



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE DI TORINO
SEZIONE PRIMA CIVILE

Il Giudice, dott. Luca Martinat, ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

nella causa civile iscritta al n. [REDACTED] R.G. Civ.

promossa da:

[REDACTED], elettivamente domiciliata in [REDACTED], [REDACTED], presso lo studio degli avv.ti [REDACTED] ed [REDACTED], che la rappresentano e difendono in forza di procura alle liti in calce all'atto di citazione.

- ATTRICE -

contro:

[REDACTED], elettivamente domiciliata in [REDACTED], [REDACTED], presso lo studio dell'avv.to [REDACTED], che la rappresenta e difende in forza di procura in calce alla comparsa costitutiva.

- CONVENUTA -

Conclusioni delle parti:

Parte attrice:

"In via preliminare:

1. *accertare e dichiarare la legittimazione attiva di [REDACTED] così come ricostruita in atti.*

In via principale:

2. *accertare e dichiarare la nullità e l'inefficacia del contratto collar premio frazionato n. 1006230138 per vizio di forma scritta ad substantiam, per vizio di causa e per violazione di norme imperative come meglio descritte in atti, e/o annullare il contratto derivato intercorso tra le parti e, in entrambi i casi per l'effetto, condannare [REDACTED]*



[REDACTED] al pagamento in favore di [REDACTED] della somma di [REDACTED] a titolo di perdite subite (saldo negativo delle cedole pagate dalla Società dal 30/06/2010 al 30/09/2019, per effetto di Collar premio frazionato n. 1006230138) nonché delle ulteriori somme che fossero corrisposte da [REDACTED] S.r.l. dopo la data di notifica dell'atto di citazione calcolati dal CTU nell'importo di Euro 40.173,64 oltre a rivalutazione e interessi e senza applicare costi per l'estinzione del collar premio frazionato n. 1006230138.

In via subordinata:

3. accertare e dichiarare l'inefficacia ex art. 1711 c.c. del contratto derivato oggetto di causa e gli illeciti e le responsabilità tutte, contrattuali, precontrattuali ed extracontrattuali – nonché, qualora i fatti dedotti in giudizio avessero rilevanza penale, ex artt.185 e 187 c.p. – ascrivibili ad [REDACTED], per le violazioni ed i fatti esposti in atti e, per l'effetto, condannare [REDACTED] al pagamento in favore di [REDACTED] della somma di € 626.837,81 a titolo di perdite subite (saldo negativo delle cedole pagate da [REDACTED] dal 30/06/2010 al 30/09/2019, per effetto di collar premio frazionato n. 1006230138) nonché delle ulteriori somme che fossero corrisposte da [REDACTED] dopo la data di notifica dell'atto di citazione calcolati dal CTU nell'importo di Euro 40.173,64 oltre a rivalutazioni e interessi e senza applicare costi per l'estinzione del Collar premio frazionato n. 1006230138.

In via ulteriormente subordinata:

4. accertare e dichiarare il grave inadempimento di [REDACTED] agli obblighi imposti dalle leggi di settore e in particolare alle disposizioni di cui al TUF e al Regolamento Consob 16190/2007, dichiarare la risoluzione a costo zero per [REDACTED] del contratto Collar premio frazionato n. 1006230138 ancora in essere e, per l'effetto, condannare [REDACTED] al pagamento in favore di [REDACTED] di € 626.837,81, a titolo risarcitorio delle perdite subite nonché delle ulteriori somme che fossero corrisposte da [REDACTED]. dopo la data di notifica dell'atto di citazione, o, comunque, in quella diversa somma maggiore o minore che dovesse essere accertata in corso di causa anche a seguito di una CTU, oltre a rivalutazioni e interessi;

In estremo subordine

5. condannare [REDACTED], per le ragioni esposte nel presente atto, alla refusione dei costi impliciti sostenuti da [REDACTED], pari ad € 244.913,45 così come calcolati dal CTU in corso di causa oltre rivalutazioni e interessi e dichiarare risolto il contratto derivato in essere, senza alcun costo per [REDACTED], per grave inadempimento di [REDACTED]

In ogni caso:

- condannare [REDACTED] al pagamento di spese, diritti e onorari del giudizio, oltre rimborso forfettario delle spese generali, I.V.A. e C.P.A. come per legge.

In via istruttoria



- ammettere consulenza tecnica d'ufficio (CTU) sui quesiti che verranno proposti in fase istruttoria e con espressa riserva di ogni ulteriore domanda, deduzione, produzione documentale ed istanza, anche istruttoria, nelle forme e nei termini di rito”.

Parte convenuta:

“in via istruttoria

- ammettere tutte le istanze istruttorie della Banca e in particolare le istanze di prova testimoniale di cui a pag. 8 e ss. della memoria ex art. 183, comma VI, n. 2 c.p.c. coi testimoni ivi indicati (cfr. ivi §.4),

- respingere le avverse istanze, ove riproposte,
nel merito

- rigettare tutte le domande formulate da controparte, perché infondate in fatto ed in diritto e prescritte.

Con il favore delle spese e delle competenze di lite, oltre rimborso spese generali ed accessori di legge”.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1) Nel presente [REDACTED] citava in giudizio [REDACTED] esponendo: 1) che [REDACTED] (ora [REDACTED]) in data 23.06.2010 aveva stipulato un derivato Collar OTC con nozionale di riferimento pari ad iniziali € 5.490.000,00, con decorrenza dal 30.06.2010 e scadenza al 30.06.2025; 2) che non esisteva alcun debito sottostante da coprire con il derivato, che sta causando gravi perdite all'attrice; 3) l'inesistenza di un contratto quadro per le operazioni in derivati con conseguente nullità del derivato; 4) che il derivato presentava un'alea fortemente sbilanciata a favore della Banca andando a coprire un rischio altamente improbabile; 5) che la Banca non aveva comunicato gli scenari probabilistici, i costi impliciti, il mark to market (comprese le modalità per calcolarlo); 6) la nullità del derivato per assenza dell'ordine impartito da [REDACTED] e della conferma scritta di esecuzione da parte della Banca; 7) la nullità del contratto per mancanza di un rischio sottostante da coprire, per difetto di una effettiva capacità di copertura, per mancata indicazione del mark to market e dei costi impliciti e per mancata previsione dello *ius poenitendi* ex art. 30 TUF (essendo il contratto stato stipulato fuori dai locali commerciali); 8) il conflitto di interessi della Banca quale consulente dell'attrice e controparte contrattuale nello stesso momento; 9) la violazione degli obblighi del mandatario di cui all'art. 2711 c.c., degli obblighi di diligenza di cui all'art. 21 TUF, degli obblighi informativi, di astensione e di adeguatezza di cui al Reg. Consob n. 16190/2007; 10) il dolo della Banca ex art. 1440 c.c.; 11) *l'aliud pro alio*; 12) di voler pertanto ottenere la declaratoria di nullità o di annullamento del derivato, o in via subordinata la risoluzione per inadempimento; 11) di voler ottenere la restituzione di quanto versato in forza dello swap o titolo di risarcimento del danno, oltre interessi e rivalutazione monetaria.



[REDACTED], quindi, costituitasi in giudizio, affermava: 1) il difetto di legittimazione attiva dell'attrice; 2) che il contratto quadro era stato stipulato regolarmente in data 23.06.2010; 3) che l'ordine era stato inoltrato per iscritto e sempre per iscritto confermato dalla Banca; 4) la legittimità dei derivati speculativi; 5) che, in ogni caso, il derivato aveva funzione di copertura di un leasing sottoscritto da [REDACTED] nel 2007, come modificato nel 2010, circostanza emergente anche dalla lettura dei bilanci dell'attrice; 6) che parte attrice aveva, infatti, manifestato dopo la stipulazione del leasing la propria volontà di coprirsi dal tasso variabile ivi pattuito; 2) che l'omessa indicazione del mark to market e dei costi impliciti non è causa di nullità del contratto; 7) di aver costantemente comunicato all'attrice il valore corrente del derivato; 8) l'impossibilità di applicare l'art. 30 TUF in punto offerta fuori sede; 9) l'infondatezza delle censure in punto conflitto di interessi e delle ulteriori lamentele attoree.

La causa giungeva infine a decisione senza l'espletamento dell'istruttoria orale richiesta dalle parti, previsto espletamento invece di Ctù affidata al dott. Franco Nada.

2) In via preliminare deve ritenersi che l'odierna attrice abbia adeguatamente dimostrato di essere l'attuale titolare del rapporto contrattuale oggetto di causa, circostanza che peraltro emerge anche dalla condotta della convenuta, la quale sta addebitando i flussi del derivato proprio all'odierna attrice.

Come già anticipato, l'originario sottoscrittore del derivato è stata la società [REDACTED]; in seguito, in data 27.10.2011, con atto pubblico del Notaio Dott. [REDACTED], registrato in data 07.11.2011, veniva deliberata l'approvazione del progetto di fusione per incorporazione della società [REDACTED] nella società [REDACTED], che contestualmente cambiava la propria denominazione in [REDACTED]. (doc. 16 parte attrice).

Successivamente, in data 27.12.2017, con atto pubblico del Notaio Dott.ssa [REDACTED], "in esecuzione della deliberazione dell'assemblea della società [REDACTED]" e "in esecuzione della deliberazione dell'assemblea della società [REDACTED]" veniva deliberata la scissione parziale della società [REDACTED], "con assegnazione di parte del suo patrimonio alla società [REDACTED]" (doc. 17 parte attrice).

Infine, l'assemblea dei soci quest'ultima società in data 22.11.2019, con atto pubblico del Notaio Avv. Fabrizio Guerritore, approvava la proposta di modifica della denominazione della società in [REDACTED] [REDACTED] (doc. 18 parte attrice), ragion per cui deve essere affermata la titolarità del rapporto negoziale oggetto di causa in capo all'odierna attrice (sul punto anche pag. 10 della Ctù), come indirettamente confermato dal fatto che la stessa convenuta sta addebitando i flussi negativi del derivato proprio a [REDACTED].

3) Nel merito il Tribunale osserva quanto segue.



Alcune domande di nullità/invalidità formulate da parte attrice (di natura preliminare rispetto all'esame delle caratteristiche strutturali del derivato Collar) sono manifestamente infondate.

In particolare, la domanda di nullità del derivato fondata sull'asserita assenza del contratto quadro è infondata avendo parte convenuta prodotto il suddetto contratto quadro, stipulato contestualmente al derivato (doc. 6 e 7 parte convenuta): la circostanza non è stata più contestata da [REDACTED].

È altresì infondata la domanda di nullità per difetto di forma non avendo parte convenuta documentato l'esistenza del contratto scritto e per non essere stato l'ordine disponente il derivato attuato mediante comunicazione telefonica (di cui la convenuta non ha prodotto la relativa registrazione telefonica), come invece prescritto dall'art. 3 delle condizioni generali di contratto incluse nel contratto quadro.

L'ordine telefonico, in effetti, risulta essere lo strumento formale convenzionalmente pattuito fra le parti per la stipulazione dei singoli contratti derivati.

Nella fattispecie in esame, tuttavia, l'esistenza della comunicazione telefonica è confessoramente riconosciuta dalla stessa parte attrice con la conferma scritta dell'ordine telefonico di cui al doc. n. 10 di parte convenuta: tale documento, dunque, costituisce sia la prova dell'esistenza della conferma scritta (la cui esistenza era stata invece negata da parte attrice) sia la prova dell'esistenza della comunicazione telefonica.

Secondo le previsioni contrattuali (art. 3 condizioni generali di contratto), infatti, all'ordine telefonico doveva seguire la conferma per iscritto, e nella suddetta conferma scritta parte attrice ha dichiarato di aver effettuato la comunicazione telefonica in data 23.06.2010: dunque, la forma contrattualmente pattuita è stata rispettata per stessa ammissione di [REDACTED], essendo per questo motivo irrilevante la mancata produzione della registrazione telefonica in quanto, affermata l'esistenza della comunicazione telefonica, la presenza della registrazione telefonica negli atti processuali avrebbe l'unica funzione di prevalere su eventuali disposizioni diverse contenute nella conferma scritta, ma non avendo parte attrice dedotto l'esistenza di differenze fra l'ordine telefonico e la conferma scritta, allora quest'ultima rappresenta la fonte di prova dell'esistenza del contratto derivato.

Non è fondata neppure la domanda di nullità ex art. 30 TUF per mancata previsione nel derivato della possibilità per il cliente di recedere nel caso di offerta fuori sede.

Infatti, il principio di cui alla sentenza delle S.U. della Corte di Cassazione n. 13905/2013 secondo cui *"il diritto di recesso accordato all'investitore dal Decreto Legislativo n. 58 del 1998, articolo 30, comma 6, e la previsione di nullità dei contratti in cui quel diritto non sia contemplato, contenuta nel successivo comma 7, trovano applicazione non soltanto nel caso in cui la vendita fuori sede di strumenti finanziari da parte dell'intermediario sia intervenuta nell'ambito di un servizio di collocamento prestato dall'intermediario medesimo in favore dell'emittente o dell'offerente di tali strumenti, ma anche quando la medesima vendita fuori sede abbia avuto luogo in esecuzione di un servizio d'investimento diverso, ove ricorra la stessa esigenza di tutela"* non può essere ritenuto applicabile nella fattispecie in esame, non sussistendo la stessa esigenza di tutela, che è quella di



evitare che il cliente sottoscriva un contratto a lui proposto dalla Banca abusando dell'effetto sorpresa dato dal particolare ambiente in cui il contratto viene offerto (diverso dai locali commerciali) in danno del cliente stesso.

Nel caso di specie, infatti, la stipulazione del derivato è avvenuta previa lunga interlocuzione fra le parti (comprensiva dello studio di soluzioni contrattuali diverse, come emerge dai documenti 4 e 5 di parte convenuta), ragion per cui alcun effetto sorpresa può essere ritenuto sussistente.

Sul punto il Tribunale condivide la pronuncia della Corte di Appello di Milano n. 2003/2020 secondo cui *"la Corte di Cassazione, con sentenza a SS.UU. n. 13905/2013 aveva chiarito che l'estensione della disciplina prevista dall'art. 30 D.Lvo 58/1998 si giustificava per il fatto che, anche nei contratti per servizi di investimento diversi da quelli di collocamento in senso proprio, sussisteva l'esigenza di tutelare l'investitore dalla stipulazione di contratti senza adeguata ponderazione, per il fatto che la proposta di tali contratti, proprio perché portata al cliente direttamente al suo domicilio o comunque al di fuori della sede dell'intermediario, era tale da concretizzare un effetto sorpresa, potendosi presumere in tal caso che l'investimento attuato non fosse conseguenza di una premeditata decisione dello stesso investitore, bensì il frutto di una sollecitazione del soggetto interessato a promuovere la conclusione di tali contratti*

Tale "effetto sorpresa", giustificante l'estensione della tutela, manca laddove vi siano elementi per ritenere che – a prescindere dal luogo di stipulazione del contratto – la stipulazione del contratto IRS si ponga a valle di una complessa attività negoziale durante la quale è ragionevole presumere che le parti abbiano mantenuto numerosi contatti, al fine di definire i rapporti oggetto della contrattazione, tale per cui deve ritenersi che la stipulazione non sia stata certamente frutto di una decisione non ponderata dell'investitore".

4) Per la miglior valutazione delle ulteriori doglianze di parte attrice, invece, è stata disposta Ctu a cura del dott. Nada sul seguente quesito: *"Il C.T.U., letti gli atti ed esaminati i documenti prodotti, acquisito se del caso e nei limiti dell'art. 198 c.p.c. o con l'accordo delle parti ogni altro documento utile ai fini delle indagini, con autorizzazione a valersi di ausiliari:*

1) Dica se le caratteristiche del derivato fossero tali da fornire un'effettiva copertura al rischio di oscillazione dei tassi di cui alla locazione finanziaria sottostante, anche in relazione ai nozionali di riferimento ed alla durata della copertura (copertura che peraltro può essere anche parziale, dal punto di vista temporale e della percentuale quantitativa del rischio coperto), il tutto anche in comparazione ad altri strumenti di copertura in quel momento disponibili nella misura in cui sono stati allegati da parte attrice;

2) Si esprima in modo particolare se al momento della sottoscrizione del derivato gli scenari probabilistici relativi al futuro andamento dei tassi rilevanti in questo giudizio fossero coerenti con il meccanismo di copertura concordato, ovvero in altre parole se il rischio oggetto di copertura fosse effettivamente esistente (rectius ritenuto



esistente dagli operatori di mercato) al momento della stipulazione del derivato (con valutazione, dunque, ex ante);

3) Dica se il contratto e la documentazione allegata prevedano costi non dichiarati o un MTM negativo, quale sia il fair value e se il contratto o comunque la documentazione in atti faccia rinvio a uno specifico modello, esprimendo il suo motivato parere se il cliente abbia ricevuto elementi sufficienti a verificare (anche rivolgendosi a professionista di settore) la correttezza dei dati fornitigli;

4) Dica in ogni caso le somme effettivamente corrisposte dalla società attrice in esecuzione del derivato in occasione di ogni singolo scadenza (distinguendo, quindi, le somme meramente addebitate sul conto ma non corrisposte dalle somme effettivamente corrisposte);

5) Riferisca ogni altro elemento utile alla decisione, con facoltà di transigere la lite".

Tale quesito va correlato al fatto che parte attrice ha contestato la nullità/inefficacia del contratto derivato sotto svariati profili: violazione degli artt. 21 e 23 del Tuf, mancata correlazione fra swap e leasing sottostante, difetto di causa concreta discendente dall'assenza di una reale capacità di copertura del rischio, mancata comunicazione dei costi impliciti, del mark to market e degli scenari probabilistici, mancata ed adeguata informazione circa le alee rispettivamente assunte dalle parti: stante la stretta connessione fra le varie contestazioni, la trattazione sarà sostanzialmente unitaria.

In subordine parte attrice ha chiesto di annullarsi per dolo il contratto derivato; in ulteriore subordine ne ha chiesto la risoluzione per inadempimento della Banca o per *aliud pro alio*.

Va al riguardo premesso che il predetto contratto non costituisce un mero ordine attuativo del contratto quadro, ma un vero e proprio contratto autonomo, completo di tutti gli elementi (per la cui validità il contratto quadro rappresenta un presupposto indefettibile), rispetto al quale la Banca ha nuovamente manifestato la propria volontà contrattuale (non essendosi dunque limitata ad eseguire le istruzioni del cliente/mandante fornendogli la necessaria attività di informazione/consulenza sulla base di un classico contratto quadro per servizi di investimento), divenendo anzi la controparte contrattuale della società attrice mediante l'assunzione di specifiche obbligazioni conseguenti alla sottoscrizione del contratto.

Non essendo, dunque, lo swap un mero negozio attuativo del negozio quadro, ma un contratto vero e proprio che ha comportato l'assunzione di obblighi reciproci in capo ad entrambe le parti, esso può essere oggetto di qualsiasi domanda (nullità, annullamento e risoluzione) alla stessa stregua di qualsiasi altro contratto previsto dall'ordinamento giuridico, indipendentemente dall'impugnazione del contratto quadro.

Va peraltro osservato che le asserite violazioni degli obblighi di diligenza, trasparenza, profilatura, adeguatezza e corretta informazione gravanti sulla Banca ex artt. 21 e 23 del Tuf (e normativa, anche regolamentare, correlata) non può essere causa di nullità del contratto, ma eventualmente di responsabilità (contrattuale o precontrattuale a seconda del momento in cui l'evento si è verificato).



Così giurisprudenza consolidata: Cass. S.U, n. 26724/2007; Cassazione civile, sez. I, n. 16820/2016; Cassazione civile, sez. I, 16 febbraio 2018, n. 3914.

Infatti, *“in tema di intermediazione finanziaria, in ipotesi di omessa informazione sulla propensione al rischio del cliente e/o di omessa informazione sui rischi dell'investimento o comunque sull'inadeguatezza delle operazioni poste in essere dall'istituto intermediario ed anche in tutte le ipotesi in cui avrebbe dovuto astenersene, si prospetta una responsabilità di tipo contrattuale; oggetto del contendere, infatti, non sono circostanze attinenti al momento genetico dell'obbligazione, bensì relative al suo concreto divenire e alla sua attuazione. Di talché la domanda non è inquadrabile nella categoria dell'azione di invalidità del contratto, bensì in quella dell'azione di responsabilità, di tipo extracontrattuale - se l'evento generativo del danno si collochi nella fase delle trattative precontrattuali - o di tipo contrattuale se abbia a oggetto le operazioni poste in essere in adempimento del contratto di intermediazione come nella specie”* (Cass. 16 maggio 2016, n. 9981).

Dal momento, quindi, che le omissioni informative e più in generale gli oneri di diligenza rilevano in punto responsabilità contrattuale o precontrattuale (con conseguente risoluzione del contratto e risarcimento del danno) e dal momento che tale domanda è stata formulata in via subordinata alla domanda di nullità del contratto che verrà accolta in questa sede, delle pertinenti censure attoree non si tratterà in questa decisione se non al limitato fine dell'esame della domanda di nullità.

Il Tribunale, infatti, ritiene fondata la domanda di nullità per i motivi di seguito espressi (con conseguente assorbimento delle domande di nullità fondate su ulteriori presupposti, di annullamento e di risoluzione del contratto formulate in via subordinata).

5) Tanto premesso, il Tribunale premette in via generale che il contratto di swap può essere definito un contratto nominato, ma atipico in quanto privo di disciplina legislativa (ovvero solo socialmente tipico), a termine, consensuale, oneroso e aleatorio, contraddistinto per ciò che riguarda l'interest rate swap dallo scambio a scadenze prefissate dei flussi di cassa prodotti dall'applicazione di diversi parametri ad uno stesso capitale di riferimento (c.d. nozionale), sicché la funzione del contratto consiste nella copertura di un rischio mediante un contratto aleatorio, con la finalità di depotenziare le incertezze connesse ai costi dei finanziamenti oppure, in assenza di un rischio da cui cautelarsi, in una sorta di scommessa che due operatori contraggono in ordine all'andamento futuro dei tassi di interesse.

In pratica la posta passiva derivante dall'aumento del tasso variabile relativo al finanziamento dovrebbe essere, nella prospettiva del cliente, neutralizzata dalla posta attiva costituita dal rapporto fra tasso fisso e tasso variabile nel rapporto di swap.

Ciò posto, delle varie censure di nullità formulate da parte attrice il Tribunale ritiene fondate quella relativa all'assenza della causa in concreto per mancata correlazione fra derivato e rischio sottostante e quella per difetto di effettiva capacità di copertura del derivato, con conseguente assorbimento delle altre censure di



nullità pure svolte (ad esempio, quella relativa al mark to market) *"in applicazione del principio processuale della "ragione più liquida", desumibile dagli artt. 24 e 111 Cost., la causa può essere decisa sulla base della questione ritenuta di più agevole soluzione, anche se logicamente subordinata, senza che sia necessario esaminare previamente le altre, imponendosi, a tutela di esigenze di economia processuale e di celerità del giudizio, un approccio interpretativo che comporti la verifica delle soluzioni sul piano dell'impatto operativo piuttosto che su quello della coerenza logico sistematica e sostituisca il profilo dell'evidenza a quello dell'ordine delle questioni da trattare ai sensi dell'art. 276 c.p.c."* (Cassazione civile sez. trib., 09/01/2019, n. 363; Cassazione civile sez. trib., 11/05/2018, n. 11458).

Circa, quindi, l'esame tecnico delle censure svolte da ██████ va detto, come già anticipato, che è stato affidato apposito incarico peritale al dott. Franco Nada alle cui valutazioni e conclusioni, comprese le controdeduzioni alle osservazioni del Ctu, il giudicante integralmente si richiama in conformità al noto orientamento espresso dalla giurisprudenza di legittimità secondo cui *"il giudice del merito, quando aderisce alle conclusioni del consulente tecnico che nella relazione abbia tenuto conto, replicandovi, ai rilievi dei consulenti di parte, esaurisce l'obbligo della motivazione con l'indicazione delle fonti del suo convincimento; non è quindi necessario che egli si soffermi sulle contrarie deduzioni dei consulenti di fiducia che, anche se non espressamente confutate, restano implicitamente disattese perché incompatibili con le argomentazioni accolte; le critiche di parte, che tendano al riesame degli elementi di giudizio già valutati dal consulente tecnico, si risolvono in tal caso in mere allegazioni difensive, che non possono configurare il vizio di motivazione previsto dall'art. 360, n. 5, c.p.c."* (cfr. in tal senso Cass. civile, sez. III 19 giugno 2015 n. 12703; Cass. civile, sez. II, 10 aprile 2015 n. 7266; Cass. civile, sez. VI, 02 febbraio 2015 n. 1815; Cass. civile, sez. I, 09 gennaio 2009, n. 282; Cass. civile, sez. II, 13 settembre 2000, n. 12080; Cass. civile, sez. lav., 14 maggio 2003, n. 7485).

Infatti, *"la consulenza tecnica d'ufficio non è un mezzo istruttorio in senso proprio, poiché ha la finalità di aiutare il giudice nella valutazione di elementi acquisiti o nella soluzione di questioni che necessitino di specifiche conoscenze, per cui non è qualificabile come una prova vera e propria e, come tale, è sottratta alla disponibilità delle parti ed affidata al prudente apprezzamento del giudice del merito. Qualora sia stata disposta e ne condivida i risultati, il giudice non è tenuto ad esporre in modo specifico le ragioni del suo convincimento, atteso che la decisione di aderire alle risultanze della consulenza implica valutazione ed esame delle contrarie deduzioni delle parti, mentre l'accettazione del parere del consulente, delineando il percorso logico della decisione, ne costituisce motivazione adeguata, non suscettibile di censure in sede di legittimità"* (Cass. civile, sez. lav., 22 febbraio 2006, n. 3881).

Ciò posto, stante l'eshaustività e la completezza della Ctu, il Tribunale rileva quanto segue.

Come già facilmente ricavabile dal tenore del quesito peritale formulato *"Dica se le caratteristiche del derivato fossero tali da fornire un'effettiva copertura al rischio di oscillazione dei tassi di cui alla locazione finanziaria sottostante, anche in relazione ai nozionali di riferimento ed alla durata della copertura (copertura che peraltro*



può essere anche parziale, dal punto di vista temporale e della percentuale quantitativa del rischio coperto), il tutto anche in comparazione ad altri strumenti di copertura in quel momento disponibili nella misura in cui sono stati allegati da parte attrice", il Tribunale ritiene che l'elevata correlazione richiesta dalla normativa Consob (comunicazioni DI/98065074 del 6 Agosto 1998 e DI/99013791 del 26 Febbraio 1999) e dalla giurisprudenza di legittimità fra derivato di copertura e contratto sottostante possa essere anche soltanto parziale dal punto di vista temporale e del nozionale di riferimento (sempre – bene inteso – che il contratto sottostante sia interamente contenente per durata e nozionale il derivato e non il contrario, nel qual caso il derivato sarebbe speculativo posto che verrebbe a coprire un rischio maggiore di quello effettivamente esistente).

Le comunicazioni Consob sopra citate, in particolare, definiscono di copertura un derivato se:

- a) l'operazione sia esplicitamente posta in essere per ridurre la rischiosità di base;
- b) vi sia un'elevata correlazione tra le caratteristiche tecnico-finanziarie (scadenza, tasso interesse, tipologia etc.) dell'oggetto della copertura ed il derivato utilizzato a questo fine (esempio: durata, nozionale, la presenza di opzioni ed opzioni "digitali").

Ciò posto, va detto che, contrariamente a quanto sostenuto da parte attrice nell'atto di citazione, il derivato era stato sottoscritto al dichiarato scopo comune alle parti di coprire il rischio di oscillazione dei tassi di un preesistente leasing immobiliare in essere fra le parti che era stato stipulato in data 18.05.2007 e modificato con atto del 06.07.2010 in sostanziale contemporaneità con il derivato: la circostanza, peraltro, è stata confessata dalla stessa ████████, la quale già in occasione del bilancio del 2010 (ovvero il primo dopo la stipulazione del derivato) aveva dichiarato che il derivato Collar era stato stipulato per coprire il rischio derivante dal leasing in corso.

La volontà delle parti, dunque, era manifestamente quella di porre in essere un derivato di copertura rispetto ad un determinato rischio.

La circostanza, in effetti, è riconosciuta dalla Banca, emerge dalla documentazione che le parti si sono scambiate prima della stipulazione del derivato nonché dalla stessa conferma scritta ed è stata, infine, dichiarata da parte attrice nei propri bilanci.

Essendo, dunque, il derivato di copertura, non rilevano le considerazioni svolte da parte convenuta circa la liceità dei derivati puramente speculativi: la suddetta liceità, infatti, è indubbiamente vera, ma del tutto irrilevante nel caso di specie ove le parti non hanno inteso sottoscrivere uno swap speculativo (ovvero scollegato da un rischio sottostante) ma uno swap di copertura (ovvero finalizzato a coprire un rischio sottostante), sicché la sua validità causale deve essere valutata alla luce della funzione economico sociale concretamente attribuita al negozio alle parti, che era per l'appunto una funzione di copertura e non una funzione meramente speculativa.

In particolare, nel caso di specie va detto che il leasing immobiliare stipulato nel 2007 non era ancora divenuto efficace in quanto esso era finalizzato a finanziare la locazione di un immobile da costruire, sicché solamente



con la consegna fisica dell'immobile avvenuta in data 06.07.2010 le parti decisero di stipulare il derivato (prima non ne avrebbero avuto alcuna utilità posto che ██████ non stava pagando alcun canone di locazione) insieme alla modifica al contratto di leasing.

Affermata, quindi, la volontà delle parti di collegare il derivato al leasing immobiliare, va verificata se la correlazione sia effettivamente esistente in concreto.

Tale correlazione, infatti, incide sulla validità stessa del contratto sotto il profilo causale in quanto, se la funzione economica sociale perseguita dalle parti era quella di coprire il rischio del leasing immobiliare, risulta allora evidente che l'assenza di correlazione fra swap e leasing priva il primo negozio della sua funzione causale.

Al riguardo va premesso che il Tribunale non ritiene dirimente in senso ostativo alla correlazione il fatto che il derivato sia stato stipulato alcuni giorni prima (23.06.2010) dell'atto modificativo del leasing (06.07.2010), in quanto ai fini della valutazione in punto correlazione non rilevano tanto le date di stipulazione dei singoli contratti, quanto i rapporti sostanziali fra i due negozi (ad esempio, un derivato potrebbe essere stipulato diversi anni dopo l'inizio dell'ammortamento del rischio sottostante, andando a coprire dunque solamente il rischio residuo, senza che ciò possa incidere sulla funzione di copertura).

Ciò posto, va quindi detto che il Ctù ha così concluso in punto correlazione fra i due contratti (pag. 70 Ctù):
"l'operazione è stata esplicitamente posta in essere dalla società per ridurre la rischiosità di base della locazione finanziaria, come indicato nella nota integrativa al bilancio del 31 Dicembre 2010 (Allegato n. 8) illustrato al paragrafo n. 6.1; vi è un'elevata correlazione tra l'importo del nozionale ed il capitale mutuato, tra la durata del contratto derivato e la durata della locazione finanziaria, così come il tasso di riferimento scelto che è l'Euribor 3 mesi per entrambi i contratti;

non vi è un'elevata correlazione riguardo le seguenti caratteristiche:

o l'ammortamento del derivato è trimestrale mentre l'ammortamento del leasing è mensile;

o lo scambio dei flussi sul derivato è trimestrale mentre il pagamento del canone del leasing è mensile;

o la data di rilevazione del tasso variabile sul derivato, cioè l'Euribor 3 mesi, è effettuata due giorni prima l'inizio di ogni periodo, mentre per il leasing è la "...differenza che il EURIBOR 3 mesi Spot, preso quale tasso di riferimento periodico (TP) del costo del denaro, farà registrare rispetto al EURIBOR 3 mesi Spot rilevato con valuta il 06.07.2010 O, pari a 0,7900, preso quale tasso di riferimento base (TB) del presente atto".

Circa quest'ultimo aspetto, aggiunge il Ctù, *"vi è una evidente differenza nella metodologia di rilevazione del tasso Euribor che ragionevolmente può comportare un disallineamento tra i due risultati ... Da ciò si può concludere che il tasso variabile riconosciuto dalla banca al cliente riguardo il contratto derivato non è correttamente allineato con il tasso che la ██████ pagava sulla locazione finanziaria sia per la differente metodologia di rilevazione sia perché non includeva una componente importante del tasso finale"* (pag. 70)



Il Ctu, quindi, ha lasciato al Tribunale ogni valutazione di natura giuridica in punto esistenza o meno della correlazione fra i due negozi.

Ciò posto, ritiene il giudicante che nel caso di specie non possa ritenersi sussistente un rapporto di stretta correlazione, all'uopo richiamandosi Cass., Sez. I, n. 19013/2017 secondo cui *"Nel valutare la meritevolezza degli interessi perseguiti con un contratto derivato, il Giudice non può prescindere dalle prescrizioni normative di cui all'art. 21 TUF (obbligo per l'intermediario di comportarsi con correttezza e diligenza) e all'art. 26, Reg. CONSOB n. 11522/98, nonché, per i contratti derivati con funzione di copertura, alla verifica dell'effettivo rispetto delle condizioni stabilite dalla Consob con la Determinazione del 26 febbraio 1999, n. 99013791"*.

Nella fattispecie in esame, quindi, il Tribunale ritiene insussistente l'elevata correlazione fra i due negozi in quanto, in primo luogo, malgrado la correlazione in punto nozionale ed in punto durata dei due contratti, il derivato maturava i flussi a livello trimestrale mentre i canoni di leasing dovevano essere pagati mensilmente, sicché, evidentemente, risulta sussistente un significativo e potenzialmente rilevante disaccoppiamento fra i rispettivi flussi.

In secondo luogo (ma è questa la divergenza giuridicamente più rilevante), i rispettivi tassi di riferimento (per quanto ancorati entrambi all'Euribor a tre mesi) sono oggettivamente diversi sia in punto data di rilevazione posto che l'Euribor del derivato va rilevato due giorni prima dell'inizio di ogni periodo di ammortamento (che, lo si ripete, ha durata trimestrale), mentre l'Euribor del leasing va rilevato il giorno stesso (spot) della maturazione del periodo di ammortamento (che, lo si ripete, ha durata mensile), sia, soprattutto, in punto tasso rilevante atteso che il derivato rileva semplicemente l'Euribor a tre mesi mentre il tasso variabile rilevante per il leasing è dato dalla *"differenza che il EURIBOR 3 mesi Spot, preso quale tasso di riferimento periodico (TP) del costo del denaro, farà registrare rispetto al EURIBOR 3 mesi Spot rilevato con valuta il 06.07.2010, pari a 0,7900, preso quale tasso di riferimento base (TB) del presente atto"*.

I due tassi scambiati dalle parti, dunque, anche prescindendo dalla diversa data di rilevazione e dal diverso piano di ammortamento (trimestrale e mensile), sono oggettivamente diversi (contrariamente da quanto previsto nel leasing originario del 2007 che legava la parte variabile semplicemente al valore dell'Euribor a tre mesi), il che esclude per il Tribunale l'esistenza di quell'elevato livello di correlazione che la normativa Consob e la giurisprudenza di legittimità ritengono necessario per la validità e meritevolezza di un derivato di copertura.

In considerazione, infatti, delle evidenziate difformità fra i due negozi non può affermarsi che il flusso complessivo degli interessi che l'attrice avrebbe dovuto riconoscere alla società di leasing in conseguenza della parte variabile del canone si sarebbe compensato con i flussi che la Banca avrebbe dovuto riconoscerle sempre sulla base delle periodiche variazioni dell'Euribor.

In altre parole, non può affermarsi che con la sottoscrizione dello swap oggetto di causa parte attrice si sia coperta del rischio assunto con il contratto di leasing dal momento che i due tassi erano significativamente



diversi, il che rende parzialmente speculativo lo swap (quando invece avrebbe dovuto essere di mera copertura).

Alla luce di quanto precede, di conseguenza, va dichiarata la nullità del derivato oggetto di causa per insussistenza dell'elevata correlazione con il leasing sottostante richiesta per la sua validità, con conseguente immeritevolezza ed assenza di causa in concreto del derivato.

6) Vi è un ulteriore motivo di nullità del derivato che deve essere esaminato in questa sede.

La corrispondenza formale fra i due contratti, infatti, non esaurisce il profilo della causa in concreto dovendo necessariamente essere fatta un'ulteriore valutazione, ovvero l'idoneità in concreto del derivato a coprire il rischio sottostante cui è causalmente finalizzato.

In pratica: premessa la funzione di copertura dello swap, deve allora essere osservato se il rischio oggetto di copertura sia stato effettivamente esistente oppure no al momento della stipulazione del derivato; tale tema di indagine è stato quindi oggetto del secondo quesito peritale in forza del quale il Ctu era stato chiamato ad esprimersi: *"Si esprima in modo particolare se al momento della sottoscrizione del derivato gli scenari probabilistici relativi al futuro andamento dei tassi rilevanti in questo giudizio fossero coerenti con il meccanismo di copertura concordato, ovvero in altre parole se il rischio oggetto di copertura fosse effettivamente esistente (rectius ritenuto esistente dagli operatori di mercato) al momento della stipulazione del derivato (con valutazione, dunque, ex ante)"*.

In altre parole: deve essere esaminato se il contratto oggetto di causa, come concretamente prospettato dalle parti e come sopra descritto, non costituisca una deviazione dalla causa rispondente alla tipicità sociale sopra descritta (come affermata dalla società attrice secondo cui lo schema causale è stato adoperato dalla banca per finalità non ad esso coerenti, non essendo in grado in concreto di realizzare la funzione di copertura a vantaggio del cliente), in quanto deve ritenersi che per la validità di un contratto non è sufficiente affidarsi ad una delle fattispecie contrattuali già previste dalla legge o dalla consuetudine sociale (secondo un'ottica di causa intesa come sostanzialmente coincidente con la funzione tipica e sociale del modello contrattuale prescelto), essendo invece ormai necessario valutare anche se il contratto abbia determinato un apprezzabile mutamento nella sfera giuridica dei contraenti sotto il profilo dell'idoneità a perseguire il risultato economico voluto dalle parti, dovendosi quindi testare la causa in concreto, pena la nullità del contratto medesimo per difetto di causa.

È stato recentemente affermato, infatti, (Cass. civ., Sez. III, 08/05/2006, n. 10490, ma anche Cass. civ., Sez. III, 12/11/2009, n. 23941), che se la definizione del codice di causa è, in definitiva, quella di funzione economico-sociale del negozio riconosciuta rilevante dall'ordinamento ai fini di giustificare la tutela dell'autonomia privata, *"da parte della più attenta dottrina, e di una assai sporadica e minoritaria giurisprudenza (Cass. Sez. 1[^], 7 maggio 1998, n. 4612, in tema di Sale & lease back) Sez. 1[^], 6 agosto 1997, n. 7266, in tema di patto di non*



concorrenza; Sez. 2^a, 15 maggio 1996, n. 4503, in tema di rendita vitalizia), si discorre da tempo di una fattispecie causale "concreta", e si elabori una ermeneutica del concetto di causa che, sul presupposto della obsolescenza della matrice ideologica che configura la causa del contratto come strumento di controllo della sua utilità sociale, affonda le proprie radici in una serrata critica della teoria della predeterminazione causale del negozio (che, a tacer d'altro, non spiega come un contratto tipico possa avere causa illecita), ricostruendo tale elemento in termini di sintesi degli interessi reali che il contratto stesso è diretto a realizzare (al di là del modello, anche tipico, adoperato). Sintesi (e dunque ragione concreta) della dinamica contrattuale, si badi, e non anche della volontà delle parti. Causa, dunque, ancora iscritta nell'orbita della dimensione funzionale dell'atto, ma, questa volta, funzione individuale del singolo, specifico contratto posto in essere, a prescindere dal relativo stereotipo astratto, seguendo un iter evolutivo del concetto di funzione economico-sociale del negozio che, muovendo dalla cristallizzazione normativa dei vari tipi contrattuali, si volga al fine a cogliere l'uso che di ciascuno di essi hanno inteso compiere i contraenti adottando quella determinata, specifica (a suo modo unica) convenzione negoziale".

Se, quindi, la causa quale elemento essenziale del contratto non deve essere intesa come mera ed astratta funzione economico sociale del negozio bensì come sintesi degli interessi reali che il contratto è diretto a realizzare, e cioè come funzione individuale del singolo, specifico contratto, a prescindere dal singolo stereotipo contrattuale astratto, allora nel caso in cui si riscontri che un contratto di swap è stato strutturato in modo tale che, concretamente, uno dei contraenti, ovvero tendenzialmente il cliente dell'istituto bancario, ben difficilmente avrebbe potuto beneficiarne in quanto, a mero titolo esemplificativo, l'andamento del tasso d'interesse che gli avrebbe determinato un beneficio alla luce delle pattuizioni contrattuali non era concepito come concretamente realizzabile dagli operatori del sistema (a cominciare dalla Banca centrale europea), allora evidentemente lo swap è privo di causa in concreto, per inidoneità della funzione di copertura cui era unicamente finalizzato.

In merito, anche recentemente, è stato infatti condivisibilmente affermato che "nelle operazioni di interest rate swap è ravvisabile una causa in astratto - coincidente con lo scambio di flussi corrispondente al differenziale che, nel tempo di esecuzione del contratto, si determina tra due tassi di interesse differenti e predefiniti, applicati a un capitale nozionale di riferimento - ed una causa in concreto, individuabile nel contratto intervenuto tra le parti e considerato nella sua specifica conformazione", sicché "va dichiarata la nullità per assenza di causa concreta dell'operazione di investimento posta in essere attraverso la sottoscrizione di contratti di interest rate swap tra loro collegati e strutturati in modo tale da non soddisfare la richiesta di copertura dell'investitore e da porre il rischio esclusivamente a suo carico" (Tribunale Ravenna 08 luglio 2013, reperibile sul sito "Ilcaso.it").

Ora, va detto che il derivato Collar oggetto di causa aveva la funzione, sostanzialmente, di sterilizzare il rischio di oscillazione dei tassi nel caso in cui il tasso variabile pattuito avesse superato il 4,40%.

Si tratta, quindi, di verificare con valutazione da effettuare rigorosamente *ex ante* (ovvero al momento della stipulazione dello swap nel giugno 2010, essendo invece irrilevante per la valutazione dell'esistenza del rischio



il concreto andamento *ex post* del tasso Euribor a tre mesi) se l'aumento dei tassi che lo swap andava a tutelare era coerente con le previsioni del mercato oppure no.

La valutazione, come detto, va fatta *ex ante*: l'esistenza di una causa in concreto, infatti, quale elemento genetico del contratto, non può che essere valutata al momento della stipulazione del contratto, unico momento in cui le parti hanno potuto effettuare le loro valutazioni in punto convenienza del contratto, essendo invece irrilevante la data di efficacia del contratto nonché il concreto andamento *ex post* del derivato, non potendosi infatti desumere dai guadagni o dalle perdite conseguiti dal cliente l'esistenza o meno di una valida causa in concreto al momento della stipulazione del contratto.

Ciò posto, va detto che nel caso di specie la Banca in sede contrattuale non aveva fornito alcuna documentazione in punto prospettive dei tassi per tutto l'arco temporale (15 anni) di durata del derivato (pag. 75 Ctu), non avendo, infatti, prodotto in sede contrattuale gli scenari probabilistici su cui ha basato la struttura dello swap (così come è stata omessa ogni informazione in punto mark to market e costi impliciti: pag. 57 e 58 della Ctu).

Il Ctu, pertanto, ha correttamente fatto affidamento alle previsioni dei principali operatori del mercato, a partire dalla BCE e dal tasso Eurirs (tasso di riferimento, calcolato giornalmente dalla European Banking Federation, che indica il tasso di interesse medio al quale i principali istituti di credito europei stipulano swap a copertura del rischio di interesse).

Secondo il Ctu, quindi, *"il Bollettino della Banca Centrale Europea (di accessibilità pubblica e reperibile gratuitamente sul sito della Banca d'Italia) prevedeva una crescita tendenziale e prospettica dei tassi di interesse ad un livello leggermente superiore al tasso massimo del 4,40% a partire dalla metà dell'anno 2017, mentre i tassi forward calcolati sulla base dei tassi Eurirs (Allegato n. 23), illustrati al paragrafo n. 6.3.3.1, non avrebbero mai superato il tasso massimo del 4,40% indicato nel contratto per tutta la durata del contratto derivato"* (pag. 76 perizia).

In altre parole, *"Nel caso di specie i tassi di interesse overnight a termine nell'area dell'euro impliciti nei tassi swap previsti dal mercato nel periodo in cui il contratto di leasing ed il contratto derivato esplicavano i relativi flussi ed erano stati stipulati, erano compresi fra lo 0,20% ed il 4,625%, come chiaramente illustrato alla Figura n. 1 di questo paragrafo.*

I tassi forward calcolati sulla base dei tassi Eurirs (Allegato n. 23), illustrati al paragrafo n. 6.3.3.1, erano compresi fra lo 1,17% ed il 3,31%.

In entrambi le analisi non sarebbe avvenuto, oppure sarebbe avvenuto solamente verso la fine del periodo contrattuale, il superamento teorico del tasso di interesse massimo del 4,40%.

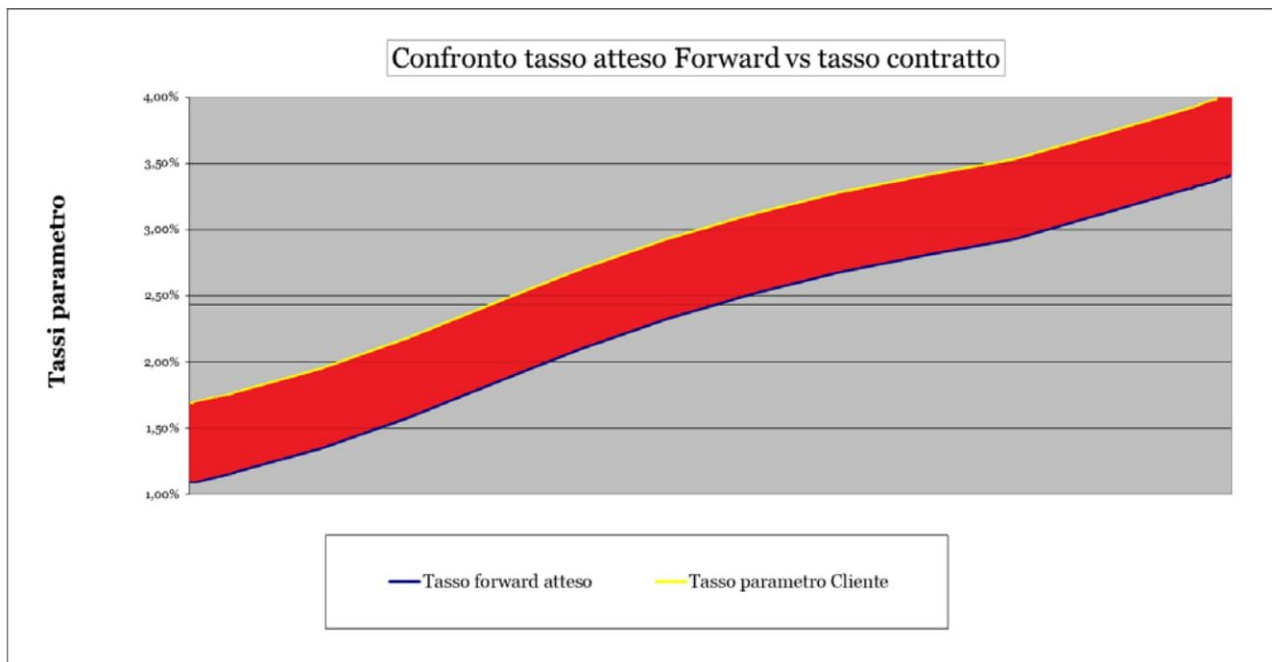
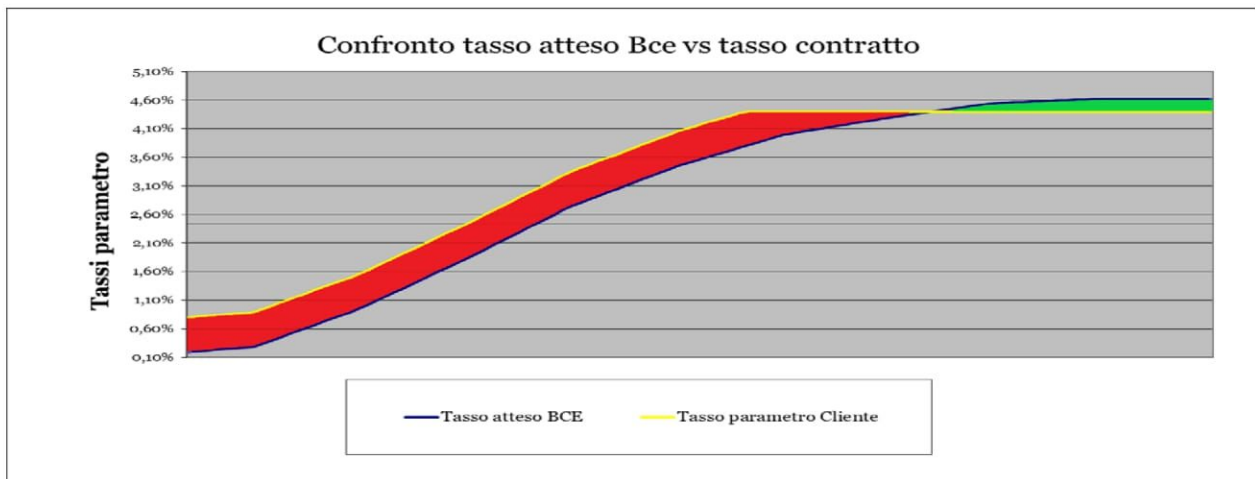
Lo scrivente ricorda che nel contratto definitivo (Allegato n. 14), a differenza di quanto indicato nel documento allegato alla email dell'11 Giugno 2010 (Allegato n. 14), era stata eliminato, a favore del cliente, il floor per il periodo dal 30 Giugno 2010 al 28 Giugno 2013.



Pertanto, posizionare il tasso massimo del contratto derivato pari al 4,40%, ad avviso dello scrivente, non era corretto in quanto il rischio teorico di aumento dei tassi non era equamente ripartito fra le parti poiché il rischio di aumento dei tassi oltre tale soglia era sostanzialmente e teoricamente spostato verso la fine del periodo contrattuale, laddove i valori di riferimento (nozionale e debito residuo) sarebbero stati peraltro di importo trascurabile.

Al contrario, il floor previsto contrattualmente dal 28 Giugno 2013 fino alla fine del contratto, pari all'1,85% era ininfluente in quanto in entrambe le previsioni il tasso di riferimento era in costante crescita, ricordando peraltro che tale opzione, di fatto inutile ha determinato un costo implicito per il cliente" (pag. 77 perizia).

I seguenti grafici rappresentano in modo plastico la distribuzione dell'alea in base agli scenari probabilistici desumibili rispettivamente dal bollettino della CBE e dai tassi forward calcolati sulla base dei tassi Eurirs, ove il rosso rappresenta il rischio ricadente su Trivium ed il verde il rischio ricadente sulla Banca:



Nel primo caso (bollettino BCE), quindi, il rischio era fortemente squilibrato sul cliente, mentre nel secondo caso (Eurirs) ricadeva integralmente sul cliente.

In particolare, il tasso forward interbancario aveva una previsione di flussi esclusivamente negativi per il cliente, circostanza assai rilevante trattandosi del tasso che viene applicato proprio dagli Istituti bancari per le operazioni in derivati, mentre quello della BCE aveva nella parte finale del rapporto una modestissima possibilità di vantaggio a favore del cliente, quando tuttavia per gli anni precedenti, allorché il nozionale ed il debito del leasing erano maggiori, il rischio era pesantemente sbilanciato in suo danno: la circostanza emerge palese dai tassi previsti dalla Bce in quanto oscillanti nel periodo di riferimento fra lo 0,20% ed il 4,625%, dovendosi all'uopo ricordare che per ██████ il derivato avrebbe potuto generare un'effettiva funzione di copertura solamente con tassi superiori al 4,40%, ipotesi che nella fattispecie in esame sarebbe stata (secondo il bollettino BCE) assai lontana nel tempo e per una delta quasi irrisorio, mentre per il tasso Eurirs non sarebbe mai avvenuta.

Tale distribuzione dell'alea contrattuale si riflette inevitabilmente anche sui flussi di cassa attesi: con valutazione ex ante, infatti, *"l'importo che risulta da tali conteggi evidenzia al cliente sarebbero stati complessivamente addebitati differenziali negativi che oscillavano da €uro 147.038,64 utilizzando i tassi previsti dalla Banca Centrale Europea (Allegato n. 26) ad €uro 274.035,05 utilizzando i tassi forward calcolati sulla base dei tassi Eurirs"* (pag. 80 perizia).

Dunque, il derivato era stato strutturato con caratteristiche ex ante tali da determinare con elevatissime probabilità ingenti perdite in danno del cliente, il quale, a seconda dei modelli utilizzati, o non avrebbe mai avuto alcun beneficio dal derivato, oppure lo avrebbe avuto per importo modestissimi, in alcun modo comparabili con il vantaggio goduto dalla Banca.

Tale valutazione del Ctu non è stata quindi di per sé oggetto di significativa contestazione da parte del Ctp della Banca, solo osservandosi, conformemente alle valutazioni del perito, che in sede contrattuale la Banca non aveva offerto scenari relativi all'andamento dei tassi, ed infatti *"Il consulente prosegue illustrando il proprio disaccordo in relazione ai grafici, chiamati dallo scrivente "aree di probabilità" e spiegando che un'analisi probabilistica dovrebbe essere fatta con metodi statistici quali la nota "Montecarlo" o utilizzando il modello "Hull-White ad un fattore". Lo scrivente ricorda che la metodologia utilizzata in questa ed in tutte le relazioni fino ad ora elaborate, pur non essendo sofisticata, permette al lettore di comprendere con facilità ed immediatezza le perdite e gli utili teorici che il sottoscrittore del contratto derivato avrebbe potuto subire e comunque si ricorda che la banca non ha fornito né questa indicazione semplificata né tantomeno quelle che il Dott. Roberto Capra suggerisce"* (pag. 100 perizia), e che i modelli probabilistici impiegati dal Ctu sono da considerare assolutamente congrui per la valutazione del rischio oggetto di causa trattandosi delle valutazioni prospettive della BCE e delle banche europee proprio in materia di swap.



Alla luce di quanto precede ritiene il giudicante che il contratto di swap sia da dichiarare nullo per difetto di alea o (il che è lo stesso) per sostanziale mancanza del rischio oggetto di copertura.

Perché, infatti, possa ritenersi sussistente la causa in concreto di uno swap stipulato al dichiarato fine di copertura è necessario che il rischio oggetto di copertura sia effettivamente esistente: l'assenza del rischio (o la dimensione minima dello stesso), dunque, implica l'assenza della causa del contratto (allo stesso modo un contratto di assicurazione avente ad oggetto un rischio inesistente è nullo), causa che in effetti va valutata sull'insieme del contratto, sicché una notevole esposizione iniziale in danno del cliente non può essere "compensata" dal punto di vista causale da un possibile minimale vantaggio nella parte finale del rapporto (nello stesso senso, Corte di Appello di Torino, n. 904/2021)

Alla luce di quanto precede, pertanto, deve essere affermato che nella fattispecie in esame complessivamente lo swap non era in grado di offrire una copertura a [REDACTED] per il semplice ma dirimente motivo che il rischio di aumento del tasso Euribor era da ritenere sostanzialmente e complessivamente inesistente per la maggior parte (se non per tutta!) della durata del contratto.

Infatti, *"la non rispondenza delle condizioni economiche contrattuali del contratto derivato Interest Rate Swap alla funzione di copertura del rischio nello stesso enunciata ne comporta la nullità per difetto di causa (art. 1418, comma secondo, c.c.), da intendersi quale sintesi degli interessi concretamente perseguiti dalla negoziazione"* (Tribunale Monza, 17 luglio 2012, reperibile sul sito "Ilcaso.it"; Tribunale Prato, 13/01/2017, n. 59; Tribunale Milano, sez. VI, 13/09/2016, n. 10049; Collegio arbitrale Milano, 23/09/2015; Corte appello Milano, 25/05/2015, n. 2244; Corte appello Trento, 03/06/2013).

Va ancora ribadito al riguardo che tale valutazione è fondata su un esame delle condizioni di mercato esistenti al momento della stipulazione del contratto derivato, con valutazione dunque *ex ante* e non *ex post* (essendo dal punto di vista dell'efficacia causale irrilevante il concreto successivo andamento dello swap, che peraltro è stato sempre ampiamente in deficit per [REDACTED]: il Ctu ha parlato di effetti dirimpenti per l'attrice: pag. 97 Ctu).

L'accoglimento della domanda principale di nullità del contratto di swap per difetto di causa implica poi necessariamente l'assorbimento delle domande subordinate di annullamento per dolo e di risoluzione contrattuale (e della correlata domanda di risarcimento del danno ex art. 1226 c.c.), oltre che delle ulteriori domande di nullità formulate da parte attrice.

7) Quanto alle conseguenze economiche della declaratoria di nullità, va detto che se il contratto è nullo i pagamenti devono essere considerati indebiti: infatti, *"qualora venga acclarata la mancanza di una "causa acquirendi" - tanto nel caso di nullità, annullamento, risoluzione o rescissione di un contratto, quanto in quello di qualsiasi altra causa che faccia venir meno il vincolo originariamente esistente - l'azione accordata dalla legge per ottenere la restituzione di quanto prestato in esecuzione del contratto stesso è quella di ripetizione di indebito*



oggettivo; è, quindi, la pronuncia dichiarativa o estintiva del giudice, avente portata estintiva del contratto, l'evenienza che priva di causa giustificativa le reciproche obbligazioni dei contraenti e dà fondamento alla domanda del "solvens" di restituzione della prestazione rimasta senza causa": Cassazione civile, sez. II, 06/06/2017, n. 14013; Cassazione civile, sez. II, 31/01/2019, n. 2993).

Accertata, dunque, la nullità del contratto, "il venir meno della causa giustificativa delle attribuzioni patrimoniali comporta l'applicazione della disciplina dell'indebito oggettivo, di cui agli artt. 2033 ss. c.c., con il conseguente sorgere dell'obbligo restitutorio reciproco, subordinato alla domanda di parte ed all'assolvimento degli oneri di allegazione e di prova, avente ad oggetto, da un lato, le somme versate dal cliente alla banca per eseguire l'operazione e, dall'altro lato, i titoli consegnati dalla banca al cliente e gli altri importi ricevuti a titolo di frutti civili o di corrispettivo per la rivendita a terzi, a norma dell'art. 2038 c.c." (Cassazione civile sez. I, 16/03/2018, n. 6664).

La conseguenza, quindi, della nullità del contratto è la ripetizione di quanto corrisposto in esecuzione del contratto e non il risarcimento del danno (Cassazione civile, sez. I, 14/12/2018, n. 32521; Cassazione civile, sez. II, 04/06/2018, n. 14289), e per disporre la ripetizione serve la domanda della parte, che nella fattispecie in esame risulta ritualmente formulata.

Alla luce di quanto precede la domanda di ripetizione formulata da parte attrice deve essere accolta.

Quanto all'effettivo pagamento delle somme via via addebitate dalla Banca sul conto corrente di [REDACTED] (circostanza contestata dalla difesa della convenuta, la quale ha contestato la presenza della prova dell'effettivo pagamento) soccorre la documentazione prodotta dalla stessa parte attrice e le valutazioni sul punto espresse dal Ctu, ed in modo particolare i doc. nn. 19a e 19b di parte attrice e gli allegati 21 e 22 alla Ctu, da cui può trarsi la prova dell'effettivo pagamento della somma complessiva di € 599.002,54.

[REDACTED], invece, non ha documentato i pagamenti (contestati dalla convenuta) relativi alle scadenze del 31 Dicembre 2012 e del 31 Dicembre 2013 per complessivi € 27.199,40: questa somma, pertanto, non può essere riconosciuta a parte attrice per difetto di prova, spettando a chi agisce in ripetizione la prova dell'avvenuto pagamento in caso di contestazione della controparte.

Neppure possono essere riconosciuti i flussi che sono scaduti in corso di causa del 31 Dicembre 2020, del 31 Marzo 2021 e del 30 Giugno 2021, complessivamente pari ad € 40.173,64 secondo i conteggi del Ctu (non vi sono, infatti, in atti le richieste di pagamento della Banca), in quanto tali pagamenti non sono stati in alcun modo documentati da [REDACTED] (che ben avrebbe potuto produrre la relativa documentazione durante le operazioni peritali o anche successivamente trattandosi di documenti formati in data successiva alle preclusioni istruttorie).

Parte convenuta, dunque, deve essere condannata a restituire la somma di € 599.002,54 come accertata dal Ctu.



Va ancora osservato che la declaratoria di nullità impone l'obbligo di restituzione di qualsivoglia somma corrisposta alla Banca, non potendo in ogni caso essere applicato il principio di cui all'art. 1458 c.c. dettato in materia di risoluzione del contratto ad esecuzione continuata o periodica: infatti, *"in materia contrattuale, la mancanza di una "causa acquirendi" - a qualunque titolo accertata - determina la possibilità di avvalersi dell'azione di ripetizione dell'indebito anche quando la controprestazione non sia a propria volta ripetibile, stante l'eccezionalità, e conseguente non estensibilità, delle ipotesi legislative di irripetibilità delle prestazioni eseguite, potendo ottenersi, in tali casi, la reintegrazione dello squilibrio economico determinatosi tra le parti attraverso la diversa azione ex art. 2041 c.c., nei limiti di operatività della stessa"* (Cassazione civile sez. III, 11/10/2016, n. 20383), solo osservandosi come nella fattispecie in esame parte attrice non ha tratto alcun arricchimento dall'esecuzione dello swap: la diminuzione, infatti, degli interessi corrisposti per il contratto di leasing sottostante ha la sua fonte nello stesso contratto di leasing e non nello swap.

Di conseguenza, il "risparmio" maturato da ████████ in conseguenza della diminuzione dei tassi di interessi pattuiti con il contratto di leasing sottostante non rappresenta una voce "compensabile" con l'obbligo restitutorio gravante sulla Banca in conseguenza della declaratoria di nullità dello swap, posto che il risparmio è del tutto indipendente dallo swap tanto che si sarebbe comunque avuto anche in assenza dello swap; il risparmio, in effetti, avrebbe avuto rilievo in caso di validità dello swap al fine di valutare la congruenza complessiva del derivato rispetto al rischio coperto, ma la nullità dello swap rende irrilevante l'autonomo andamento del leasing sottostante.

Quanto alla decorrenza degli interessi richiesti da parte attrice (la quale peraltro nulla ha aggiunto in merito limitandosi a chiedere il pagamento degli interessi e della rivalutazione), va detto che *"in materia di indebito oggettivo, la buona fede dell'"accipiens", rilevante ai fini della decorrenza degli interessi dal giorno della domanda, va intesa in senso soggettivo, quale ignoranza dell'effettiva situazione giuridica, derivante da un errore di fatto o di diritto, anche dipendente da colpa grave, non trovando applicazione l'art. 1147, comma 2, c.c., relativo alla buona fede nel possesso, sicché, essendo essa presunta per principio generale, grava sul "solvens", che intenda conseguire gli interessi dal giorno del pagamento, l'onere di dimostrare la malafede dell'"accipiens" all'atto della ricezione della somma non dovuta, quale consapevolezza della insussistenza di un suo diritto a conseguirla"* (Cassazione civile sez. VI, 18/11/2016, n. 23543), mentre *"in caso di sua buona fede (la quale si presume in difetto di specifiche prove contrarie) o di mancanza di prova della sua mala fede, detti interessi decorrono dalla domanda amministrativa o, in mancanza di essa, dalla domanda"* (Cassazione civile sez. lav., 31/07/2009, n. 17848).

Nella fattispecie in esame ritiene quindi il giudicante che parte attrice non abbia adeguatamente né allegato né provato la malafede della Banca, la quale non può essere desunta *sic et simpliciter* dalla stipulazione di un contratto nullo (conclusione cui peraltro si è giunti all'esito di una complessa ed articolata CtU), circostanza eventualmente rilevante per ritenere in colpa grave la banca, ma che è irrilevante ai fini della decorrenza degli



interessi atteso che *"in materia di indebito oggettivo, ai fini della decorrenza degli interessi ai sensi dell'art. 2033 c.c. e della rilevanza dell'eventuale maggior danno di cui all'art. 1224, comma 2, c.c., rileva una nozione di buona fede in senso soggettivo, coincidente con l'ignoranza dell'effettiva situazione giuridica in conseguenza di un errore di fatto o di diritto, anche dipendente da colpa grave, non essendo applicabile la disposizione dettata dall'art. 1147, comma 2, in riferimento alla buona fede nel possesso. Pertanto, anche il dubbio particolarmente qualificato circa l'effettiva fondatezza delle proprie pretese è compatibile con la buona fede ai fini in esame"* (Cassazione civile, sez. lav., 25/05/2007, n. 12211).

Alla luce di quanto precede gli interessi devono farsi decorrere dalla data della domanda.

Va al riguardo precisato che recentemente le S.U. della Corte di Cassazione hanno precisato che per domanda non si intende solamente quella giudiziale, valendo al contrario anche una semplice costituzione in mora ed infatti è stato affermato che *"ai fini del decorso degli interessi in ipotesi di ripetizione d'indebito oggettivo, il termine "domanda", di cui all'art. 2033 c.c., non va inteso come riferito esclusivamente alla domanda giudiziale ma comprende anche gli atti stragiudiziali aventi valore di costituzione in mora, ai sensi dell'art. 1229 c.c."* (S.U. 15895/2019).

Nella fattispecie in esame, quindi, la prima costituzione in mora documentata è avvenuta con la lettera pec del 10.07.2018 (doc. n. 10 di parte attrice), sicché in relazione ai pagamenti avvenuti in data precedente gli interessi decorreranno dal 10.07.2018, mentre in relazione ai pagamenti avvenuti in data successiva gli interessi decorreranno dalla data del singolo pagamento.

Avendo parte attrice domandato il pagamento degli interessi legali, il saggio è determinato dall'art. 1284 c.c., ovvero ai sensi del quarto comma dell'art. 1284 c.c.

Infatti, Corte di Cassazione n. 8289/2019 ha condivisibilmente affermato che *"Questa Corte (nella recente Cass. n. 28409 del 2018) ha rilevato che l'incipit della disposizione normativa di cui art. 1284 c.c., comma 4, aggiunto dal D.L. 12 settembre 2014, n. 132, art. 17, comma 1, convertito, con modificazioni, dalla L. 10 novembre 2014, n. 162..., in effetti abbia la funzione di delimitazione dell'ambito di applicabilità della norma correlandola ad un ben determinato tipo di obbligazioni pecuniarie ossia quelle che trovano la loro fonte genetica nel contratto. La disposizione in questione apparirebbe altrimenti inutile ripetizione della compiuta disciplina in tema di danni da inadempimento nelle obbligazioni pecuniarie portata nell'art. 1224 c.c., che opera richiamo all'uopo agli interessi legali ed espressamente prevede il rispetto del saggio d'interesse superiore a quello legale pattuito dalle parti....Quindi si deve concludere che la norma di cui all'art. 1284 c.c., comma 4, disciplina il saggio degli interessi legali - e come tali dovuti automaticamente senza necessità di apposita precisazione del loro saggio in sentenza - applicato a seguito d'avvio di lite sia giudiziale che arbitrale però in correlazione ad obbligazione pecuniaria che trova la sua fonte in un contratto stipulato tra le parti, anche se afferenti ad obbligo restitutorio" (nello stesso senso, Corte di Appello di Torino, n. 904/2021), come avvenuto nella fattispecie in esame.*



Non può, invece, essere riconosciuta la rivalutazione monetaria dal momento che il debito derivante dalla ripetizione di indebitato è debito di valuta e non di valore, sicché la rivalutazione non è dovuta in carenza di prova (anche presuntiva) del maggior danno di cui all'art. 1224, comma secondo, c.c., potendosi in effetti procedere ad una liquidazione del medesimo nel solo caso in cui il creditore deduca e dimostri che un tempestivo adempimento gli avrebbe consentito di impiegare il denaro in modo tale da elidere gli effetti della inflazione (Trib. Potenza, Sez. agraria, 04/07/2008).

Infatti, *"in ordine alla prova del danno da svalutazione monetaria nelle obbligazioni pecuniarie, - in difetto di discipline particolari dettate da norme speciali, il maggior danno di cui all'art. 1224, comma 2, c.c. (rispetto a quello già coperto dagli interessi legali moratori non convenzionali che siano comunque dovuti) è in via generale riconoscibile in via presuntiva, per qualunque creditore che ne domandi il risarcimento - dovendosi ritenere superata l'esigenza di inquadrare a tal fine il creditore in una delle categorie a suo tempo individuate - 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 determinato per ogni anno ai sensi del primo comma dell'art. 1284 c.c., mentre il creditore che domandi a titolo di maggior danno una somma superiore a quella differenza è tenuto ad offrire la prova del danno effettivamente subito, quand'anche sia un imprenditore"* (Cass., Sez. Unite, 16/07/2008, n. 19499).

Pertanto, non avendo parte attrice assolto all'onere sulla stessa gravante di allegare e dimostrare le concrete conseguenze pregiudizievoli determinatesi nel suo patrimonio in conseguenza del ritardo nell'adempimento né avendo allegato che nel periodo della mora il saggio medio di rendimento netto dei titoli di Stato con scadenza non superiore a dodici mesi sia stato superiore al saggio degli interessi legali, non può essere riconosciuta la richiesta rivalutazione (App. Roma, Sez. I, 24/11/2008).

Infatti, *"trattandosi nella specie di ritardato adempimento di un'obbligazione di valuta, il maggior danno di cui all'art. 1224 c.c., comma 2, può ritenersi esistente in via presuntiva solo qualora, durante la mora, il saggio medio di rendimento netto dei titoli di Stato con scadenza non superiore a dodici mesi sia stato superiore al saggio degli interessi legali (Cass. Sez. un. 16 luglio 2008 n. 19499). Questa circostanza doveva essere allegata, e occorrendo dimostrata dall'attore, e non è censurabile la decisione del giudice di merito che rigetta la relativa domanda la quale, senza allegare tali elementi, pretenda di fondarsi genericamente su presunzioni semplici"* (Cassazione, civile sez. I, 27/11/2013, n. 26501).

Rileva, infine, il Tribunale che nelle conclusioni precisate l'attrice non ha più formulato la domanda di pagamento dei costi impliciti (tale domanda è stata formulata solo in via subordinata), ragion per cui risulta assorbita dall'accoglimento della domanda principale, solo osservandosi per completezza che i costi impliciti non corrispondono ad effettivi esborsi a carico di ████████, incidendo essi piuttosto sull'alea e sulla determinazione dei successivi flussi di pagamento generati dallo swap, e quindi non possono di per sé essere disposti in restituzione in quanto non effettivamente corrisposti dal cliente.



8) Le spese del presente giudizio, così come liquidate in dispositivo in ex Dm n. 55/2014 in relazione al valore della causa e dell'attività svolta, seguono la complessiva soccombenza di parte convenuta ex art. 91 c.p.c., venendo quindi liquidate in misura pari ai valori medi (scaglione sino ad € 1.000.000,00).

Tuttavia, in conseguenza del rigetto di talune domande di nullità, del rigetto della richiesta di rivalutazione monetaria e del comportamento processuale di parte attrice (nella parte in cui ha inizialmente negato l'esistenza del contratto normativo, della conferma scritta dell'ordine e del contratto di leasing sottostante), ritiene il Tribunale che le spese debbano essere compensate nella misura di 1/3.

Le spese di Ctù, come già liquidate, nei soli rapporti interni fra le parti, devono essere poste a carico esclusivo della Banca in quanto totalmente soccombente in punto prova tecnica.

Va al riguardo pure ricordato il noto principio giurisprudenziale secondo cui *"in tema di consulenza tecnica di ufficio, il compenso dovuto al consulente è posto solidalmente a carico di tutte le parti, atteso che l'attività posta in essere dal professionista è finalizzata alla realizzazione del superiore interesse della giustizia, che invece non rileva nei rapporti interni tra le parti, nei quali la ripartizione delle spese è regolata dal diverso principio della soccombenza"* (Cass. civ., Sez. II, 30/12/2009, n. 28094).

P.Q.M.

Il Tribunale di Torino,
in composizione monocratica,
definitivamente pronunciando,
disattesa ogni diversa istanza, deduzione ed eccezione,
nel contraddittorio delle parti,

Rigetta l'eccezione di difetto di legittimazione attiva formulata da parte attrice.

Rigetta le domande di nullità del contratto derivato per mancanza del contratto quadro, per vizio di forma (mancanza della conferma scritta e della registrazione telefonica) e per mancata inclusione della facoltà di recesso.

Dichiara la nullità del contratto derivato oggetto di causa per difetto di causa in concreto per i motivi di cui in parte motiva.

Condanna [REDACTED] a restituire a [REDACTED] la somma di € 599.002,54 per le causali di cui in parte motiva, oltre interessi legali ex art. 1284 c.c. quarto comma, con decorrenza dal 10.07.2018 con riferimento ai pagamenti effettuati in data antecedente mentre in relazione agli addebiti avvenuti in data successiva gli interessi decorreranno dalla data del singolo pagamento, il tutto sino al saldo effettivo.

Rigetta la domanda attorea di corresponsione della rivalutazione monetaria.



[REDACTED]

Pone definitivamente le spese di CtU, come già liquidate, nei soli rapporti interni fra le parti, a carico di Intesa Sanpaolo s.p.a.

Compensa le spese di lite per 1/3 e **Condanna** [REDACTED] alla rifusione dei restanti 2/3 a favore di [REDACTED], spese che si liquidano per detta frazione in € 18.536,00 a titolo di compenso ed in € 1.142,00 a titolo di esborsi, oltre rimborso forfetario ex art. 2 DM n. 55/2014, ed oltre IVA se non detraibile e CPA come per legge e successive occorrende.

Così deciso in Torino il 24.03.2022.

Il Giudice
Luca Martinat

