

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

La Corte di Appello di Palermo - Sezione Terza Civile – riunita
in camera di consiglio e composta dai sigg.ri magistrati:

Dott. Antonino Liberto Porracciolo Presidente

Dott.ssa Cristina Midulla Consigliere

Dott. Giuseppe De Gregorio Consigliere

dei quali il terzo relatore ed estensore, ha emesso la seguente

SENTENZA

nella causa iscritta al n. 861/2017 del R.G. di questa Corte di Appello, vertente in
questo grado tra

. in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato
e difeso dagli avv.ti ^

appellante

contro

INTESA SANPAOLO S.P.A. in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentato e difeso dall'avv. -----

appellata

Oggetto: contratti bancari – di borsa

CONCLUSIONI DELLE PARTI

RAGIONI DI FATTO E DI DIRITTO DELLA DECISIONE

Con sentenza n. 1135/2017 del 2/3/2017, il Tribunale di Palermo ha disatteso le
domande proposte da N al fine di ottenere la restituzione (ovvero il
risarcimento del danno) per somme oggetto di diversi contratti di investimento aventi



ad oggetto ‘swap’, rispetto ai quali evocava profili di nullità, ovvero di annullabilità, o comunque l’inadempimento della banca alle prescrizioni dettate dalla normativa, anche regolamentare, di riferimento.

Col gravame, proposto con atto di citazione del 30/3/2017, censura la sentenza del primo giudice, in particolare contestando il mancato rilievo della nullità del contratto quadro intercorso tra le parti, e ancora il vaglio delle emergenze istruttorie, soprattutto nella disamina dei presupposti afferenti la posizione di ‘operatore qualificato’ invocata dalla banca in capo alla società attrice.

Intesa Sanpaolo s.p.a., costituendosi, ha contestato le diverse ragioni del gravame, chiedendo la conferma dell’impugnata sentenza.

Senza incumbenti istruttori, mutato il relatore, con decreto del 7.2.2022 sono stati assegnati i termini di cui all’art. 83 comma 7 lett. h D.L. 18/2020 per la ‘trattazione scritta’; all’esito, le parti hanno così precisato le rispettive conclusioni:

appellante: “*conclude come in atto di appello notificato in data 30 marzo 2017 (cfr. pg. 53-54), chiedendo che la causa venga posta in decisione con assegnazione dei termini ex art. 190 cod. proc. civ., affinché siano integralmente accolte le suddette conclusioni tutte formulate da [redacted] con l’atto di citazione introduttivo del giudizio.*”;

appellati: “*precisa le conclusioni richiamando quelle della propria comparsa di risposta e chiede la concessione dei termini ex art. 190 cpc, possibilmente con decorrenza differita.*”.

Indi, all’udienza ‘virtuale’ (a trattazione scritta) del 18 marzo 2022 la causa è stata posta in decisione, con assegnazione dei termini ex art. 190 c.p.c. per il deposito degli atti difensivi conclusionali.

Così compendiate i principali fatti di causa, [redacted] affida a diversi motivi l’appello proposto – tali da integrare i requisiti di specificità richiesti dall’art.



342 c.p.c. -.

Segnatamente, le doglianze attengono: 1) omessa valutazione della nullità del contratto-quadro; 2) violazione degli obblighi di informazione sanciti dal T.U.F. e dalla delibera Consob 11522/1998, erroneo vaglio della consulenza contabile; 3) omessa valutazione delle prove che dimostrano l'assenza della qualifica di operatore qualificato.

Tali censure, tutte puntualmente contestate dalla banca appellata, debbono essere vagliate principiando – per assicurare ordine logico-giuridico alla trattazione - da quella afferente alla nullità del contratto quadro intercorso tra la società appellante e Intesa SanPaolo s.p.a., questione non affrontata dal Tribunale siccome non prospettata in prime cure. Segnatamente, prospetta l'appellante (cfr. da ultimo pag. 23 della comparsa conclusionale) la nullità dei primi tre contratti 'derivati' *“poiché, a monte, ad essere nullo è il CQ in data 12 giugno 2003, il quale: (i) in via principale, non risulta essere sottoscritto da alcuno: in luogo della sottoscrizione del cliente, infatti, vi è un semplice “crocesegno” (sulla nullità, per difetto di sottoscrizione, del contratto “vergato” con crocesegno: Cass. Civ., 14 maggio 1994, n. 4718); (i) in via subordinata, risulta comunque, carente della sottoscrizione della Banca.”*. Queste deduzioni, come eccepito dalla banca appellata, sono in effetti nuove siccome mai prospettate nel corso del giudizio di primo grado, ove era stata sì evocata la nullità, ma solo dei contratti derivati (*swap*) di cui si dirà oltre. Ciò comporta, contrariamente alla difesa sul punto dell'appellante, la inammissibilità della questione *ex art. 345 c.p.c.* Devesi evidenziare che *“in tema di intermediazione finanziaria, ove sia stata dedotta dall'investitore la nullità dei soli ordini di investimento, deve escludersi che il giudice, anche in sede di appello, possa rilevare d'ufficio la nullità del contratto quadro per difetto del requisito della forma scritta. Invero, da un lato, il rilievo officioso della nullità riguarda solo il contratto posto a fondamento della domanda e, quindi, i singoli contratti di investimento, dotati di una propria autonoma individualità rispetto*



al contratto quadro, sebbene con esso collegati; dall'altro, il principio del rilievo officioso della nullità va coordinato, nel giudizio di gravame, con quello del divieto di domande nuove, cosicché l'istanza, ivi formulata per la prima volta, di declaratoria della nullità non può essere esaminata, potendo solo convertirsi nella corrispondente eccezione: con la conseguenza che, nella specie, il giudice di appello non può dichiarare d'ufficio la nullità del contratto quadro, traducendosi tale pronuncia nell'inammissibile accoglimento di una domanda nuova.” (Cassazione civile sez. I 16/3/2016 n. 5249). Nel caso di specie, le domande del _____, sia nella citazione introduttiva che negli atti successivi, si sono incentrate esclusivamente sui singoli contratti di *swap*, e mai è stata formulata una domanda di nullità che riguardasse il contratto quadro. Né tale può considerarsi il fugace cenno a questo contenuto a pagina 10 della memoria n. 1 ex art. 183 VI co. c.p.c., ove l'attrice aveva semplicemente addotto di non avere “*sottoscritto alcun contratto disciplinante la prestazione dei servizi di investimento*”, senza alcuna altra specificazione, e soprattutto senza chiedere, nelle domande, accertamento della nullità/inesistenza del contratto-quadro, al quale aveva fatto apposito riferimento la banca in comparsa di risposta. Ne deriva che non essendo stata allegata specifica questione riguardante il contratto quadro, la deduzione della sua nullità nel presente grado va, come anticipato, dichiarata inammissibile, siccome involgente tema nuovo, ex art. 345 c.p.c.

Del pari inammissibile la produzione documentale (estratti conto della società appellante, relativamente a rapporto di conto corrente bancario in essere con l'appellata, all'evidenza funzionali a documentare gli esborsi correlati agli *swap* per cui era pure proposta la domanda di restituzione) depositata in uno alla comparsa conclusionale, trattandosi di *nova* anch'essi rientranti nei limiti di cui all'art. 345 c.p.c.

Ciò posto, passando alle altre doglianze prospettate dall'appellante (punti C e D dell'atto di citazione), esse impongono una sostanziale rivisitazione di allegazioni e prove offerte al primo giudice, e possono essere vagliate congiuntamente.



Va innanzitutto ricordato che con l'atto di citazione introduttivo del giudizio di prime cure l'attrice aveva addotto: la insussistenza della qualifica di operatore qualificato in capo alla società; la nullità dei contratti *swap* per vizio di causa, la violazione dell'art. 21 TUF, lamentando che ciascun prodotto finanziario offerto a N non era coerente con le esigenze di copertura del rischio che avevano condotto alla stipula, anche per la presenza di costi occulti, dunque con violazione dell'obbligo di buona fede tale da comportare la risoluzione del contratto, richiesta con riferimento a quello ancora in corso, e con domanda di risarcimento del danno per gli altri. Contestata ogni pretesa dalla banca convenuta, il Tribunale ha disatteso le domande ritenendo infondate e comunque indimostrate (quanto alle pretese restitutoria e risarcitoria formulate) le allegazioni della I

Con le deduzioni di cui al punto C del gravame, l'appellante (dopo aver invocato per la prima volta la violazione dell'art. 23 del TUF, relativamente al contratto quadro: censura di cui si è detto prima) adduce "*violazione e/o falsa applicazione dell'art. 1322, 1325, 1343, 1418, 1421, 1436, 2710 e 2730 e ss. cod. civ.. Travisamento dei fatti e delle risultanze istruttorie.*", lamentando erroneità della decisione laddove il primo giudice ha ritenuto sussistente l'alea bilaterale, e valida la causa concreta del negozio, ampliando (rispetto alle allegazioni contenute negli atti di primo grado) le argomentazioni generali sulla rischiosità dei contratti derivati e in particolare degli *interest rate swap*, nonché la nullità dei contratti per mancanza di causa concreta, e contestando il vaglio delle risultanze istruttorie (ivi compresa la consulenza contabile).

Ora, in disparte diversi accenni a temi non oggetto di allegazioni in prime cure (ad esempio, sulla cd. normativa MIFID, sopravvenuta in corso di rapporto ma non immediatamente precettiva per esso: per l'art. 19 comma 13 d.lgs. 164/2007 vi era tempo per adeguare i contratti alle nuove disposizioni sino al 30 giugno 2008), devesi innanzitutto esaminare, rispetto ai quattro contratti di "*interest swap*" che hanno caratterizzato lo sviluppo del rapporto negoziale tra le parti, il profilo della



meritevolezza dell'operazione finanziaria, in ragione del disposto di cui all'art. 1322 c.c., della struttura (causa) di essa, e sulla compiuta informazione in ordine ai criteri applicati. Contestazioni che riassumono le doglianze già prospettate in prime cure, afferenti alla chiesta declaratoria di nullità per difetto di meritevolezza della tutela *ex art. 1322 c.c.* ovvero per difetto di causa 'concreta' *ex art. 1418 c.c.* dei singoli contratti di investimento, cioè i diversi derivati IRS nn. 4629/2003, 21161/2005, 43950/2006 e 80530311/2008 (il cui contenuto è incontroverso tra le parti, è stato oggetto del dibattito processuale in prime cure e nel presente giudizio, e quindi non è necessario richiamarlo dettagliatamente in questa sede).

Quanto al primo aspetto, le contestazioni dell'attrice-appellante, come detto, involgono il profilo della meritevolezza dell'operazione, da vagliare *ex art. 1322 c.c.*: appunto sulla 'meritevolezza' dell'operazione in strumenti finanziari cd. derivati, deve osservarsi che seppure detti non siano di facile classificazione, stante la molteplicità di formule negoziale che li caratterizzano, trovano appiglio normativo nell'art. 1 del T.U.F.; trattasi quindi di strumenti finanziari riconosciuti dall'ordinamento, e la cui struttura, nella particolare formula dello 'swap', che è quello che rileva per il caso di specie, consiste essenzialmente in uno scambio, a scadenze prefissate, di un importo parametrato a tassi differenti fra le parti, rapportato ad un capitale di mero riferimento (cd. nozionale).

La Corte Costituzionale (sentenza n. 52 del 10 febbraio 2010), ha evidenziato che sebbene il TUF non contenga una nozione identificativa del relativo prodotto finanziario, limitandosi ad effettuare una elencazione dei principali tipi contrattuali, con un ineliminabile margine di approssimazione dipendente dalla complessità del fenomeno, può ritenersi che le negoziazioni aventi ad oggetto gli strumenti finanziari derivati si caratterizzano, sul piano strutturale, per essere connesse ad altre attività finanziarie (quali, ad esempio, titoli, merci, tassi, indici, altri derivati) dal cui "prezzo" dipende il valore dell'operazione compiuta. Ferme ovviamente restando le diversità



legate al tipo di operazione prescelto, tali negoziazioni sono volte a creare un differenziale tra il valore dell'entità negoziata al momento della stipulazione del relativo contratto e quello che sarà acquisito ad una determinata scadenza previamente individuata.

Dal canto suo, la Suprema Corte ha evidenziato che *“il contratto di swap non è in sé immeritevole, posto che rientra nell'autonomia negoziale, nel quadro di applicazione del secondo comma dell'articolo 1322 del Cc, e che le censure di nullità non possono riguardare comunque gli esiti economici prodottisi ex post, tanto meno sulla base di valutazioni del cliente del tutto prive di efficacia probatoria. Invero il contratto interest rate swap viene concluso proprio con funzione di copertura delle possibili oscillazioni dei tassi di interesse in futuro e esse, nella comune esperienza, non sono affatto né impossibili, né necessariamente lievi, mentre la pretesa impossibilità di un aumento dei tassi di interesse deve sussistere in anticipo, per ragionare in termini di pregiudizio a quella concreta funzione. Ciò, in quanto i contratti aleatori sono previsti dall'ordinamento e non vanno certo incontro in sé stessi ad un giudizio di immeritevolezza, mentre la valutazione del contratto va almeno compiuta secondo una valutazione operata ex ante, non ex post, sì da giudicare meritevoli i contratti di swap in cui l'investitore ha guadagnato e immeritevoli quelli in cui ha perso. Invero, potrebbe semmai valutarsi ex post quando l'operazione abbia favorito una parte o l'altra, rispetto alle sopravvenienze previste e poi realizzatesi, oppure no. Necessariamente ex ante va compiuta la valutazione circa l'esistenza di una funzione pratica di copertura del derivato, in quanto sia idoneo a trasformare dei flussi finanziari di tipo variabile in flussi di cassa fissi, in tal modo eliminando gli effetti dell'aleatorietà riconducibile al movimento del tasso variabile, coincidente con quello cui fa riferimento la posizione debitoria precedentemente contratta.”* (Cassazione civile sez. I 6/9/2021 n. 24014).

Ebbene, ciascuno dei contratti IRS stipulati da _____ (operatore



qualificato ex art. 31 reg. Consob, per quanto si dirà meglio oltre) soddisfa i requisiti di meritevolezza e di completezza di informazioni sul contenuto delle singole clausole, sui tassi da applicare, sul nozionale di riferimento, sulle esigenze di copertura (con diverse finalità tra il primo e gli altri tre) che emergono dalle clausole complessive, come emerge da ciascun testo negoziale. Ciascun contratto IRS, in quanto non risultante privo di rischio per la banca e, dunque, di alea (con la conseguente mancanza di causa quale lamentata dalla attrice-appellante), e ‘giocando’ sull’andamento dei tassi con lo scopo di attenuare le refluenze del medesimo andamento rispetto ai rapporti in essere col comparto bancario. Rapporti che, essendo di mutuo a tasso variabile, erano inizialmente anch’essi caratterizzati dalla variabilità dei tassi, come emerge dalla relativa documentazione versata.

Né rileva quanto addotto dall’appellante, e cioè “*se lo sbilanciamento dell’alea a favore di uno dei contraenti di un contratto derivato swap incida, o meno, la sua validità*”. Sul punto può richiamarsi Cassazione civile sez. I 29/7/2021 n. 21830, per cui “*la natura aleatoria dei contratti di swap ed i limiti entro i quali l’ordinamento ne ammette la meritevolezza - e quindi la validità - sotto il profilo causale, richiama, al riguardo, il principio della necessaria sussistenza di alea razionale, intesa come misurabile, in quanto funzionale alla finalità di gestione del rischio. Razionalità ravvisabile, in concreto, laddove siano esplicitati e condivisi gli elementi che consentono di conoscere la misura dell’alea, calcolata secondo criteri scientificamente riconosciuti e oggettivamente condivisi, tramite l’esplicitazione dei costi impliciti, del mark to market e, soprattutto, dei cd. scenari probabilistici*”. A rilevare non è quindi lo sbilanciamento, ma che alea vi sia per entrambi, e che questa possa appunto ‘misurarsi’ *ex ante*, secondo parametri certi e riconoscibili da entrambi i contraenti: parametri che, per quanto evidenziato dal CTU, erano evincibili da ciascuno dei testi negoziali.

Quanto al collegamento con l’esposizione debitoria della società appellante, anche



sul punto infondate sono le censure attoree: il CTU ha in particolare evidenziato che *“la finalità della rimodulazione dei contratti derivati pertanto si ravvisa nel tentativo delle parti di adeguare la copertura dall'oscillazione dei tassi di interesse man mano che variava in capo a ... l'ammontare complessivo del debito sottostante dal 2003 anno di sottoscrizione del primo contratto derivato sin dal 2008 data di sottoscrizione del quarto e ultimo derivato si può ricostruire dalla tabella una correlazione fra la dinamica e l'esposizione debitoria e la dinamica dell'esposizione in derivati ad ogni singola rimodulazione dei contratti derivati.”* In sostanza, come già evidenziato dal Tribunale, se col primo contratto era evidente la funzionalizzazione rispetto ai tassi di interesse dei mutui contratti, nel tempo questo obiettivo si è spinto oltre, collegandosi alla complessiva esposizione debitoria della società, e al tentativo anche di recuperare anche con maggiore rischiosità, come peraltro sottolineato dal CTU (in risposta al secondo quesito). Né vi sono elementi, anche in base a quanto dichiarato dai diversi testi escussi, per sostenere che tutti i derivati erano esclusivamente correlati ai mutui, come dallo stesso CTU evidenziato (cfr. pagg. 8/9 della relazione: irrilevante è ovviamente quanto addotto dalle parti nelle *memorie successive*, con evidente riferimento ad atti successivi a tutti i momenti negoziali), anche laddove giunge a precisare che *“la relazione di copertura va dimostrata e documentata sin dall'origine e verificata costantemente nel tempo.”*. Lo stesso teste Piazzese, addotto dalla ..., ha affermato che lo *“lo swap venne più volte ristrutturato prospettando la banca l'opportunità di variazioni tese a fare recuperare alla società i costi derivati dallo swap”*, dunque con finalità differenti da quella iniziale (e potendosi prescindere dalla circostanza se fu la banca a proporre o il cliente a richiedere ciascuna nuova negoziazione, non venendo qui in rilievo una condotta scorretta della banca, rimanendo comunque la scelta, appunto scelta e non imposizione, in capo al cliente). In altri termini, non emerge dalle prove documentali, come dalle prove orali espletate in prime cure (e nel medesimo senso di quanto riferito



dal teste Piazzese risulta la deposizione della teste Saia, evocata dall'appellante), quanto dalla società appellante dedotto, e cioè che la conclusione del rapporto negoziale sia stata in qualche modo 'imposta' dalla banca.

In sintesi, non emergono i dedotti profili di contrarietà ai principi dell'ordinamento. Già il contratto-quadro del 2003 contiene riferimenti relativi alla rischiosità dei diversi prodotti finanziari indicati, in particolare emerge il maggiore rischio connesso ai cd. 'derivati', e soprattutto che trattasi di contratto 'aleatorio'.

Venendo al profilo afferente agli obblighi informativi in capo alla banca, questi secondo l'appellante sono stati disattesi. Segnatamente, contesta la società la valenza della dichiarazione sottoscritta dal legale rappresentante di [redacted] nel definirsi 'operatore qualificato' ai sensi dell'art. 31 reg. Consob 11522/1998, ritenuta valida ed efficace dal primo giudice.

Detta norma regolamentare (emanata in ossequio alle previsioni di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 – cd. T.U.F. – e in particolare dell'art. 6: *La Consob, sentita la Banca d'Italia, tenuto conto delle differenti esigenze di tutela degli investitori connesse con la qualità e l'esperienza professionale dei medesimi, disciplina con regolamento:(...) b) il comportamento da osservare nei rapporti con gli investitori, anche tenuto conto dell'esigenza di ridurre al minimo i conflitti di interessi e di assicurare che la gestione del risparmio su base individuale si svolga con modalità aderenti alle specifiche esigenze dei singoli investitori e che quella su base collettiva avvenga nel rispetto degli obiettivi di investimento dell'Oicr; c) gli obblighi informativi nella prestazione dei servizi; i flussi informativi tra i diversi settori dell'organizzazione aziendale, anche tenuto conto dell'esigenza di evitare interferenze tra la prestazione del servizio di gestione su base individuale e gli altri servizi disciplinati dalla presente parte*) prescrive che, a eccezione di quanto previsto da specifiche disposizioni di legge e salvo diverso accordo tra le parti, nei rapporti tra intermediari autorizzati e operatori qualificati non si applicano le disposizioni di cui



agli articoli 27, 28, 29, 30, comma 1, fatta eccezione per il servizio di gestione, e commi 2 e 3, 32, commi 3, 4 e 5, 37, fatta eccezione per il comma 1, lett. e), 38, 39, 40, 41, 42, 43, comma 5, lett. b), comma 6, primo periodo, e comma 7, lett. b) e c), 44, 45, 47, comma 1, 60, 61 e 62.

Gli obblighi previsti dalle norme derogate attengono ai doveri che incombono sull'intermediario, affinché: prima della stipula del contratto di gestione, chieda all'investitore ogni notizia sulla sua propensione al rischio, sulla sua esperienza in materia di investimenti in strumenti finanziari, sulla sua situazione finanziaria e che l'eventuale rifiuto a fornire le predette informazioni risulti dal contratto; che l'intermediario consegni al cliente il documento sui rischi generali degli investimenti in strumenti finanziari; che l'intermediario acquisisca un'adeguata conoscenza degli strumenti finanziari, dei servizi e dei prodotti diversi, propri o di terzi e non effettui operazioni prima di avere assolto prontamente agli oneri di informazione preventiva sulla natura dei rischi e sulle implicazioni della specifica operazione, mettendo a disposizione dei clienti i documenti e le registrazioni che li riguardano; che l'intermediario non agisca in situazioni di conflitto di interessi a meno che l'investitore non sia stato preventivamente informato per iscritto e non abbia acconsentito sempre per iscritto alla relativa operazione; che l'intermediario si astenga dall'effettuare con o per conto degli investitori operazioni, pur espressamente impartite dal cliente, rispetto a costui non adeguate per tipologia, oggetto, frequenza e dimensione, salvo l'onere di reiterazione per iscritto dell'ordine preceduto dall'esplicazione delle ragioni di inadeguatezza. Questi obblighi risultano derogati laddove l'operatore rientri in una delle categorie indicate dal II comma dell'art. 31 del Regolamento (sulla cui valenza si dirà meglio appresso), e quindi, per quanto qui di interesse, sia una società o persona giuridica in possesso di una specifica competenza ed esperienza in materia di operazioni in strumenti finanziari espressamente dichiarata per iscritto dal legale rappresentante.



Devesi quindi evidenziare che nella giurisprudenza della Suprema Corte, ripresa da diverse Corti di merito, e per l'ipotesi in cui (come nel caso in esame) il cliente deduca che la dichiarazione *ex art. 31* sia stata resa inconsapevolmente o, comunque, senza adeguata consapevolezza in ordine alle conseguenze che essa produce, è principio pacifico che seppure non gravi sull'intermediario alcun onere di accertamento della effettiva sussistenza dei requisiti di professionalità, resta salva la possibilità dell'investitore di provare non solo come tali requisiti non fossero esistenti, ma anche che di tale circostanza l'intermediario finanziario fosse consapevole, ovvero che egli fosse in possesso di dati ed elementi oggettivi atti a consentire una diversa valutazione (cfr. su questi temi Cassazione civile n. 12138/2009, seppure afferente fattispecie disciplinata dal precedente art. 13 Regolamento Consob n. 5387/1991; e soprattutto la recente Cassazione civile sez. I 04/04/2018 n. 8343, ove vengono precisati i termini della sentenza del 2009 con riguardo proprio all'art. 31 del reg. Consob del 1998, sottolineandosi che *sul piano probatorio in giudizio, del pari, l'esistenza dell'autodichiarazione è sufficiente ad integrare la prova presuntiva semplice della qualità dell'investitore qualificato in capo alla persona giuridica: gravando, pertanto, sulla medesima l'onere di allegare e provare le circostanze specifiche, dalle quali emerga che l'intermediario conosceva, o avrebbe potuto conoscere con l'ordinaria diligenza, l'assenza di dette competenze ed esperienze pregresse, in contrario con quanto dichiarato per iscritto dal suo legale rappresentante*).

Dunque, se è vero che gli artt. 27, 28, e 29 reg. Consob costituiscono una specificazione dei criteri generali all'art. 21 TUF e delle regole di comportamento fissate dall'art. 26 reg. Consob, per le società e le persone giuridiche che rilascino la dichiarazione autoreferenziale non è possibile invocare le predette norme sugli specifici obblighi comportamentali, perché, così facendo, si finirebbe per aggirare, la disciplina regolamentare (che, va detto, è conforme a quella comunitaria). Il richiamo alle norme in esame è invece consentito innanzitutto per richiedere comportamenti



degli intermediari, anche nei confronti degli operatori qualificati, diversi da quelli contemplati negli artt. 27, 28 e 29 reg. Consob, quali ad esempio (in questo senso, cfr. Tribunale di Verona 20 settembre 2012) quelli di cui all'art. 26 reg. Consob che, a dispetto della rubrica, individua anche alcune specifiche regole di condotta per l'intermediario (si pensi all'obbligo di astensione dai comportamenti che possano avvantaggiare un investitore a danno di un altro, a quello di operare 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).

Ancora sugli effetti della dichiarazione di operatore qualificato, va aggiunto che essa costituisce una mera presunzione semplice (come peraltro evidenziato dal Tribunale), vincibile, in caso di contestazione, dalla prova positiva della insussistenza dei requisiti soggettivi ed oggettivi di professionalità in materia di strumenti finanziari e dalla prova della conoscenza, ovvero, conoscibilità in concreto, da parte dell'intermediario, delle circostanze dalle quali poter desumere la reale situazione in cui versi l'investitore nel momento in cui rende siffatta dichiarazione. Al contempo, in ragione di quanto emerge dal richiamato art. 6 II co. T.U.F., il legislatore, nel delegare alla Consob il compito di disciplinare gli obblighi comportamentali degli intermediari nei riguardi delle diverse categorie di investitori, non solo lascia intendere che, in ogni caso, i principi quadro di cui all'art. 21 del d.lgs. 58/98 hanno effetto per tutte le tipologie di clienti, ma anche che le differenze, in ipotesi previste per talune particolari categorie di investitori, devono pur sempre essere connesse con le effettive qualità ed esperienze professionali dei medesimi, non esonerando (come detto) l'intermediario dal comportarsi diligentemente (nel senso dianzi evidenziato); ciò rilevando per la valutazione di meritevolezza di cui all'art. 1322 c.c.

Tornando al caso di specie, l'..... ha, come detto, contestato di possedere i requisiti sostanziali di professionalità, invocando una serie di indici dai



quali poter desumere tale circostanza. Ma tale assunto non può essere condiviso: se dalla produzione delle parti emerge prova documentale di tale dichiarazione, resa sostanzialmente due volte, e in occasione della stipula del cd. contratto-quadro del 2004, e in occasione del successivo contratto del 2005, le prove orali espletate non hanno certamente inciso sul contenuto della dichiarazione.

In particolare, il teste Piazzese ha riferito – in sintesi - di avere partecipato all'incontro coi responsabili della banca nel momento in cui il legale rappresentante della società odierna appellante avviò il negozio e sottoscrisse la modulistica, adducendo di avere preso parte agli incontri quale consulente finanziario della società.

Ulteriormente, deve evidenziarsi che quella che avviò il particolare tipo di rapporto era società di capitali, dunque con una struttura imprenditoriale certamente avveza a trattare col comparto bancario: basti considerare le voci di spesa per l'attività imprenditoriale posta in essere, con accensione di mutui di relevantissimo importo, elementi questi idonei a delineare un assetto societario con presenza di professionalità coerenti con quanto desumibile dalla dichiarazione di operatore qualificato poi contestata.

Considerato altresì che in base al principio dell'affidamento, ciascun contraente deve poter fare sulla genuinità delle dichiarazioni negoziali compiute dalla controparte e sulla sua coerenza di comportamento nell'ambito negoziale, nel caso di specie, non vi erano elementi idonei a superare la presunzione semplice (Cass. n. 12138/2009 già richiamata) sulla competenza professionalmente qualificata della N. ..., di guisa che infondate risultano le censure dell'appellante in ordine alle conseguenze di cui alla dichiarazione di 'operatore qualificato'.

Né risultano violazioni dei criteri di condotta che emergono dalla previsione di cui all'art. 31 Reg. Consob, involgenti i doveri di buona fede oggettiva e la cooperazione contrattuale alla stregua dei valori costituzionali di solidarietà e tutela del risparmio, rilievo questo che riconduce il problema dell'omessa piena informazione nell'alveo



della violazione delle regole di condotta. Il che impone innanzitutto il confronto con la nota statuizione delle Sezioni Unite, in merito alle conseguenze civilistiche della violazione di quelle regole: la mancanza di adeguate informazioni non causa di nullità, bensì di inadempimento, secondo quanto statuito da Cass. SSUU n. 26724/07. Ciò non riguardo agli obblighi informativi specifici previsti per qualsiasi investitore, ma con riferimento a quei canoni che, relativamente a un prodotto di particolare rischiosità quale l'IRS, debbono guidare la banca nel rendere trasparente ogni elemento del contratto, e fare chiaramente percepire il consistente aumento del rischio: ma nel caso di specie risulta, come detto, la piena consapevolezza in capo all'organo gestorio delle precipue caratteristiche dei prodotti oggetto di negoziazione, chiaramente descritte sin dall'avvio del rapporto.

Quanto alla CTU contabile, vale aggiungere, oltre a quanto già esplicitato, che l'esperto ha evidenziato che le risultanze contabili danno conto del sostanziale rispetto delle previsioni negoziali, dell'alea del rapporto, e dello sviluppo negativo successivo dovuto alle fluttuazioni di mercato; e che comunque la risposta al quesito sui particolari effetti (vantaggiosi o no) per una delle parti, incidenti se del caso sulla questione dell'alea, non si è potuta avere per la carenza della documentazione che era onere della odierna appellante produrre (al fine di *ricostruire i differenziali sui derivati effettivamente maturati e liquidati dalle parti*), emergendo solo che comunque dei crediti a favore di Medihot erano certamente maturati.

Risultando, da tutte le considerazioni sin qui esposte (tali, peraltro, da assorbire ogni altro profilo, quindi anche in punto di pretesa restitutoria/risarcitoria, comunque prive di supporto probatorio), infondate le doglianze prospettate, l'appello va conclusivamente disatteso, con conferma dell'impugnata statuizione.

Le spese seguono la soccombenza e vanno liquidate come indicato in dispositivo.

P.Q.M.

La Corte di Appello di Palermo, Sezione III civile, ogni diversa e contraria istanza,



domanda ed eccezione disattese, definitivamente pronunciando nel contraddittorio delle parti, così provvede:

Rigetta l'appello proposto da _____ con atto di citazione del 30/3/2017, avverso la sentenza n. 1135/2017 del 2/3/2017 resa dal Tribunale di Palermo.

Condanna l'appellante al ristoro delle spese processuali sostenute da INTESA SANPAOLO s.p.a., liquidate in complessivi € 4.600,00, per compensi, oltre rimborso forfettario, C.P.A. e I.V.A. come per legge.

Si da atto della sussistenza dei presupposti (ai sensi del D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, art. 13 comma 1 quater, inserito dalla L. 24 dicembre 2012, n. 228, art. 1, comma 17), per il versamento, a carico dell'appellante, di ulteriore importo a titolo di contributo unificato.

Così deciso in Palermo, nella camera di consiglio della Terza sezione civile, il 30 luglio 2022.

Il Cons. est.

Giuseppe De Gregorio

Il Presidente

Antonino Liberto Porracciolo

