

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
CORTE D'APPELLO DI NAPOLI
SEZIONE III^ CIVILE

in composizione collegiale, nelle persone di

Dott.ssa Maria Casaregola	Presidente
Dott.ssa Regina Marina Elefante	Consigliere
Dott. Fernando Amoroso	Giudice Ausiliario Rel./Est.

ha pronunciato la seguente

S E N T E N Z A

nella causa civile iscritta al numero _____ del ruolo generale,
promossa

da

_____ S.r.l. (P.IVA: _____), in persona del
suo legale rappresentante *pro tempore*; D[_____] U[_____] (C.F.: _____); D[_____] R[_____] (C.F.: _____),
rappresentati e difesi dagli Avv.ti

e

presso il cui studio, in

_____, sono elettivamente

domiciliati;

APPELLANTI

contro

_____ S.p.A. (_____), in persona del suo legale
rappresentante *pro tempore*, quale mandataria di _____

_____ S.p.A., rappresentata e difesa dall'Avv.





, presso il cui studio, in
, è elettivamente domiciliata;

APPELLATA

e nei confronti di

_____ S.p.A. (C.F.: [_____]), in persona del suo
legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa
dall'Avv. _____, presso il cui
indirizzo PEC, _____ è
elettivamente domiciliata;

TERZA INTERVENUTA

avverso

la sentenza n. _____ del G.U. del Tribunale di Napoli Nord,
pubblicata in data 15.07.2019 e non notificata.

RAGIONI IN FATTO ED IN DIRITTO DELLA DECISIONE

1. E' impugnata, con atto notificato il 10.02.2020, la sentenza
evidenziata in epigrafe, con la quale il G.U. del Tribunale di Napoli
Nord, adito dagli odierni appellanti, in opposizione a decreto ingiuntivo
n. _____) (per l'importo di € 1.488.722,39), l'ha parzialmente accolta
e, revocato il provvedimento monitorio opposto, ha condannato gli
opponenti, debitrice principale la Società e garanti fideiussori di
quest'ultima i D[_____], in solido tra loro, al pagamento del
complessivo importo di € 1.096.808,26, oltre accessori, compensando
integralmente tra le parti le spese di lite.

2. La Banca, odierna appellata, aveva dedotto in monitorio diverse
linee di credito concesse alla _____ S.r.l., reclamandosi
creditrice di quest'ultima (e dei suoi garanti fideiussori) dei seguenti
importi: € 344.366,52, quale saldo passivo del C/C n. _____ ; €
698.785,48, quale saldo passivo del C/C n. _____ ; € 90.911,54,
quale saldo passivo del C/Anticipi su fatture n. _____ ; € 59.263,19,



quale residuo di finanziamento chirografario dell'11.07.2008; € 133.218,87, quale residuo del finanziamento chirografario del 30.07.2010; € 21.226,79, quale saldo passivo del C/C n. _____, € 141.000,00, qual saldo passivo del contratto quadro per operazioni su strumenti finanziari derivati del 10.11.2009, n. _____.

3. Con l'originaria opposizione, gli odierni appellanti, per quanto ancora di rilevanza, avevano, tra l'altro, lamentato illegittima capitalizzazione trimestrale degli interessi passivi; nullità del contratto swap; nullità delle fideiussioni prestate dai D[_____].

4. Il Tribunale, nel contraddittorio con l'opposta, all'esito di istruttoria tecnico-contabile, dopo aver escluso dalla debitoria l'importo richiesto a titolo di saldo del C/Anticipi su fatture n. _____ (per omessa produzione delle fatture i cui importi sarebbero stati anticipati dall'Istituto di credito); gli addebiti operati a titolo di c.m.s. sul C/C n. _____ (per indeterminatezza della relativa clausola); tutti gli addebiti operati sui CC/CC n. _____ e n. _____ (per difetto di preventiva pattuizione); ha disatteso l'eccezione di illegittimità della capitalizzazione trimestrale di cui al contratto di C/C n. _____ attesa la condizione di reciprocità con la Correntista.

Il Giudice di prime cure, di seguito, ha ritenuto la legittimità sia del contratto swap che delle fideiussioni prestate dai D[_____] rideterminando la somma dovuta dagli opposenti, in solido tra loro, nel complessivo importo di € 1.096.808,26.

5. Con il gravame, affidato a tre ordini di motivi, gli appellanti hanno continuato a lamentare l'illegittimità della capitalizzazione trimestrale sul C/C n. _____ (primo motivo); la nullità del contratto swap (secondo motivo) e quella delle fideiussioni prestate dai D[_____] (terzo motivo).

5.1. Ha resistito la Banca appellata. Vinte le spese.



5.2. Disattesa l'istanza di inibitoria, nel corso del presente grado è intervenuta, quale cessionaria del credito vantato dall'appellata, ., che ha concluso per il rigetto del gravame.

5.3. Con ordinanza del 05.10.2022 veniva sottoposta alle parti, ai sensi dell'art. 101 c.p.c., la questione inerente alla capitalizzazione infrannuale nell'ipotesi della condizione di reciprocità solo figurativa (Cass. n. 4321/2022), fissandosi, all'uopo, l'udienza del 07.12.2022.

5.4. In tale sede, la terza intervenuta ha rinunciato alla linea di credito rinveniente dall'esposizione in C/C n. .

Gli appellanti hanno accettato la rinuncia, ma hanno insistito per l'accoglimento delle ulteriori eccezioni di nullità, sia con riferimento al contratto swap che con riferimento alle fideiussioni prestate dai _____].

5.5. Introita la causa in decisione, la stessa, con ordinanza del 31.05.2023, veniva rimessa sul ruolo, sottoponendosi alle parti la questione relativa ai profili di nullità del contratto swap all'esito della sentenza a SS. UU. n. 8770/2020, successiva alla proposizione del gravame.

Con la medesima ordinanza si invitavano le parti a valutare proposta conciliativa che prevedeva l'obbligo degli appellanti, in solido tra loro, a riconoscere alla Banca appellata il complessivo importo di € 600.000,00, oltre interessi legali dalla domanda al soddisfo, con compensazione integrale delle spese del doppio grado di giudizio.

5.6. Alla successiva udienza del 12.07.2023, le parti rimanevano ferme nelle rispettive ed originarie posizioni e, sulle conclusioni rassegnate da parte appellante e dalla terza intervenuta, la causa veniva nuovamente introitata a sentenza.

6. All'esito della rinuncia, da parte appellata, della linea di credito rinveniente dall'esposizione in C/C n. _____, alla Corte non resta



che prendere atto dell'accettazione operata da parte appellante nel corso dell'udienza del 07.12.2022, dichiarando cessata la materia del contendere in ordine al primo motivo di gravame.

7. Quanto al contratto swap, la Sezione ha avuto plurime occasioni per richiamare i principi fissati dalle SS. UU. nel maggio 2020, sentenza n. 8270, che, sebbene successiva alla pronuncia impugnata, è stata oggetto di contraddittorio *inter partes*, anche a seguito dell'ordinanza interlocutoria ex art. 101 c.p.c. del 31.05.2023.

7.1. La Sezione, in fattispecie sovrapponibile a quella *de qua* (Corte d'Appello di Napoli, Sezione III^a, sentenza n. 1541/2021), nel richiamare il precedente di legittimità, ha precisato che per *Interest Rate Swap* (IRS) si intende il contratto con il quale le parti si scambiano, per un periodo stabilito al momento dell'accordo, i pagamenti degli interessi sui rispettivi prestiti, misurati sulla base dei tassi di interesse differenti (il debitore a tasso fisso pagherà gli interessi a tasso variabile che gravano sull'altro e viceversa).

I contratti IRS sono caratterizzati dalla durata superiore ad un anno e sono negoziati su mercati non regolamentati (i cosiddetti *Over the Counter*).

La parte che si accolla il pagamento del tasso fisso (acquirente) intende diminuire i rischi derivanti dal contratto a tasso variabile, poiché prevede oscillazioni al rialzo; la Banca (venditore), ad esempio, spera invece di incrementare i profitti nel breve periodo, aspettandosi rialzi minimi nei tassi.

Le finalità di un contratto IRS, perciò, possono essere di copertura o speculative.

7.2. Gli elementi essenziali di un IRS sono, per come individuati dalla giurisprudenza: a) la data di stipulazione del contratto (*trade date*); b) il capitale di riferimento, detto nozionale (*notional principal amount*), che



non viene scambiato tra le parti, e serve unicamente per il calcolo degli interessi; c) la data di inizio (*effective date*), dalla quale cominciano a maturare gli interessi (normalmente due giorni lavorativi dopo la *trade date*); d) la data di scadenza (*maturity date o termination date*) del contratto; e) le date di pagamento (*payment dates*), cioè quelle in cui sono scambiati i flussi di interessi; f) i diversi tassi di interesse (*interest rate*) da applicare al capitale.

7.3. Le Sezioni Unite precisano che lo *swap* stipulato dalle parti è *non par* quando è contrassegnato da uno squilibrio.

Ciò può manifestarsi con riferimento alle condizioni corrispettive iniziali ed in questo caso il negozio può essere riequilibrato con il pagamento, al momento della stipulazione, di una somma di denaro al soggetto che accetta le pattuizioni deteriori.

Questo importo è chiamato *up front* (e i contratti *non par* che non prevedano la clausola di *up front* hanno nel valore iniziale negativo dello strumento il costo dell'operazione: nella prassi, il compenso dell'intermediario per il servizio fornito).

Aggiungono le Sezioni Unite che l'IRS può atteggiarsi ad operazione *non par* anche in corso di operatività.

In un dato momento lo squilibrio futuro (sopravvenuto) fra i flussi di cassa, che sia attualizzato al presente, può essere oggetto di nuove prognosi ed indurre le parti a sciogliere il contratto.

Per compiere queste operazioni assume rilievo il cd. *mark to market* (MTM).

7.4. Si tratta, specificano le Sezioni Unite, del costo di sostituzione, ossia il costo al quale una parte può anticipatamente chiudere il contratto o un terzo estraneo all'operazione è disposto, alla data della valutazione, a subentrare nel derivato: così da divenire, in pratica, il valore corrente di mercato dello *swap*.



In altri termini, il metodo consiste in una simulazione giornaliera di chiusura della posizione contrattuale e di stima del conseguente debito/credito delle parti.

Nei fatti, per MTM s'intende principalmente la stima del valore effettivo del contratto ad una certa data (anche se, in astratto, il *mark to market* non esprime un valore concreto ed attuale, ma una proiezione finanziaria).

Il *mark to market* è, dunque, tecnicamente un valore e non un prezzo, una grandezza monetaria teorica calcolata per l'ipotesi di cessazione del contratto prima del termine naturale.

Più precisamente, osservano le Sezioni Unite, il MTM è un metodo di valutazione delle attività finanziarie che si contrappone a quello storico o di acquisizione attualizzato mediante indici di aggiornamento monetario, che consiste nel conferire a dette attività il valore che esse avrebbero in caso di rinegoziazione del contratto o di scioglimento del rapporto prima della scadenza naturale.

7.5. La questione della causa dello *swap* è assai discussa.

Evidenziano le SS. UU. che parte della giurisprudenza tende a vedere nello *swap* la causa della scommessa, che, tuttavia, la Suprema Corte non condivide, dal momento che lo *swap* – si afferma – ha ben poco da condividere con gli artt. 1933 - 1935 c.c.

Ciò che distingue l'IRS dalla comune scommessa è proprio la complessità della vicenda e la professionalità dei soggetti coinvolti, sicché l'impostazione più attenta rinviene la causa dell'IRS nella negoziazione e nella monetizzazione di un rischio, atteso che quello strumento contrattuale: a) si forma nel mercato finanziario, con regole sue proprie; di frequente consuetudinarie e tipiche della comunità degli investitori; b) riguarda un rischio finanziario che può essere delle parti, ma può pure non appartenere loro; c) concerne dei differenziali



calcolati su dei flussi di denaro destinati a formarsi durante un lasso temporale più o meno lungo; d) è espressione di una logica probabilistica, non avendo ad oggetto un'entità specificamente ed esattamente determinata; e) è il risultato di una tradizione giuridica diversa dalla nostra.

A fini puramente descrittivi, per le SS. UU. l'IRS consiste in una sorta di scommessa finanziaria differenziale (in quest'ultimo aggettivo essendo presente un riferimento alla determinazione solo probabilistica dei suoi effetti ed alla durata nel tempo del rapporto).

7.6. Per individuare gli interessi meritevoli di tutela in simili contratti, le SS. UU. ritengono che sia necessario verificare la presenza di un accordo tra intermediario ed investitore sulla misura dell'alea, calcolata secondo criteri scientificamente riconosciuti ed oggettivamente condivisi, perché il Legislatore autorizza questo genere di "scommesse razionali" sul presupposto della loro utilità sociale, intese come specie evoluta delle antiche scommesse di pura abilità.

E tale accordo non deve limitarsi al *mark to market*, ma investire, altresì, gli scenari probabilistici, poiché il primo è semplicemente un numero che comunica poco in ordine alla consistenza dell'alea. Esso dovrebbe concernere la misura qualitativa e quantitativa dell'alea e, dunque, la stessa misura dei costi pur se impliciti.

7.7. Evidenziano le SS. UU. che le obbligazioni pecuniarie nascenti dal derivato non sono mere obbligazioni omogenee di dare somme di denaro fungibile, perché in relazione alla loro quantificazione va data la giusta rilevanza ai parametri di calcolo delle stesse, che sono determinati in funzione delle variazioni dei tassi di interesse (nell'IRS) e di cambio nel tempo.

Sicché l'importanza dei menzionati parametri di calcolo consegue alla circostanza che tramite essi si può realizzare la funzione di gestione



del rischio finanziario, con la particolarità che il parametro scelto assume alla scadenza l'effetto di una molteplicità di variabili.

A tale proposito, è stato richiamato l'articolo 23, comma 5, TUF il quale dispone 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”*.

Ma tale previsione, precisano le SS. UU., non intende autorizzare *sic et simpliciter* una scommessa, ma delimitare, con un criterio soggettivo, la causa dello *swap*, ricollegandola espressamente al settore finanziario.

In questo modo, è disegnato un modello, ponendosi al massimo ancora il problema se tutti i derivati rispondano ad un unico tipo o se la distinzione tra tali tipi riguardi le classi di derivati o i singoli *swaps*.

7.8. In siffatto contesto, per le SS. UU. l'intermediario finanziario è un mandatario dell'investitore, tenuto a fornire raccomandazioni personalizzate al suo assistito; sicché ove l'intermediario, nella prestazione del servizio, compia l'operazione quando doveva astenersi o senza il consenso dell'investitore, gli atti compiuti non possono avere efficacia, a prescindere dal fatto che la condotta dell'agente sia qualificata in termini di inadempimento o di nullità, con conseguente risarcimento del danno.

In tale quadro di corretto adempimento dell'attività d'intermediazione, precisano le SS. UU. che occorre rilevare anche la deduzione dei c.d. costi impliciti, riconducendosi ad essi lo squilibrio iniziale dell'alea, misurato in termini probabilistici.

Assume rilievo, perciò, la questione del conflitto di interessi fra intermediario e cliente, poiché nei derivati OTC (vale a dire quelli negoziati su mercati non regolamentati: *Over the Counter*), a



differenza che in quelli uniformi, tale conflitto è naturale, discendendo dall'assommarsi nel medesimo soggetto delle qualità di offerente e consulente.

Va escluso il rilievo, ai fini della individuazione della causa tipica, delle funzioni, di speculazione o di copertura, dei derivati OTC perseguite dalle parti, anche se ciò ha rilevanza per il giudizio di conformità all'interesse ex art. 21 TUF e per quello di adeguatezza ed appropriatezza.

Appare perciò utile considerare gli *swap* come negozi a causa variabile, perché suscettibili di rispondere ora ad una finalità assicurativa, ora di copertura di rischi sottostanti; così che la funzione che l'affare persegue va individuata esaminando il caso concreto e che, perciò, in mancanza di una adeguata caratterizzazione causale, detto affare sarà connotato da una irrisolutezza di fondo che renderà nullo il relativo contratto perché non caratterizzato da un profilo causale chiaro e definito (o definibile).

8. La fattispecie in esame vede al centro dell'indagine lo *swap* e, in particolare, quello più comune di tutti, il cd. *interest rate swap* (altrimenti, IRS) nella sua forma più diffusa o di base.

E' noto che gli *interest rate swap* (IRS) si basano sullo sfruttamento delle diverse capacità di accesso al mercato finanziario che ogni soggetto possiede, permettendo, così, a due parti di poter modificare l'interesse applicato senza andare ad incidere sul prestito originariamente contratto.

In questo senso, si comprende come la funzione economico-sociale di questo strumento risulta essere meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico per la positiva funzione svolta nel mondo degli affari: consente, infatti, una maggiore liquidità nei mercati finanziari e



favorisce lo sviluppo dei commerci rendendo possibile, attraverso lo schema contrattuale, gestire il rischio di interessi.

Mentre il debitore continuerà a pagare gli interessi ivi stabiliti al mutuante, la stipulazione di un contratto di *swap* svolgerà la funzione di neutralizzare gli effetti dell'evoluzione dei relativi tassi in base al meccanismo della regolazione fra i contraenti, ad ogni scadenza, delle differenze di segno opposto, positive o negative, sulla base dell'applicazione delle clausole contrattuali.

In tal modo, il debitore continuerà a pagare gli interessi sul mutuo, ma, se il tasso previsto dallo *swap* risulterà essere a suo favore, riceverà importi dall'intermediario finanziario che contribuiranno a bilanciare quelli maggiormente versati al mutuante a titolo di interessi sul mutuo.

Al contrario, se, in base al tasso previsto dallo *swap*, matureranno importi in favore dell'intermediario finanziario, il debitore, oltre a pagare i normali interessi sul mutuo, dovrà sostenere anche il pagamento di questi importi, con un ulteriore aggravio della sua situazione finanziaria.

9. Nel caso di specie, il Tribunale ha ritenuto la denunciata operazione del tutto legittima, dal momento che gli oppositori non avrebbero invocato l'accertamento della responsabilità contrattuale della Banca opposta, essendosi limitati a denunciarne la nullità sotto il profilo della inosservanza degli obblighi informativi.

9.1. Gli appellanti, invece ed in estrema sintesi, fanno carico al Tribunale di aver del tutto trascurato i profili di nullità denunciati, rilevando l'assoluta inconferenza del richiamo, operato dal Giudice di prime cure, a Cass. n. 8462/2014, dettata in materia di violazione degli obblighi informativi e, dunque, con esclusivo riferimento alla responsabilità contrattuale dell'intermediario, che giammai avrebbe potuto condurre alla declaratoria di nullità del contratto.



9.2. Si è già evidenziato in narrativa che la Corte, richiamato l'art. 101 c.p.c., ha sottoposto alla interlocuzione delle parti i profili di nullità rilevati dalle SS. UU. nel 2020.

Tra i richiamati profili, assume indubbia rilevanza quello inerente il *"mark to market"*: *"se lo swap stipulato dalle parti è non par, con riferimento alle condizioni corrispettive iniziali, lo squilibrio così emergente esplicitamente dal negozio può essere riequilibrato con il pagamento, al momento della stipulazione, di una somma di denaro al soggetto che accetta le pattuizioni deteriori: questo importo è chiamato upfront (e i contratti non par che non prevedano la clausola di upfront hanno nel valore iniziale negativo dello strumento il costo dell'operazione; nella prassi, il compenso dell'intermediario per il servizio fornito)"*.

9.2.1. Nell'odierna vicenda, gli elementi contrattuali non evidenziano l'esistenza di una clausola *upfront*, sicché appare ragionevole concludere nel senso che il lamentato valore iniziale negativo dello strumento - il costo dell'operazione - fosse il compenso dell'intermediario per il servizio fornito.

Ciò che assume rilievo nel presente giudizio, quindi, non è tanto riscontrare l'esistenza di margini di redditività per la Banca previsti con la stipula del contratto in derivati, quanto, piuttosto, verificare se tale retribuzione abbia formato oggetto di accordo negoziale fra le parti che hanno perfezionato il contratto.

Se, infatti, lo *swap* non è un prodotto finanziario che il cliente acquista sostenendo un esborso (come avviene quando si acquista un'azione, un'obbligazione, una quota di un fondo, ecc.), ma, attraverso esso, il cliente e la banca si impegnano ciascuno a pagare all'altro, a scadenze periodiche definite, un importo calcolato applicando dati parametri (diversamente prestabiliti per ciascun contraente) ad un



medesimo valore di base (cd. nozionale), con l'effetto che a ciascuna scadenza i due importi si compensano e ne deriverà un differenziale a carico dell'uno, e correlativamente a favore dell'altro, o viceversa, l'esistenza di un margine di redditività del tutto legittimo in favore di una delle parti (e, normalmente, in favore dell'intermediario, quale soggetto che ha costruito e messo a disposizione il derivato) si configura esso stesso quale componente essenziale del contratto, sia in quanto onere sul quale necessariamente deve convergere l'accordo negoziale delle parti, sia in quanto componente che, determinando di fatto uno squilibrio iniziale dello *swap* (con passaggio dal suo valore teorico al valore di mercato), influisce sulla misura dell'alea che le contrapposte parti si assumono.

9.2.2. Si è pure evidenziato che l'IRS, peraltro, può atteggiarsi ad operazione *non par* non solo in punto di partenza, ma può divenire tale anche con il tempo.

In un dato momento, lo squilibrio futuro (sopravvenuto) fra i flussi di cassa, che sia attualizzato al presente, può essere oggetto di nuove prognosi ed indurre le parti a sciogliere il contratto.

Per compiere queste operazioni, assume rilievo il più volte richiamato indice, *mark to market* (MTM) o costo di sostituzione (*rectius*: il suo metodo di stima), ossia il costo al quale una parte può anticipatamente chiudere il contratto o un terzo estraneo all'operazione è disposto, alla data della valutazione, a subentrare nel derivato: così da divenire, in pratica, il valore corrente di mercato dello *swap*.

9.2.3. In altri termini, il *mark to market* - la cui locuzione significa "marcare il mercato" - esprime un metodo valutativo di un derivato e nasce come strumento di monitoraggio e criterio di calcolo della marginazione.



Il metodo *de quo* consiste in una simulazione giornaliera di chiusura della posizione contrattuale e di stima del conseguente debito/credito delle parti.

9.2.4. Secondo la più volte richiamata sentenza delle SS. UU. n. 8770 del 2020, «*nei fatti, per MTM s'intende principalmente la stima del valore effettivo del contratto ad una certa data (anche se, in astratto, il mark to market non esprime un valore concreto ed attuale, ma una proiezione finanziaria). Il mark to market è, dunque, tecnicamente un valore e non un prezzo, una grandezza monetaria teorica calcolata per l'ipotesi di cessazione del contratto prima del termine naturale. Più precisamente è un metodo di valutazione delle attività finanziarie che si contrappone a quello storico o di acquisizione attualizzato mediante indici di aggiornamento monetario, che consiste nel conferire a dette attività il valore che esse avrebbero in caso di rinegoziazione del contratto o di scioglimento del rapporto prima della scadenza naturale*».

9.3. L'omessa pattuizione del *mark to market* incide sulla validità del contratto, riguardando o la causa o l'oggetto dello stesso; peraltro, la sua determinazione è piuttosto complessa, tanto che ne esistono vari criteri alternativi.

9.3.1. Occorre, a tal proposito, fare riferimento, ancora una volta, alla richiamata pronuncia di legittimità, che, trattando 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" ritenuta sottesa a tali strumenti finanziari: "razionalità" ravvisabile, in concreto, laddove siano esplicitati - e condivisi in accordo con l'investitore - gli elementi che consentono di conoscere la



"misura dell'alea, calcolata secondo criteri scientificamente riconosciuti e oggettivamente condivisi", tramite l'esplicitazione dei costi impliciti - che determinano uno squilibrio iniziale dell'alea -, del *mark to market* e, soprattutto, dei cd. "scenari probabilistici" (V. punto 6.2 della sentenza).

9.3.2. Sempre in una prospettiva generale, inoltre, il concetto viene ripreso successivamente con specifico riguardo alla *"determinatezza (o determinabilità) dell'oggetto del contratto"*, affermandosi (V. punto 9.1) che *"... la validità dell'accordo va verificata in presenza di un negozio (tra intermediario ed ente pubblico o investitore) che indichi (o meno) la misura dell'alea, calcolata secondo criteri riconosciuti ed oggettivamente condivisi, perché il legislatore autorizza solo questo genere di scommesse sul presupposto dell'utilità sociale di quelle razionali, intese come specie evoluta delle scommesse di pura abilità. E tale accordo sulla misurabilità/determinazione dell'oggetto non deve limitarsi al mark to market, ma investire, altresì, gli scenari probabilistici, poiché il primo è semplicemente un numero che comunica poco in ordine alla consistenza dell'alea. Esso deve concernere la misura qualitativa e quantitativa dell'alea e, dunque, la stessa misura dei costi pur se impliciti"*.

Sotto tale ultimo profilo, del resto, va rilevato che le obbligazioni pecuniarie nascenti dal derivato non sono mere obbligazioni omogenee di dare somme di denaro fungibile, perché in relazione alla loro quantificazione va data la giusta rilevanza ai parametri di calcolo delle stesse, che sono determinati in funzione delle variazioni dei tassi di interesse (nell'IRS) e di cambio nel tempo. Sicché l'importanza dei menzionati parametri di calcolo consegue alla circostanza che tramite essi si può realizzare la funzione di gestione del rischio finanziario, con



la particolarità che il parametro scelto assume alla scadenza l'effetto di una molteplicità di variabili.

9.3.3. E' palese, dunque, che le SS. UU. abbiano espresso un chiaro segnale adesivo all'orientamento giurisprudenziale che valorizza l'indicazione del *mark to market*, ovvero dei suoi criteri di calcolo, la esplicitazione dei costi impliciti e la prospettazione dei cd. "scenari probabilistici", quali elementi essenziali del contratto derivato, rilevanti ai fini della sua validità.

Esse, in particolare, recepiscono la tesi incentrata sulla rilevanza dei contenuti contrattuali sopra richiamati ai fini della determinazione dell'oggetto negoziale, così avallando l'orientamento che ne valorizza il corrispondente difetto come ragione di nullità del contratto.

In altri termini, l'indicazione del *mark to market*, che individua il valore del contratto ad una certa data, nonché l'esplicitazione dei costi impliciti e dei cd. "scenari probabilistici", finisce con il rappresentare il contenuto di un'obbligazione che sorge con la stipula del contratto concorrendo ad integrarne la determinabilità del suo oggetto.

9.2.4. La "scommessa razionale" meritevole di tutela, cui le SS. UU. hanno ricondotto la tipologia di derivato quale lo *swap*, postula, allora, che, in quest'ultimo, l'alea che comunque lo caratterizza debba essere misurabile "*secondo criteri scientificamente riconosciuti e oggettivamente condivisi*": ciò impone che siano esplicitati - e condivisi con l'investitore - i costi impliciti, che determinano uno squilibrio iniziale dell'alea, il *mark to market* e, soprattutto, i cd. "scenari probabilistici".

In altri termini, l'omessa esplicitazione di tali elementi si traduce, sostanzialmente, nella mancata formazione di un consenso in ordine agli stessi, e, dunque, nella inconfigurabilità di una precisa misurabilità/determinazione dell'oggetto contrattuale, allo scopo di



ridurre al minimo e di rendere consapevole l'investitore di ogni aspetto di aleatorietà del rapporto.

9.3.5. Non si tratta, allora, di semplice violazione di obblighi informativi (come tale idonea a determinare solo eventuali responsabilità risarcitorie, sulle quali, peraltro, ha fatto leva il Tribunale), ma di una carenza che - tenuto conto delle descritte peculiarità caratterizzanti la causa e l'oggetto dello strumento in esame, nonché delle innegabili interazioni tra essi configurabili - investe proprio l'essenza (di una parte) dell'accordo, vale a dire del contratto medesimo (quest'ultimo consistendo, appunto, in un "accordo", ai sensi degli artt. 1321 e 1325, n. 1, c.c.), così da cagionarne la nullità (il dovere di informazione, invece, è fuori dal contratto ed è oggetto di mera obbligazione di una delle parti, sanzionata, come si è già detto, con la responsabilità per i danni, e non con la nullità).

9.3.6. Il *mark to market*, peraltro, non costituisce - secondo le SS. UU. - un valore storico o di acquisizione attualizzato mediante indici di aggiornamento monetario, bensì il valore corrente di mercato che scaturisce da una simulazione giornaliera di chiusura della posizione contrattuale e di stima dei rapporti di debito e di credito delle parti.

Nondimeno, nemmeno la mera deduzione, nelle pattuizioni contrattuali, di un indice numerico di riferimento è suscettibile di consentire il superamento del sindacato di determinabilità; è necessario, altresì, che l'accordo investa "gli scenari probabilistici" ed abbia ad oggetto *"la misura qualitativa e quantitativa dell'alea e, dunque, la stessa misura dei costi pur se impliciti"*, affinché possa realizzarsi la funzione di gestione del rischio finanziario.

9.3.7. Proprio questo criterio soggettivo responsabilizza l'intermediario finanziario nei confronti dell'investitore, al quale dovranno essere fornite raccomandazioni personalizzate per decidere in merito ad



un'operazione in derivati, atteso che la mancata definizione dell'oggetto del contratto si traduce, per i derivati *over the counter*, in un vizio genetico del contratto, poiché comporta la mancata esplicitazione degli elementi che incidono sull'alea del contratto.

9.4. Nel caso di specie, difetta del tutto, nello scarno contenuto del contratto dedotto in lite, il riferimento al *mark to market* (del quale è riferita la sola definizione); nel mentre, il richiamo operato a detta voce nel contratto quadro è del tutto generico e non offre indicazioni analitiche, sì da consentire, nei termini sopra evidenziati, la concreta modalità di determinazione dello stesso e, soprattutto, del suo potenziale valore successivo in relazione alla intera durata del contratto.

9.4.1. A nulla, peraltro, rileva l'eventuale comunicazione del valore del *mark to market* in sede di esecuzione del contratto, posto che un siffatto *modus procedendi* certamente non potrebbe sanare l'assenza di accordo sull'indicato valore (nei puntuali termini di cui si è detto in precedenza) inficiante la fase della stipulazione del contratto.

Quell'accordo, infatti, deve investire, in modo specifico, completo e dettagliato, l'indicazione del criterio (matematico) con il quale si addivene al calcolo del menzionato valore.

Conseguentemente, non possono ritenersi conformi al predetto iter, le condotte degli intermediari che si concretizzano nella formulazione generica di criteri di calcolo, ovvero che rimandano alle "quotazioni di mercato", con il rischio che la valutazione possa essere rimessa alla discrezionalità ed all'arbitrio della parte contrattuale più forte.

Affermare, *sic et simpliciter*, che il *mark to market* sia determinato in base alle variazioni dei tassi di interesse equivale a concepire un accordo sulla stipulazione del derivato che, alla stregua delle



considerazioni tutte finora esposte, si rivelerebbe assolutamente carente del consenso su una parte del suo oggetto.

9.4.2. Ne deriva, pertanto, che l'indicazione del *mark to market*, compresa l'esplicitazione della formula matematica per la determinazione del calcolo, costituisce elemento essenziale del contratto IRS.

“La sua omissione, come pure quella dei metodi (matematici) su cui determinare l'aleatorietà del contratto, genera (al pari della carente esplicitazione dei costi impliciti dello stesso o della prospettazione dei suoi c.d. "scenari probabilistici") l'impossibilità di individuare concretamente (rectius: misurare) l'alea oggetto dell'IRS, così che il corrispondente contratto deve essere sanzionato con la nullità per indeterminabilità dell'oggetto” (Cass. n. 21830/2021).

9.5. In definitiva, va dichiarata la nullità per i rilievi che precedono del contratto su derivati allegato dalla Banca appellata a sostegno di quota parte della reclamata creditoria, e di conseguenza, dalla debitoria complessiva va sottratta anche la voce relativa all'esposizione di che trattasi, invocata, in monitorio, per complessivi € 141.000,00.

10. Va, invece, disatteso il terzo motivo di gravame, con il quale gli appellanti insistono nell'eccezione di nullità delle fidejussioni cc.dd. in aumento e, comunque, riproducenti – si assume - al modello ABI.

10.1. Il primo profilo difetta, anzitutto, di decisività, dal momento che non è dato comprendere, dall'articolazione della censura, quale sarebbe stato il limite massimo dell'importo garantito, al netto delle variazioni in aumento che si assumono affette da nullità.

Inoltre, gli appellanti hanno inteso censurare solo la parte di ordito motivazionale con il quale si fa riferimento all'assenza di efficacia novativa degli aumenti successivi all'originario limite massimo, senza



prendere posizione su quanto, di seguito, precisato dal Tribunale, con riferimento specifico alla fattispecie dedotta in lite, vale a dire: *“Pertanto non si tratta di un nuovo contratto, determinato mediante rimando ad un diverso testo contrattuale, ma della mera modificazione di una clausola di un contratto che per il resto resta valido ed applicabile tra le parti (ivi comprese le clausole specificamente approvate a seguito di trattativa)”* (V. pag. 11 della sentenza impugnata).

Di conseguenza, non torna pertinente il richiamo, operato dagli appellanti, a Cass. n. 18428/2012 ed alla successiva sentenza n. 17257/13, rese in presenza di presupposti fattuali e giuridici differenti dalla fattispecie *de qua*.

10.2. Più complessa è la tematica relativa alla denunciata nullità per conformità della fideiussione al modello ABI 2002 – 2005.

10.2.1. E' ben noto che le SS. UU., nel dicembre del 2021 (n. 41994/2021), hanno qualificato la nullità dei contratti di fideiussione riproducenti lo schema ABI, come nullità parziale, limitata alle sole clausole (2, 6 e 8) inserite nelle fideiussioni *omnibus* stilate secondo il modello ABI negli anni 2002-2005, con esclusione, dunque, delle fideiussioni che non abbiano le caratteristiche meramente riproduttive del contratto a monte e di tutte quelle clausole che, singolarmente considerate, pur avendo contenuto derogatorio delle clausole oggetto di nullità parziale, non possono essere messe in correlazione diretta con l'intesa anticoncorrenziale, alla quale è esclusivamente legata la declaratoria di nullità c.d. “speciale”.

10.2.2. Del resto, la Sezione, ancor prima dell'intervento delle SS. UU., ha avuto plurime occasioni (Corte d'Appello di Napoli, Sez. III^a, n. 5264/2019; n. 2077/2020) per rilevare, con riferimento ai moduli fideiussori predisposti unilateralmente dagli Istituti di credito e



sottoposti alla firma del cliente, anche se contenenti le stesse clausole riproducenti nella sostanza il contenuto delle clausole ABI, pur se dichiarate illegittime con provvedimento n. 55 del 2005 della Banca d'Italia, che, in concreto, la nullità del contratto a valle dovesse essere valutata dal Giudice adito alla stregua degli artt. 1418 c.c. e ss. e che potesse trovare applicazione l'art. 1419 c.c., laddove l'assetto degli interessi in gioco non venga pregiudicato da una pronuncia di nullità parziale, limitata alle clausole rivenienti dalle intese illecite.

10.2.3. Esclusa, dunque, la nullità totale della fideiussione - anche se contenente le clausole di cui agli articoli 2, 6 e 8 delle vecchie Norme Bancarie Uniformi considerate anticoncorrenziali - anche la rilevabilità d'ufficio della nullità relativa, che la parte appellante ha sollecitato con il terzo motivo di gravame, è subordinata alla circostanza che essa emerga dai fatti allegati e provati o comunque dagli atti di causa.

10.2.4. E sotto tale profilo, mette conto evidenziare che gli stessi appellanti non prendono posizione in ordine al rilievo del Tribunale inerente all'omessa produzione in giudizio del provvedimento della Banca d'Italia n. 55/2005, con il quale si è acclarata la natura anticoncorrenziale dello schema ABI.

La stessa produzione, in ogni caso, sarebbe risultata, nel caso di specie, priva di decisività, se è vero, come è vero, che il provvedimento della Banca d'Italia non fornisce di per sé prova idonea dell'esistenza dell'intesa restrittiva della concorrenza, dal momento che la stipulazione della garanzia fideiussoria è intervenuta a distanza di anni da quel provvedimento, relativo ad una fase temporale conclusasi nel maggio del 2005.

La specifica vicenda contrattuale dà, consequenzialmente, origine a un giudizio, nel quale l'attore, chiamato a comprovare i fatti costitutivi della domanda, non può giovare dell'accertamento dell'intesa illecita



contenuto in un provvedimento dell'autorità amministrativa competente a vigilare sulla conservazione dell'assetto concorrenziale del mercato, perché un simile accertamento o manca del tutto o, alternativamente, pur essendoci, riguarda un periodo diverso da quello in cui si colloca la specifica vicenda negoziale che avrebbe leso la sfera giuridica dell'attore.

Parte attrice, infatti, è onerata dell'allegazione e dimostrazione di tutti gli elementi costitutivi della fattispecie, tra i quali rientra quello della perdurante esistenza di un'intesa illecita all'epoca della sottoscrizione del contratto di fideiussione per cui è causa.

In tal senso, la Suprema Corte ha ritenuto coperte dell'accertamento antitrust le condotte precedenti al maggio 2005 (Cass. n. 29810/2017), secondo gli ordinari criteri di giudizio, giacché l'istruttoria e le conseguenti determinazioni della Banca d'Italia hanno coperto l'arco temporale precedente al provvedimento finale n. 55 del 22 maggio 2005.

La stessa giurisprudenza di legittimità ha ritenuto, altresì, che la presunzione circa la sussistenza dell'illecito operasse anche per condotte di poco successive all'adozione del provvedimento dell'Autorità (Cass. n. 21978/2019, con riferimento a contratto sottoscritto nel dicembre 2005).

10.2.5. Il caso di specie si colloca, invece, ad oltre due anni di distanza dall'accertamento della Banca d'Italia: circostanza che imporrebbe di effettuare in concreto un'attività istruttoria circa la persistenza dell'illecita intesa, lesiva della concorrenza, nel mercato nazionale.

In altri termini, gli oppositori hanno omesso di fornire riscontro probatorio idoneo a dimostrare che nel 2007 (e nel 2009) un numero significativo di istituti di credito, all'interno del medesimo mercato, ha coordinato la propria azione al fine di sottoporre alla clientela dei



modelli uniformi di fideiussione *omnibus*, in modo da privare quella stessa clientela del diritto a una scelta effettiva e non solo apparente tra prodotti alternativi e in reciproca concorrenza.

10.2.6. Del resto, conformemente al disposto dell'art. 1419 c.c., *“la nullità di singole clausole contrattuali, o di parti di esse, si estende, pertanto, all'intero contratto, o a tutta la clausola, solo ove l'interessato dimostri che la porzione colpita da invalidità non ha un'esistenza autonoma, né persegue un risultato distinto, ma è in correlazione inscindibile con il resto, nel senso che i contraenti non avrebbero concluso il contratto senza quella parte del suo contenuto colpita da nullità”* (Cass. 2314/2016).

L'estensione della nullità all'intero contratto ha portata eccezionale ed è a carico di chi ha interesse a far cadere del tutto l'assetto di interessi programmato fornire la prova dell'interdipendenza del resto del contratto dalla clausola o dalla parte nulla.

10.2.7. Nel caso concreto, si può ritenere, in mancanza di allegazione e prova del contrario, che il fideiussore avrebbe in ogni caso prestato la garanzia, anche senza le clausole anzidette, dovendosi ritenere portatore di un interesse economico al finanziamento bancario, che spiega, appunto, il consenso alla prestazione di garanzia.

Gli oppositori, odierni appellanti, infatti, hanno precisato le proprie conclusioni, insistendo nella richiesta di declaratoria di nullità del contratto di fideiussione, denunciando, tuttavia, il vizio che avrebbe attinto le sole clausole di sopravvivenza, reviviscenza e deroga al 1957 c.c., con l'ulteriore precisazione che il Giudice avrebbe l'obbligo di rilevare d'ufficio l'esistenza di una causa di nullità negoziale di natura speciale o di protezione.

10.2.8. La tematica, in realtà, è stata affrontata dalla richiamata sentenza delle SS. UU. n. 41994/2021.



Al riguardo, la Suprema Corte ha affermato che *“il giudice innanzi al quale sia stata proposta domanda di nullità integrale del contratto deve rilevarne di ufficio la sua nullità solo parziale. E tuttavia, qualora le parti, all’esito di tale indicazione officiosa, omettano un’espressa istanza di accertamento in tal senso, deve rigettare l’originaria pretesa non potendo inammissibilmente sovrapporsi alla loro valutazione ed alle loro determinazioni espresse nel processo”*.

Ciò posto, il Collegio non potrebbe dichiarare d’ufficio la parziale nullità del contratto, andando al di là dei limiti della domanda formulata dalla parte; tanto più che, nel caso di specie, non è neppure evincibile dal tenore delle difese degli appellanti, anche solo a livello di allegazione, la circostanza che essi abbiano interesse a una pronuncia che dichiari il contratto parzialmente nullo, non avendo gli stessi speso alcun argomento al riguardo, neppure all’esito dell’intervento delle SS. UU. del 2021.

11. Tirando le fila delle considerazioni che precedono, per effetto della rinuncia dell’appellata alla linea di credito rinveniente dallo scoperto di C/C n. . e dell’accoglimento del secondo motivo di gravame, l’importo oggetto di condanna di cui alla sentenza impugnata e quantificato in complessivi € 1.096.808,26, va rideterminato in complessivi € 673.701,33, oltre interessi legali dalla domanda al soddisfo.

12. La reciproca parziale soccombenza, il considerevole ridimensionamento delle originarie pretese della Banca appellata, la indubbia complessità delle questioni trattate, soggette a continue evoluzioni giurisprudenziali, con pronunce delle SS. UU. sopraggiunte solo nel corso del giudizio *de quo*, giustificano la compensazione integrale *inter partes* delle spese anche del presente grado di giudizio.

P.Q.M.



La Corte d'Appello di Napoli, terza sezione civile, definitivamente pronunciando sull'appello proposto, con atto notificato il 10.02.2020, da _____ nei confronti di _____ ora _____, avverso la sentenza n. _____ del G.U. del Tribunale di Napoli Nord, così provvede:

- in parziale accoglimento del gravame ed in parziale riforma della sentenza impugnata, ferma la revoca del decreto ingiuntivo opposto n. 809/2016 del Tribunale di Napoli Nord, dichiarata cessata ka materia del contendere in ordine al primo motivo di gravame e la nullità del contratto su derivati n. _____, condanna gli appellanti, in solido tra loro, al pagamento in favore della Banca appellata, della complessiva somma di € 673.701,33, oltre interessi legali dalla domanda al soddisfo;
- conferma nel resto l'impugnata sentenza e compensa integralmente tra le parti le spese del presente grado di giudizio.

Così deciso, in Napoli, nella Camera di Consiglio del 13.09.2023.

Il Giudice Ausiliario Est.

La Presidente

Dott. Fernando Amoroso

Dott.ssa Maria Casaregola