso "*... si da giudicare meritevoli i contratti di swap in cui l'investitore ha guadagnato e immeritevoli quelli in cui ha perso. ...*" (cfr. Cass. 18724/2018).

Nel caso di specie si osserva che la valutazione di meritevolezza è stata effettuata non sulla base degli esiti dei due contratti -i pagamenti effettuati dall'attore sono l'effetto e non la causa-, ma sulla base del giudizio, con riferimento al momento della conclusione dei due contratti ed in relazione alla più volte richiamata disciplina normativa e regolamentare, relativo all'effettiva sussistenza della funzione di copertura, cui dovevano assolvere i due contratti nell'esclusivo interesse del cliente, primaria cura per l'intermediario, tenuto appunto conto del necessario collegamento con le sottostanti operazioni di finanziamento.

Viste le emerse carenze probatorie in ordine ai sottesi contratti di mutuo, alla luce delle richiamate risultanze della ctu, è processualmente emerso, tenuto conto della necessaria tutela dell'interesse del cliente da parte della banca, che i due contratti, contrariamente a quanto proposto, non avessero effettivamente ed in concreto funzione di copertura: va ribadito che l'onere probatorio grava sull'intermediario.

In conclusione, già per questi motivi ed in relazione al capo sub 4) delle conclusioni attoree, i due contratti devono ritenersi nulli per mancanza della causa in concreto, tale dovendosi ritenere la conseguenza giuridica in caso di giudizio negativo ex art. 1322, 2° comma, c.c.. A tal riguardo a nulla rileva, in senso ostativo, che parte attrice abbia instato, come conseguenza della ritenuta non meritevolezza, per la declaratoria di inefficacia dei due contratti.

Trattandosi appunto di nullità, non rileva, ai fini degli invocati effetti restitutori, la circostanza che il primo contratto sia giunto a naturale scadenza.

Le superiori osservazioni assorbono ogni altra domanda di parte attrice, come articolata in citazione e nelle conclusioni rassegnate.

Accertata la nullità dei due contratti, si deve procedere all'esame della domanda di condanna della convenuta " ... a restituire/corrisponder*e* *la somma di*
euro 282.390,47 relativa agli addebiti ad oggi corrisposti e/o comunque addebitati dalla banca convenuta all'attore, con interessi legali ex art. 1284 comma 4° c.c. e rivalutazione monetaria dai singoli pagamenti o dalla domanda al saldo effettivo, o in quella diversa somma che risulterà di giustizia liquidare ... " (cfr. citate conclusioni sub 4).

Si tratta ora di verificare, se sia o meno dovuta la somma € 282.390,47, richiesta da parte attrice, che, come rilevato dal Ctu, costituisce l'incidenza sul saldo negativo, alla data del 16/10/2015, delle movimentazioni SWAP, riportate sul conto corrente n° 12609, intestato all'attore.

E' bene precisare che, non essendovi in detti contratti IRS scambi di denaro, ma solo flussi positivi e negativi in relazione ai tassi di riferimento, la somma di € 282.390,47 non costituisce un importo realmente uscito dalle casse del cliente, ma rappresenta solo, in base al dato contrattuale, il saldo negativo (a carico del cliente) dei ricordati flussi positivi e negativi e quindi non costituisce di per sé un preteso credito restitutorio o comunque non necessariamente e per l'intero.

Si deve pertanto distinguere, in base all'esame degli estratti del conto su cui erano appoggiati i due contratti, se in concreto a detti flussi corrispondano pagamenti effettivi ovvero solo meri addebiti in conto corrente e quindi mere appostazioni contabili.

Al riguardo, come emerge a pagg. 38-41 della relazione, il Ctu, premesso che "... per rispondere tale quesito è stato richiesto alle parti l'invio degli estratti conto sul quale venivano addebitati i flussi. ..." e che "... La documentazione inviata ... risulta comunque essere incompleta in quanto mancano gli e/c relativi ad alcuni periodi. ...", ha precisato, con riferimento all'impostazione metodologica di calcolo seguita, che "... un flusso è stato considerato pagato quando: è transitato su un conto corrente con saldo attivo e capiente dell'importo del flusso; oppure quando successivamente all'addebito di un flusso che non risulta essere pagato è intervenuta una rimessa cd. solutoria che ha riportato il saldo in attivo. ..." e che "... Analogamente un flusso è stato considerato non pagato o parzialmente pagato quando: è transitato su un conto corrente in negativo; oppure è transitato su un conto corrente positivo ma non capiente dell'intero importo del flusso. In questo caso viene considerata pagata solo la parte di flusso capiente nel saldo attivo. ..." (cfr. ctu, pag. 38).



Sulla base di dette premesse e richiamata Cass. 24418/2010 in ordine al concetto di rimessa solutoria, il Ctu ha evidenziato che "... (d)all'analisi degli estratti conto è emersa la presenza di una rimessa solutoria in data 24/4/2013 rappresentata da un bonifico a favore del cliente di € 32.409,00. ..." e che "... (c)ome si può verificare dalla ricostruzione dell'estratto conto del 2° semestre 2013 ..., tale rimessa può essere considerata solutoria in quanto da una situazione di saldo negativo per € 7.453,47 riporta il conto in positivo di € 24.955,53. ...", con la conseguenza che "... è possibile concludere che la rilevazione di tale rimessa solutoria permette di poter considerare pagati tutti i flussi differenziali antecedenti tale movimento. ..." (cfr. ctu, a pag. 39).

Con riferimento al periodo successivo, rilevata "... la presenza solo dei seguenti estratti conto: 2° trimestre 2014; 1° trimestre 2015; 2° trimestre 2015; 4° trimestre 2015; ...", il Ctu ha precisato che "... (l)'analisi della documentazione disponibile ha evidenziato che in tali periodi il conto corrente è sempre stato in negativo e si è movimentato solo per effetto di movimenti in uscita. Nonostante tali considerazioni la mancanza della continuità negli estratti conto non permette di escludere la presenza di rimesse solutorie nei periodi per i quali non è stato possibile consultare il relativo estratto conto. ..." e che "... (p)ertanto relativamente ai flussi addebitati successivamente al 24/4/2013, riepilogati nella tabella seguente, è possibile affermare con certezza che gli addebiti sono avvenuti in una situazione di saldo negativo, ma non è possibile stabilire se risultano essere effettivamente pagati o meramente addebitati in conto, in quanto non è stato possibile accertare la presenza di eventuali rimesse solutorie. ..." (cfr. ctu, a pag. 40).

All'esito di tale ricostruzione il Ctu ha precisato che "... l'analisi svolta ha evidenziato che: i flussi differenziali addebitati prima del 24/4/2013, pari a € 138.007,47, possono essere considerati pagati perché antecedenti la data della rimessa solutoria individuata; i flussi differenziali addebitati successivamente al 24/4/2013, pari a € 144.383,00, sono transitati su un conto corrente con saldo negativo e non risultano pagati. Tuttavia, non è possibile escludere che siano stati pagati con una rimessa solutoria transitata in un trimestre per il quale non è disponibile l'estratto conto. ..." (cfr. ctu, a pag. 41).

Dunque il Ctu ha concluso nel riconoscere come effettivi pagamenti i flussi differenziali addebitati sul conto corrente prima del 24/4/2013, pari a € 138.007,47, mentre, stante anche la carenza documentale relativa agli estratti conto del periodo, non è pervenuto ad analoga certezza per quanto riguarda i flussi differenziali addebitati successivamente al 24/4/2013, pari a € 144.383,00.

In relazione alla domanda restituzione è condiviso -e da sempre seguito- l'orientamento giurisprudenziale per cui la disciplina sugli obblighi restitutori, in caso di nullità del contratto, è quella prevista in tema di indebito oggettivo (art. 2033 c.c.); al riguardo è stato condivisibilmente affermato in giurisprudenza che *"nell'ipotesi di nullità di un contratto, la disciplina degli eventuali obblighi restitutori è mutuata da quella dell'indebito oggettivo, con la conseguenza che qualora l'accipiens sia in mala fede nel momento in cui percepisce la somma da restituire è tenuto al pagamento degli interessi dal giorno in cui l'ha ricevuta"* (cfr. Cass. 8564/2009; nello stesso senso sull'applicazione della disciplina sull'indebito oggettivo: Cass. 2956/2011; Cass. SU 24418/2010; Cass. 9052/2010; Cass. 21096/2005; Cass. 7651/2005).

Trattandosi di domanda restitutoria ex art. 2033 c.c. in conseguenza della nullità dei contratti che avevano generato dei pagamenti, è di tutta evidenza che, in questo caso, ogni onere probatorio deve ritenersi gravante sulla parte attrice, che pertanto subisce le conseguenze processuali del mancato soddisfacimento di detto onere; quindi, alla luce delle risultanze della ctu, la domanda restitutoria può ritenersi provata e quindi accoglibile solo per la minor somma di € 138.007,47, che costituisce l'importo di pagamenti e quindi di spostamenti patrimoniali, non più giustificati.

Su detta somma, non essendo stata superata la presunzione di buona fede della banca, sono dovuti gli interessi legali dal giorno della domanda fino al saldo.

In ordine al *dies a quo*, ossia alla data della domanda, si ricorda che tradizionalmente per 'domanda' si faceva riferimento alla domanda giudiziale, ma di recente Cass. SU 15895/2019 ha invece evidenziato che *"in tema di ripetizione dell'indebito oggettivo, ai fini del decorso degli interessi sulla somma oggetto di restituzione, l'espressione dal giorno della 'domanda', contenuta nell'art. 2033 c.c., non va intesa come riferita esclusivamente alla domanda giudiziale, ma comprende anche gli atti stragiudiziali aventi valore di costituzione in mora ai sensi dell'art. 1219 c.c."*; si tratta di decisione che deve essere presa in debita considerazione, stante l'autorevolezza dell'organo giudicante e la condivisione dell'assunto.

Peraltro, in mancanza di un formale atto stragiudiziale di messa in mora (cfr. Cass. 8988/2005; Cass. 15714/2018), va presa in considerazione, appunto come primo atto di messa in mora, la data (28/4/2016) di notificazione a mezzo posta dell'atto di citazione in rinnovazione, contenente appunto l'indicazione della somma asseritamente da restituire.

In conclusione sulla somma da restituire di € 138.007,47 sono dovuti gli interessi legali dal 28/4/2016 fino al saldo effettivo.



Trattandosi di debito di valuta, non è dovuta la richiesta rivalutazione monetaria, atteso il difetto di prova del maggior danno.

Al riguardo va rammentato che *“nelle obbligazioni pecuniarie ... il maggiore danno da svalutazione monetaria (rispetto a quello già coperto dagli interessi legali moratori non convenzionali, che siano comunque dovuti) è in via generale riconoscibile in via presuntiva e per qualunque creditore che ne domandi il risarcimento, senza necessità di inquadrarlo in un'apposita categoria, nella eventuale differenza, a decorrere dalla data di insorgenza della mora, tra il tasso del rendimento medio annuo netto dei titoli di Stato di durata non superiore a dodici mesi ed il saggio degli interessi legali; ...”* (cfr. Cass. SU 19499/2008; Cass. 20753/2009; Cass. 12609/2010; Cass. 3029/2015).

Dunque il superamento delle note categorie economiche socialmente significative di creditori è pur sempre accompagnato dalla necessità della prova da parte del creditore, in base a conferente allegazione, *“... dell'eventuale differenza, a decorrere dalla data di insorgenza della mora, tra il tasso del rendimento medio annuo netto dei titoli di Stato di durata non superiore a dodici mesi ed il saggio degli interessi legali...”* (cfr. citata sentenza delle SU); quindi è sempre onere di chi agisce per il maggior danno allegare e dimostrare per l'appunto l'esistenza di detto maggior danno, derivante dalla mancata disponibilità della somma durante la mora e non compensato dalla corresponsione degli interessi legali nella misura predeterminata ex art. 1224, 1° comma, c.c. (cfr. Cass. 12828/2009).

Pertanto, nelle obbligazioni di valuta, in mancanza di allegazione e prova sulla su richiamata eventuale differenza -in ciò consiste il maggior danno da svalutazione monetaria-, nulla può essere automaticamente riconosciuto a titolo di maggior danno (cfr. Cass. 22429/2013: *“Nel caso di ritardato adempimento di una obbligazione di valuta, il maggior danno di cui all'art. 1224, secondo comma, cod. civ. può ritenersi esistente in via presuntiva laddove, durante la mora, il tasso di inflazione sia superiore al saggio degli interessi legali”*).

E' inoltre di tutta evidenza che la nullità del secondo contratto comporta l'effetto liberatorio per entrambe le parti e quindi il venir meno di qualsiasi effetto del contratto sia positivo che negativo; pertanto l'attore, che non ha più diritto ad eventuali flussi differenziali positivi, non è più tenuto a rispondere dei flussi differenziali negativi, essendo venuta meno la relativa *causa debendi*.

Passando alla domanda sub 7) delle conclusioni attoree (*“... 7) In ogni caso: condannarsi la convenuta a corrispondere l'ulteriore somma di euro 12.567,50=relativamente ai c.d. costi occulti addebitati a parte attrice al momento della*

stipula e della estinzione dei contratti derivati così come accertati dal ctu e dichiararsi non dovuta somma alcuna relativamente al Mark to Market necessario all'estinzione del derivato per cui è causa. ..."), appare sufficiente richiamare le conclusioni cui è pervenuto il Ctù, il quale ha precisato che "... Relativamente al primo derivato è emerso che alla data di stipula aveva un *mark to market* pari a € 5.111,56 a favore della banca non compensato, neanche parzialmente, dal riconoscimento di alcuna *upfront* da parte dell'intermediario. I costi impliciti imputabili all'operazione sono pertanto quantificabili in € 5.111,56. ..."; che "... Relativamente al secondo derivato è stato verificato che aveva un *mark to market* alla stipula pari a € 6.384,60 a favore della banca non compensato, neanche parzialmente, dal riconoscimento di alcuna *upfront* da parte dell'intermediario. Al momento della sua estinzione il derivato aveva un *mark to market* pari a € 103.128,64. L'intermediario ha determinato un valore di estinzione a carico del cliente pari a € 104.200,00 facendo emergere l'applicazione di costi impliciti pari a € 1.071,36. ..."; che "... Tali importi, complessivamente pari a €12.567,50, includono pertanto la remunerazione di tutte le componenti di costo sopportate dalla banca nonché il margine per il servizio reso dalla banca. ..." e che "... Non risulta l'applicazione da parte della banca di ulteriori commissioni a carico del cliente. ..." (cfr. ctu, a pag. 27).

Dalla rilevata nullità dei contratti deriva che viene meno qualsiasi prestazione eseguita dal cliente nei confronti della banca e la non debenza di qualsiasi altra prestazione fondata su detti due contratti; quindi è dovuta in restituzione anche la somma di € 12.567,50, oltre interessi legali dal 28/4/2016 fino al saldo effettivo: sul punto valgono le superiori osservazioni.

In conclusione la convenuta va condannata al pagamento, a titolo restitutorio ex art. 2033 c.c., della complessiva somma di € 150.574,97 (€ 138.007,47 + € 12.567,50), oltre agli interessi legali dal 28/4/2016 fino al saldo effettivo.

Per quanto riguarda il capo sub 8) delle conclusioni attoree ("... 8) Ancora, accertata inoltre la responsabilità di [redacted] per illegittima segnalazione alla Centrale Rischi, ordinare la cancellazione della suddetta segnalazione alla Centrale Rischi e condannarsi la convenuta al risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale patito e patendo nella misura che sarà determinata nel corso di causa e comunque anche in via equitativa ex art. 1226 c.c. con la rifusione degli importi maturati a titolo di interessi a debito sul conto corrente dell'attore e determinati dallo scoperto di conto corrente dovuto agli illegittimi addebiti. ..."), appare evidente che alla nullità dei contratti IRS consegue il diritto dell'attore



alla cancellazione della segnalazione della sofferenza in Centrale Rischi, purché evidentemente detta segnalazione sia dipesa solo ed esclusivamente dall'esposizione debitoria conseguente a detti contratti derivati.

Passando alla domanda risarcitoria, valgono le seguenti osservazioni.

La domanda risarcitoria è da rigettare per assoluto difetto di allegazione in ordine agli elementi che consentano l'individuazione stessa del danno asseritamente subito; infatti la domanda risarcitoria è sfornita di qualsivoglia prova, in base a conferente allegazione, sulla natura e sull'entità del danno asseritamente subito e pretesamente da risarcire.

Al riguardo si ricorda che ai fini della risarcibilità del danno ex art. 1223 c.c., in relazione all'art. 1218 c.c., il creditore deve infatti allegare, in relazione a specifici fatti concreti di cui deve essere fornita la prova, non solo l'altrui inadempimento, ma deve pur sempre allegare e provare l'esistenza di una lesione, cioè della riduzione del bene della vita (patrimonio, salute, immagine, ecc.) di cui chiede il ristoro, e la riconducibilità della lesione al fatto del debitore inadempiente: in ciò appunto consiste il danno risarcibile, che è un *quid pluris* rispetto alla condotta asseritamente inadempiente; in difetto di tale allegazione e prova la domanda risarcitoria mancherebbe di oggetto (cfr. Cass. 5960/2005).

In adesione al principio ermeneutico basato sul concetto di danno-conseguenza in contrapposizione a quello di danno-evento ed escludendo l'ipotizzabilità di un risarcimento automatico e di un danno *in re ipsa*, così da coincidere con l'evento, appare quindi evidente che la domanda risarcitoria deve essere provata, sia pure ricorrendo a presunzioni, sulla base di conferente allegazione: non si può invero provare ciò che non è stato oggetto di rituale ed adeguata allegazione (cfr. Cass. SU 26972/2008).

Nel caso di specie, a prescindere da ogni altra considerazione ed in base alla ragione più liquida (cfr. Cass. 11458/2018), manca la prova -e prima ancora la concreta e specifica allegazione in fatto- del danno patrimoniale in ipotesi effettivamente sofferto dalla parte attrice, a seguito della segnalazione in CR.

Dunque la domanda di risarcimento di pretesi, ma non provati, danni patrimoniali va rigettata.

Miglior sorte non arride alla domanda di risarcimento del danno non patrimoniale, pacificamente ipotizzabile anche nel caso di eccetto inadempimento contrattuale (cfr. Cass. SU 26972/2008; Cass. 24145/2010).

Con particolare riferimento alla categoria dei danni non patrimoniali, oggetto di specifico intervento chiarificatore della Suprema Corte a partire da Cass. 8827/2003 e

8828/2003 e successive sentenze ormai costanti, si osserva che in tale ambito vanno astrattamente ricompresi non solo i danni conseguenti a reato o previsti da specifiche disposizioni di legge, ma anche quelli derivanti da lesione di valori della persona umana costituzionalmente protetti (cfr. Cass. 12124/2003; Cass. 16716/2003).

Pertanto, conformemente alla tipicità della tutela offerta dall'art. 2059 c.c., il danno non patrimoniale è appunto risarcibile solo nei casi determinati dalla legge (art. 185 c.p. in caso di reato e specifiche disposizioni di legge, p.es. in materia di libertà personale, di riservatezza, di discriminazioni) ovvero nel caso di lesione di uno specifico diritto inviolabile della persona umana costituzionalmente protetto (cfr. Cass. SU 26972/2008, che richiama e fa propri i principi di cui a Cass. 8827/2003 e 8828/2003): si noti al riguardo il dato normativo, in cui alla genericità ed atipicità dell'art. 2043 c.c. ("qualunque fatto doloso o colposo ...") corrisponde la tipicità dell'art. 2059 c.c. ("Il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge").

Dunque ai fini dell'ammissione a risarcimento, ex art. 2059 c.c., ciò che rileva è l'ingiusta lesione di un interesse inerente alla persona e costituzionalmente rilevante, dal quale conseguano pregiudizi non suscettibili di valutazione economica; quindi in tali termini si parla di danno non patrimoniale, indipendentemente dall'indicazione descrittiva e classificatoria che si voglia ancora fare con riferimento ad ipotetiche (tradizionali) voci o figure di danno (danno biologico, danno morale, danno esistenziale, danno d'immagine, al nome commerciale, ecc.).

Inoltre, rammentato che va esclusa la risarcibilità dei c.d. danni bagatellari (cfr. citata Cass. SU 26972/2008; Cass. 1766/2014; Cass. 2370/2014), cioè di quelle situazioni che si configurano solo come stravolgimenti della quotidianità della vita, sostanziandosi in meri disagi, fastidi, disappunti, ansie e ogni altra espressione di insoddisfazione, costituenti conseguenze non gravi ed insuscettibili di essere monetizzate perché appunto bagatellari, si ribadisce che il presupposto generale per l'ammissibilità del risarcimento dei danni non patrimoniali, nei casi in cui ciò sia possibile alla luce di quanto detto, è costituito dalla gravità dell'offesa; infatti "... il diritto deve essere inciso oltre una certa soglia minima, cagionando un pregiudizio serio. La lesione deve eccedere una certa soglia di offensività, rendendo il pregiudizio tanto serio da essere meritevole di tutela in un sistema che impone un grado minimo di tolleranza ...", con la precisazione che "... il risarcimento del danno non patrimoniale è dovuto solo nel caso in cui sia superato il livello di tollerabilità ed il pregiudizio non sia futile ..." e che entrambi i requisiti, cioè la gravità della lesione e la

serietà del danno, "... devono essere accertati dal Giudice secondo il parametro costituito dalla coscienza sociale in un determinato momento storico ..." (cfr. citata Cass. SU 26972/2008, in motivazione).

Nel caso di specie difettano del tutto gli elementi di fatto che, alla luce delle superiori osservazioni, possano portare ad una qualche pronuncia di condanna per asserita causazione di non meglio precisati danni non patrimoniali.

Anche in questo caso non è di certo sufficiente richiamare massime giurisprudenziali, valide per ogni circostanza, o astratte figure di tradizionali danni non patrimoniali.

A conforto di quanto detto a proposito della necessità della prova del danno sofferto, milita la stessa giurisprudenza formatasi in tema di 'responsabilità da inesatte informazioni', che invero non supera né pone in dubbio le superiori osservazioni sulla necessità della prova del danno e sulla non configurabilità di un danno *in re ipsa* (cfr. Cass. 7594/2018; Cass. 207/2019).

Si tratta di principio ormai consolidato, come risulta anche da Cass. 20885/2019, in motivazione, ove è dato leggere che "... Secondo la giurisprudenza di questa Corte, il danno all'immagine ed alla reputazione per illegittima segnalazione alla Centrale Rischi costituisce pur sempre 'danno conseguenza', alla luce della più ampia ricostruzione operata dalle fondamentali pronunce delle Sezioni Unite dell'11/11/2008 n. 26972-26975, e pertanto non può ritenersi sussistente *in re ipsa*, dovendo essere allegato e provato da chi ne domanda il risarcimento (Sez.3, 19/07/2018, n. 19137; Sez.6, 28/03/2018, n. 7594; Sez.1, 25/01/2017, n. 1931). ..." e da Cass. 25037/2019 ove, sempre in motivazione, è dato altresì leggere che "... la censura è manifestamente infondata poiché per costante orientamento della Corte di legittimità il danno non patrimoniale, anche quando riguardi le lesioni di diritti inviolabili della persona, costituisce sempre danno conseguenza, che deve essere allegato e provato (Cass. SU, 22 luglio 2015, n° 15350). Tale principio opera in maniera specifica in tema di illecita segnalazione alla Centrale Rischi dove il pregiudizio deve sempre identificarsi in un danno conseguenza, cioè in un accadimento connesso alla lesione di una situazione protetta e non può essere configurato quale danno *in re ipsa* (Cass. n° 7494 del 2018, Cass. n° 31537 del 2018 e Cass. 24 settembre 2013 n° 21816) ...".

Dunque, escludendosi la configurabilità di danni *in re ipsa* e dovendosi considerare ormai pacifico il riferimento al concetto di danno-conseguenza, si ha conferma che è necessaria la prova, in base a conferente allegazione, dell'effettivo danno sofferto.

Da ultimo, anche solo per completezza, è consolidato orientamento dell'Ufficio che la riscontrata lacuna in ordine all'allegazione e prova di precisi elementi oggettivi, da cui desumere l'esistenza stessa del danno risarcibile, non potrebbe essere colmata neanche ricorrendo all'equità, che infatti non può mai equivalere ad arbitrio da parte del Giudice: l'equità soccorre quando è difficile o impossibile l'esatta monetizzazione del danno, ma presuppone pur sempre la prova, in base a conferente allegazione, degli elementi costitutivi del danno stesso, oltre che dell'altrui responsabilità; quindi l'esistenza e la derivazione causale dei danni integrano il fatto costitutivo della pretesa al risarcimento e la loro sussistenza va provata da chi la allega (cfr. Cass. 13288/2007; Cass. 10607/2010; Cass. 27447/2011; Cass. 8213/2013; Cass. 20889/2016; Cass. 4534/2017).

In conclusione la domanda risarcitoria va rigettata.

Atteso l'esito del giudizio, le spese di lite vanno compensate per 2/3, mentre il residuo, liquidato in dispositivo in base al DM 55/2014, viene posto a carico della banca convenuta per il grado di soccombenza. Nella seconda comparsa conclusionale il procuratore di parte attrice ha reiterato, come già fatto nella prima comparsa conclusionale, la dichiarazione di antistatarietà con richiesta di distrazione delle spese di lite.

Si è proceduto alla somma degli importi medi relativi ai 'giudizi di cognizione innanzi il tribunale' ed allo scaglione di valore '260.001-520.000', tenuto conto della natura e del valore (domandato) della controversia, della qualità e quantità delle questioni trattate e dell'attività complessivamente svolta dal difensore: sull'importo di € 21.387,00 va operata la ricordata compensazione.

Dovendosi disporre la compensazione parziale ex art. 92 c.p.c., alla luce dell'esito complessivo del giudizio, si impone -come da orientamento dell'Ufficio- la necessità di prendere in considerazione il valore del mandato e non quello dell'accertato, per evitare una doppia riduzione, come si avrebbe nel caso in cui la disposta compensazione venisse applicata sul valore dell'accertato e quindi su un parametro di riferimento inferiore.

Le spese di ctu, liquidate con separato e contestuale decreto, vanno compensate per 2/3 e definitivamente poste a carico della banca convenuta per la restante quota, stante il grado di soccombenza; quindi per la quota di 2/3 le spese di ctu resteranno definitivamente a carico di entrambe le parti per metà ciascuna.

Premesso che nel caso di specie l'attore non è risultato neanche totalmente vittorioso, si ricorda che anche nell'ipotesi di parte totalmente vittoriosa si è recentemente affermato in giurisprudenza (in senso contrario peraltro Cass. 6301/2007; Cass. 14925/2010) il principio

che la compensazione delle spese processuali -nella quale si risolve anche il provvedimento con cui il giudice, chiudendo il giudizio davanti a sé, disponga la ripartizione nei modi anzidetti delle spese in favore del consulente tecnico d'ufficio- è soltanto esclusione del rimborso e dunque negazione della condanna, senza quindi che la ripartizione *pro quota* delle spese di consulenza tecnica d'ufficio fra la parte soccombente e la parte totalmente vittoriosa possa costituire violazione del divieto di condanna di quest'ultima alle spese ex art. 91 c.p.c. (cfr. Cass. 1023/2013; Cass. 17739/2016; Cass. 26849/2019).

Questi principi sull'attribuzione *pro quota* delle spese di ctu anche alla parte totalmente vittoriosa valgono a maggior ragione nel caso, come quello che qui ci occupa, di parte non totalmente vittoriosa.

P.Q.M.

definitivamente pronunciando:

- dichiara la nullità dei contratti IRS del 22/6/2007 e del 16/7/2008 per cui è causa e, per l'effetto, condanna la convenut: _____ al pagamento, in favore dell'attore _____ titolare della ditta individuale _____ e a titolo di restituzione di indebito, della complessiva somma di € 150.574,97, oltre agli interessi legali come indicato in motivazione;
- dichiara il diritto dell'attore alla cancellazione della segnalazione della sofferenza in Centrale Rischi, purché la stessa sia dipesa esclusivamente dall'esposizione conseguente a detti contratti derivati;
- rigetta la domanda di risarcimento danni;
- compensa per 2/3 le spese di lite e condanna la convenuta, per il grado di soccombenza, al pagamento del residuo, che liquida in € 7.129,00 per compensi professionali e in € 271,00 per spese, oltre rimborso forfettario, Cp ed Iva come per legge. Ordina la distrazione delle spese di lite in favore del procuratore di parte attrice, dichiaratosi antistatario;
- compensa per 2/3 le spese ctu, liquidate con separato e contestuale decreto, e pone il residuo a carico della convenuta per il grado di soccombenza, il tutto come meglio indicato in motivazione.

Così deciso a Roma, il 14/2/2020

il Giudice
dott. Francesco Remo Scerrato