



CORTE DI APPELLO DI ROMA

Sezione VI civile

R.G. 4670/2019

All'udienza collegiale del giorno 20/01/2026 ore 11:30

Presidente Dott. Alberto Tilocca
Consigliere Relatore Dott. Giulia Spadaro
Consigliere Dott. Domenica Capezzera

Chiamata la causa

Appellante/i

██████████

Avv. ██████████ avv. ██████ sost.

Appellato/i

██████████

Avv. ██████████ avv. ██████ sost.

È presente per la pratica forense il dott ██████████ tessera nr ██████ ordine avvocati di
Roma

La Corte invita le parti presenti a precisare le conclusioni ed alla discussione orale ex art 281
sexies cpc.

Le parti discutono riportandosi ai propri atti difensivi

L'avv. Piccioni eccepisce la tardività del deposito in data di ieri.

La Corte

trattiene la causa in decisione.

IL PRESIDENTE

Alberto Tilocca

Raffaella Andreani

Assistente giudiziario



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE D'APPELLO DI ROMA
SEZIONE SESTA CIVILE

così composta:

dott. Alberto Tilocca	Presidente
dott.ssa Giulia Spadaro	Consigliere rel
dott.ssa Domenica Capezzerà	Consigliere

all'esito della camera di consiglio, all'**udienza** del giorno **20.01.2026** ha pronunciato, ai sensi dell'**art. 281-sexies c.p.c.**, la seguente

SENTENZA

definitiva nella causa civile in grado d'appello iscritta al numero **4670** del ruolo generale degli affari contenziosi dell'anno **2019**, vertente

TRA

████████████████████ (C.F., P.I. n. ██████████) rappresentata e difesa dall'avv. ██████████ (C.F. ██████████) giusta procura generale alle liti rilasciata il 07/10/2011 e autenticata per atto Notaio ██████████, in Roma, rep. ██████████ – racc. ██████████ ed elettivamente domiciliata presso il suo studio in ██████████, ██████████
██████████;

APPELLANTE

E

██████████ (P.IVA/C.F. ██████████), rappresentata e difesa dall'avv. ██████████ (C.F. ██████████) ed elettivamente domiciliata presso il suo studio del citato Avvocato sito in ██████████, ██████████, come da procura in atti;

APPELLATA

RAGIONI DI FATTO E DI DIRITTO DELLA DECISIONE

Con atto di citazione ritualmente notificato la ██████████ deduceva che: - in data 18 aprile 2008 aveva stipulato, con la ██████████ un contratto di mutuo ipotecario per l'erogazione della somma di euro 640.000,00; - nel frangente la ██████████ le aveva consigliato la sottoscrizione di un derivato per la copertura del rischio correlato al rialzo dei tassi di interesse; - dando seguito ai suggerimenti della Banca convenuta, in data 13 maggio 2008

aveva sottoscritto un contratto quadro per operazioni su strumenti finanziari derivati nonché un contratto di *Interest Rate Swap* contrassegnato dal n. 2991577; - il cennato derivato, tuttavia, aveva del tutto disatteso le aspettative nutrite sulla scorta delle prospettazioni della Banca, generando a suo carico perdite progressivamente crescenti. L'attrice lamentava che, come acclarato dai propri consulenti, l'*interest rate swap* era stato strutturato dalla [REDACTED] in maniera tale da essere del tutto inidoneo ad assolvere alla funzione di copertura promessa ed avuta di mira; - inoltre, in occasione della sottoscrizione del contratto quadro e del derivato in contestazione la Banca convenuta non aveva informato la cliente dei rischi correlati all'operazione; - il medesimo contratto di *interest rate swap*, al momento della relativa sottoscrizione, presentava un valore di mercato negativo per essa attrice; - ciò nonostante la Banca non le aveva corrisposto alcunché a titolo di *up front*; - di fatto il cennato contratto di *swap* era stato consegnato dalla Banca in modo da dar gravare il rischio in maniera prevalente, se non esclusiva, sulla cliente, anche in ragione dei rilevanti "costi occulti" posti a suo carico.

Si costituiva la [REDACTED] che contestava integralmente le deduzioni e richieste di parte attrice, chiedendo il rigetto della domanda.

Il Tribunale di Roma, con sentenza n. 12313/2019, pubblicata in data 11/06/2019, così statuiva: *"- Dichiarare la nullità del contratto di interest rate swap n. 2991577 stipulato dall'odierna attrice in data 13 maggio 2008 e, per l'effetto, condanna la [REDACTED] alla restituzione, in favore della [REDACTED], della somma di euro 68.579,39 oltre interessi al tasso legale e con decorrenza dalla data della domanda giudiziale. - Rigetta la domanda di ristoro dei danni per lite temeraria, proposta dalla [REDACTED]. - Condanna la [REDACTED] S.p.A alla rifusione, in favore della [REDACTED], delle spese del presente giudizio, che liquida in complessivi euro 9.306,00 – di cui euro 806,00 per spese vive ed euro 8.500,00 per compensi professionali – oltre rimborso spese generali, IVA e CPA come per legge. - Pone in via definitiva a carico della [REDACTED] il pagamento del compenso in favore del C.T.U., come già liquidato con separato decreto".*

Avverso tale sentenza ha proposto appello [REDACTED], formulando le seguenti conclusioni: *"Voglia l'Ecc.ma Corte di Appello di Roma, contrariis reiectis: a) in via pregiudiziale e cautelare: ai sensi degli articoli 351 e 283 c.p.c. - sospendere la provvisoria esecutorietà, parziale o totale della sentenza n. 12313/2019 resa dal Tribunale Civile di Roma, Sezione 16^a, il 28/05/2019 (r.g.r. n. 15792/2016) pubblicata il giorno 11/06/2019 e non notificata, secondo la misura ritenuta di giustizia, per i motivi esposti con separata istanza presentata ai sensi dell'art. 351 comma 2, c.p.c.;*

b) in via principale e nel merito: accogliere per i motivi tutti dedotti in narrativa il proposto

appello e, per l'effetto, in riforma parziale della sentenza n. 12313/2019 resa dal Tribunale Civile di Roma, Sezione 16^a, il 28/05/2019 (r.g.r. n. 15792/2016) pubblicata il giorno 11/06/2019 e non notificata; c) accogliere le conclusioni avanzate in prime cure dall'Appellante e conseguentemente, rigettare tutte le domande formulate dalla [REDACTED] in primo grado, di merito e preliminari, in via principale, subordinata e/o alternativa, in quanto infondate, in fatto e in diritto. d) in ogni caso, con vittoria di spese integrali anche del primo grado e compensi oltre il rimborso forfettario per spese generali oltre IVA e CPA come per legge relativi ad entrambi i gradi di giudizio”.

[REDACTED] si è costituita formulando le seguenti conclusioni: “Voglia l'Ecc.ma Corte di Appello di Roma adita, contrariis reiectis, In via principale - rigettare l'impugnazione proposta da [REDACTED] e, in ogni caso, respingere tutte le domande ed istanze, anche cautelari, formulate ex adverso stante l'infondatezza delle doglianze sia in fatto che in diritto per i motivi esposti nel presente atto e per l'effetto confermare la condanna di [REDACTED] al pagamento, già eseguito, in favore di [REDACTED] della “somma di euro 68.579,39 oltre interessi al tasso legale e con decorrenza dalla data della domanda giudiziale” (cfr. pagina 23 sentenza impugnata). In via subordinata - nella denegata e non creduta ipotesi in cui non si dovesse ritenere la mancata indicazione del mark to market o del relativo metodo di calcolo un elemento necessario del contratto ai fini della sua validità, accertare e dichiarare la nullità dell'Accordo Quadro e dell'Interest Rate Swap Rif. 2991577 ovvero accertare e dichiarare il grave inadempimento della [REDACTED] per tutte le ragioni spiegate in atti e nel giudizio di primo grado e per l'effetto, confermare la condanna di [REDACTED] al pagamento, già eseguito, in favore di [REDACTED] della “somma di euro 68.579,39 oltre interessi al tasso legale e con decorrenza dalla data della domanda giudiziale” (cfr. pagina 23 sentenza impugnata). In ogni caso, con vittoria di spese, competenze e onorari di lite del presente grado di giudizio nonché del giudizio dell'inibitoria ex art. 351 c.p.c.”.

A scioglimento della riserva assunta in data 20/10/2019 la Corte ha rigettato l'istanza di sospensione della provvisoria esecutività della sentenza impugnata.

All'odierna udienza i difensori delle parti hanno precisato le conclusioni, riportandosi ai propri scritti, e hanno discusso oralmente la causa.

L'appello proposto dalla [REDACTED] è articolato in tre motivi diretti a censurare la sentenza di primo grado.

La sentenza di primo grado è motivata come segue.

“Ritiene questo Giudice che, alla luce delle risultanze della documentazione in atti e degli esiti degli accertamenti svolti dal C.T.U., in accoglimento – per quanto di ragione – delle domande formulate dalla [REDACTED] in via principale, debba pervenirsi alla declaratoria della nullità del

contratto di Interest Rate Swap contrassegnato dal n. 2991577 ed alla conseguente condanna della [REDACTED] alla restituzione della somma percepita a titolo di “differenziali”, come richiesta dall’attrice.

In apertura di motivazione, ai fini di una più agevole esposizione delle ragioni della presente decisione, si palesa opportuno svolgere brevi considerazioni in ordine ai contratti interest rate swap (IRS) stipulati a copertura delle oscillazioni dei tassi di interesse applicati a distinti rapporti contrattuali (mutuo, leasing) facenti capo alla “cliente”. Come noto lo swap costituisce una operazione finanziaria che, per come diffusasi nella pratica, conosce diverse tipologie (ad es., su interessi, su indici, su valute, su merci), ciascuna con sue determinate caratteristiche e variabili accomunabili sotto una definizione sufficientemente generica: quella di scambio, allo scadere di uno o più termini prefissati, di due somme di denaro, calcolate, con riguardo ad un ammontare di riferimento - cd. nozionale, di regola non oggetto di scambio - sulla base di due diversi parametri. Secondo la definizione maggiormente in uso - adottata, peraltro, dalla Consob in alcune sue delibere - lo swap è il contratto mediante il quale due parti si accordano per scambiarsi, in base a regole e formule prestabilite, dei flussi finanziari futuri il cui ammontare è determinato in relazione ad un valore sottostante; al termine, il contratto verrà normalmente eseguito mediante il pagamento del differenziale. In base al tipo di parametro o variabile di mercato preso in considerazione per determinare la natura dei flussi di cassa, che genera differenti combinazioni di contratti, si possono distinguere: swap su valute (currency swap), swap su merci (commodity swap); swap sul rischio di credito e swap su tassi di interesse. Per quel che interessa in questa sede, il contratto di swap su tassi di interessi (denominato anche interest rate swap o IRS) ricorre allorquando le parti si accordano per scambiarsi i flussi di cassa che hanno natura di interessi, calcolati su un capitale di riferimento di un determinato ammontare, per tutta la durata del contratto. In altre parole, con tale contratto, le parti si impegnano a versare ed a riscuotere, a date prestabilite, importi determinati in base al differenziale di tassi di interesse diversi (ad esempio, il differenziale tra un tasso fisso ed uno variabile) calcolati sul cd. nozionale (capitale di riferimento).

Gli elementi fondamentali di un interest rate swap - che, ai sensi dell’art. 1 secondo comma, lett. g) del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, rientra nel novero degli strumenti finanziari derivati - da definire in sede di stipula dei contratti, sono: 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), e cioè le date in cui vengono scambiati i flussi di interessi; f) il livello del tasso fisso,

pagato dalla controparte che intende tutelarsi dal rischio di rialzo del saggio di interesse; il tasso variabile di riferimento e la relativa data di rilevazione (c.d. fixing date). Tale tasso, in genere, è individuato nel tasso interbancario europeo (Euribor) o londinese (Libor – London Interbank Offer Rate), desumibili dal mercato sulla base delle dichiarazioni delle principali banche, rispettivamente, europee e londinesi. La forma più semplice di IRS è quella denominata plain vanilla (o fixed to floating interest rate swap). Nel plain vanilla le parti (cliente e banca) si scambiano flussi di denaro applicando al nozionale rispettivamente un tasso di interesse fisso e un tasso variabile, quest'ultimo rilevato sul mercato alle date di pagamento dei flussi. In realtà, non avviene mai lo scambio delle intere cedole di interessi, ma soltanto del differenziale generato fra interessi a debito ed a credito. A partire dagli anni '90 accanto ai plain vanilla le banche hanno introdotto dei nuovi strumenti derivati, detti strutturati, che combinano il classico plain vanilla con opzioni di tipo cap o floor. L'opzione cap (letteralmente "cappello") è una opzione che fissa un tetto massimo all'oscillazione verso l'alto del tasso variabile; in tal modo, per tassi al di sopra della soglia stabilita si attiva l'opzione e, quindi, ci si protegge dall'aumento dei tassi. L'opzione floor (letteralmente "pavimento"), invece, è un'opzione che fissa un limite minimo all'oscillazione del tasso variabile, e serve a proteggere da un eccessivo ribasso dei tassi. La composizione tra l'acquisto di un'opzione cap e la vendita di un'opzione floor genera un contratto collar (letteralmente "colletto"), mediante il quale viene fissata una fascia di oscillazione del tasso variabile individuato. Posto, dunque, che l'interest rate swap può essere utilizzato per effettuare operazioni finanziarie di copertura dei rischi legati alle variazioni dei tassi di interesse e di cambio (in altri termini con finalità di controllo e di gestione del rischio – cd. hedging), ovvero operazioni finanziarie con finalità specificatamente speculative (cd. trading), va rammentato che, secondo la CONSOB (comunicazione n. DI/99013791 del 26 febbraio 1999), gli strumenti finanziari derivati hanno finalità di copertura quando: a) siano esplicitamente posti in essere al solo fine di mutare il profilo valutario di attività sottostanti nel rispetto della volontà del cliente; b) permettano lo scambio, alle condizioni prefissate, dei flussi monetari che si prevede derivino dagli strumenti finanziari di cui si intende variare il profilo valutario con flussi monetari nella valuta desiderata; c) siano adottate procedure e misure di controllo interno idonee ad assicurare che le condizioni di cui sopra ricorrano effettivamente. Ricorrendo tali condizioni, con riferimento alle operazioni di swap non operano gli obblighi di comunicazione delle perdite di cui all'art. 28, comma 3, del Regolamento Consob n. 11522/98. In particolare, non devono considerarsi contratti improntati a finalità speculative i contratti di swap conclusi da un intermediario ed una società particolarmente esposta nei confronti del sistema creditizio ovvero operante sui mercati internazionali e dunque sensibile alle possibili variazioni dei tassi di interesse ed alle fluttuazioni dei cambi delle valute (in questi termini, cfr. Tribunale Milano,

3 aprile 2004).

Per i fini che ci occupano va, inoltre, rammentato che, indipendentemente dalla finalità per la quale viene stipulato, il contratto di swap è un contratto aleatorio. Nel senso indicato si è espresso un consolidato orientamento giurisprudenziale e dottrinale, che include la fattispecie atipica in questione nell'ambito dei contratti in cui l'entità della prestazione dipende da fatti incerti o ignoti alle parti, al pari delle scommesse e dei giochi autorizzati, di alcune forme di rendita e per certi versi anche delle assicurazioni [cfr. Cass. Sez. 1, Sentenza n. 10598 del 19/05/2005, Rv. 580900 che definisce il "domestic currency swap" come "contratto aleatorio, con il quale due parti si obbligano, l'una verso l'altra, a corrispondere alla scadenza di un termine, convenzionalmente stabilito, una somma di denaro (in valuta nazionale) quale differenza tra il valore (espresso in valuta nazionale) di una somma di valuta estera al tempo della conclusione del contratto e il valore della medesima valuta estera al momento della scadenza del termine stabilito"; e anche Corte Cost., sentenza n. 52 del 18/2/2010 che dà atto del "carattere intrinsecamente aleatorio" dei "contratti aventi ad oggetto strumenti finanziari derivati"]. Il carattere aleatorio del contratto di swap si desume in via interpretativa anche dal dato normativo offerto dall'art. 23 comma 5 del TUF che statuisce che "nell'ambito della prestazione dei servizi e attività di investimento, agli strumenti finanziari derivati nonché a quelli analoghi individuati ai sensi dell'articolo 18, comma 5, lettera a), non si applica l'articolo 1933 del codice civile" (norma secondo cui "Non compete azione per il pagamento di un debito di giuoco o di scommessa, anche se si tratta di giuoco o di scommessa non proibiti"). L'esclusione dell'applicabilità dell'art. 1933 c.c. ha, infatti, senso nei limiti in cui il legislatore ritenga che la natura giuridica del derivato come scommessa autorizzata possa comportare l'applicazione della c.d. eccezione di gioco.

Così individuata la natura giuridica del contratto, occorre passare ad esaminarne l'oggetto e la causa. Secondo la condivisibile opinione della Corte di Appello di Milano, espressa in una nota sentenza in tema di derivati: "Nel derivato [...], l'oggetto del contratto è costituito da uno scambio di differenziali a determinate scadenze, mentre la sua causa risiede in una scommessa che entrambe le parti assumono" e nello scambio di rischi finanziari (Corte d'Appello di Milano, 18 settembre 2013, n. 3459). Lo schema contrattuale ha, quindi, il suo fulcro e la sua causa contrattuale astratta nella condivisione di un rischio tra i contraenti, che sono ab origine portatori di interessi contrapposti in ordine alla concretizzazione dello stesso. In astratto, quindi, il derivato dovrebbe configurarsi come "par" ("I contratti par sono strutturati in modo tale che le prestazioni delle due controparti sono agganciate al livello dei tassi di interesse corrente al momento della stipula del contratto; a tale data il contratto ha quindi un valore di mercato nullo per entrambe le controparti. I contratti non par, invece, presentano al momento della stipula un valore di mercato negativo per

una delle due controparti, poiché uno dei due flussi di pagamento non riflette il livello dei tassi di mercato. In generale, i termini finanziari della transazione vengono riequilibrati attraverso il pagamento di una somma di denaro alla controparte che accetta condizioni più penalizzanti pur di incassare la somma di denaro; tale pagamento, che dovrebbe essere pari al valore di mercato negativo del contratto, prende il nome di up-front.” (Relazione del 18 marzo 2009 del Direttore Generale protempore della Consob Antonio Rosati alla VI Commissione Finanze e Tesoro del Senato “Indagine conoscitiva sulla diffusione degli strumenti di finanza derivata e delle cartolarizzazioni nelle Pubbliche Amministrazioni”).

In particolare, un contratto di IRS si dice par quando il “tasso parametro cliente” e il “tasso parametro banca” sono definiti in maniera tale che il present value (valore attuale) dei pagamenti a carico del cliente risulti uguale a quello dei pagamenti a carico della banca; in tale ipotesi il contratto di IRS ha un valore attuale dei flussi finanziari nullo per entrambi i contraenti. Per converso l’interest rate swap si definisce not par, quando il “tasso parametro cliente” e il “tasso parametro banca” sono definiti in modo tale che il present value dei pagamenti a carico del cliente risulti superiore al valore attuale dei pagamenti a carico della banca; ciò implica che, sulla base dei dati ed aspettative circa l’andamento dei tassi disponibili alla data di sottoscrizione, il cliente sosterrà complessivamente delle perdite finanziarie correlate all’IRS mentre, corrispondentemente, la banca conseguirà un guadagno finanziario.

Ciò detto, anche a voler ritenere che il derivato c.d. par sia una mera opzione teorica, nella pratica irrealizzabile per via della differente natura, del diverso ruolo di mercato e del diverso peso contrattuale dei contraenti, è, comunque, indubbio che lo sbilanciamento tra i rischi assunti dai contraenti non potrebbe mai giungere ad obliterare del tutto la natura necessariamente bilaterale che deve caratterizzare l’alea di questo genere di contratti. Un passaggio che, quindi, è opportuno sottolineare nella ricostruzione teorica del contratto di swap, con importanti riflessi a livello causale, è che l’incertezza del futuro prezzamento dei valori a cui i differenziali sono indicizzati e la connessa alea devono rappresentare un rischio presente e reale in capo ad entrambi i contraenti, anche se non necessariamente equamente distribuito; parlare di alea bilaterale, quindi, non vuol dire che l’alea debba incidere in maniera uguale sui patrimoni dei contraenti, ma che vi deve essere a monte una componente di rischio apprezzabile in capo ad entrambi, anche se di diversa entità.

In conclusione - secondo una condivisibile ricostruzione - l’alea bilaterale, ovvero l’incertezza sull’andamento dei due differenziali contrapposti, rappresenta un elemento essenziale della causa del contratto di swap, elemento la cui effettiva presenza consente di effettuare con esito positivo, sul presupposto della sussistenza di un’apprrezzabile componente di rischio in capo ad entrambi i contraenti, il giudizio di meritevolezza ex art. 1322 c.c. circa l’operazione atipica posta in essere.

Tale ricostruzione consente di elaborare un parametro di valutazione valido tanto per lo swap con funzione di copertura, quanto per lo swap con funzione meramente speculativa, con l'avvertenza che nello swap che nasce con dichiarata funzione di copertura la valutazione circa l'eventuale squilibrio dell'alea deve essere effettuata in maniera più rigorosa, tenendo anche a mente il collegamento con l'operazione sottostante di finanziamento, l'interesse concreto del cliente al contenimento del rischio e la funzione dell'intermediario, sempre tenuto ex art. 21 TUF ad agire nell'interesse dell'investitore. In relazione alla specificità della fattispecie concreta ed al tenore delle difese svolte da entrambe le odierne contendenti, va, altresì, rimarcato che – come evidenziato da una parte della giurisprudenza di merito, con indirizzo che si ritiene di condividere – atteso che la causa dell'interest rate swap “risiede in una scommessa che ambo le parti assumono”, ai fini della validità del contratto è essenziale che l'alea che ne connota la struttura, oltre che bilaterale, sia anche “razionale”, ovvero fondata su una consapevole assunzione del rischio. Segnatamente – come evidenziato dalla Corte d'Appello di Milano - “nella scommessa legalmente autorizzata, come quella ritenuta meritevole di tutela da parte del legislatore finanziario, l'alea non può che essere (deve essere!) razionale per entrambi gli scommettitori: e ciò a prescindere dall'intento che ha determinato la conclusione del contratto. Sia esso di mera copertura, ovvero speculativo. Diversamente dovremmo ipotizzare che solo nei casi di copertura la scommessa sia lecita, e per questo autorizzata, laddove nei casi di speculazione pura sia immorale. È opportuno chiarire, in tale prospettiva, come debba essere inteso il concetto di “alea razionale”, quale elemento causale (tipico) dei contratti derivati over the counter, onde sgombrare il campo da possibili equivoci, che potrebbero sconfinare nell'ulteriore - e diversa - problematica relativa alla adeguatezza della informazione. Fermo restando che gli eventi possono muoversi in un universo probabilistico e che la “probabilità” del verificarsi degli eventi costituisce un dato conosciuto dalla Banca che, proprio sulla base di esso, costruisce il prodotto, e ritenuto, non di meno, che l'alea non debba essere necessariamente simmetrica sul piano quali - quantitativo (l'investitore, purché consapevole, è sempre libero di accettare scommesse strutturate nel senso di produrre vantaggi elevati solo nelle ipotesi di accadimenti molto infrequenti) gli scenari probabilistici e le conseguenze del verificarsi degli eventi devono, invero, essere definiti e conosciuti ex ante, con certezza. E così pure devono essere esplicitati nel contratto il valore del derivato, gli eventuali costi impliciti, i criteri con cui determinare le penalità in caso di recesso. Elementi, tutti, che incidono sull'alea che assume la parte contrattuale. Solo così siamo in presenza di un'alea razionale. In altri termini, tutti gli elementi dell'alea e gli scenari che da essa derivano costituiscono ed integrano la causa stessa del contratto, perché appartengono alla “causa tipica” del negozio, indipendentemente dalle ricorrenti distinzioni fra scopo c.d. di copertura o speculativo tout court. In difetto di tali elementi il contratto deve ritenersi nullo per difetto di causa, poiché il riconoscimento

legislativo risiede, ad avviso di questa Corte, nella razionalità dell'alea e, quindi, nella sua "misurabilità". [...] La nullità dei contratti di interest rate swap - per il rilevato difetto, in concreto, della causa, ai sensi dell'art. 1418, comma 2 c.c., e per la non meritevolezza, in concreto, degli interessi perseguiti, ai sensi dell'art. 1322, comma 2 c.c. - non rappresenta, quindi, una nullità per violazione di regole di condotta dell'intermediario e non è, pertanto, incisa dai principi condivisibilmente statuiti dalle Sezioni Unite con le sentenze nn. 26724 e 26725 del 2007. Non si tratta, bene inteso, di negare rilevanza al ruolo dell'informazione, quale prioritario dovere di condotta dell'intermediario (nel superiore interesse della tutela della fiducia e della integrità dei mercati) ma, com'è proprio del soggetto professionale che predispone i termini della scommessa legalmente autorizzata, di trasferire all'interno della stessa struttura del contratto derivato la rilevanza dei dati che ne caratterizzano l'alea e che contribuiscono a definire, oltre che l'oggetto, la causa, secondo il giudizio di meritevolezza implicitamente formulato dal legislatore della materia. Il tratto strutturale dello scambio di differenziali a scadenza, sulla base di parametri fissati contrattualmente, come oggetto dell'interest rate swap - su cui si sofferma analiticamente Banca nel suo atto di appello (pagine 7 e 8) - nulla dice riguardo alla causa, che è un requisito essenziale autonomo, separato e diverso dall'oggetto (cfr. art. 1325 c.c.). Ed essa sussiste, come si è detto, se e nella misura in cui l'alea, cui lo strumento dà luogo, sia il frutto di una valutazione razionale in termini di entità e natura; questo essendo, si ribadisce, il tratto di meritevolezza che giustifica l'autorizzazione di questo tipo di scommesse da parte del Legislatore. [...] La sola circostanza - non specificamente contestata - che le parti, odierne appellate, non conoscessero, al momento della conclusione del contratto, il c.d. mark to market [...] comporta la radicale nullità dei contratti di interest rate swap, perché esclude, in radice, che, nel caso di specie, gli appellati abbiano potuto concludere la "scommessa" conoscendo il grado di rischio assunto, laddove, per contro, la Banca, del proprio rischio, nutriveva perfetta conoscenza - addirittura nella sua precisa misurazione scientifica - avendo predisposto lo strumento. [...] Va, poi, osservato che è vietato ad un contraente determinare unilateralmente, ed in base a criteri non trasparenti e controllabili, elementi del contenuto del contratto. Ed in tal senso è la giurisprudenza della Corte Suprema (da ultimo, Cass. n. 2072 del 2013). Né supplisce il mero richiamo ad asseriti "costi di mercato", perché il rinvio alle prassi, quand'anche scientificamente condivise, equivale all'applicazione di usi, testualmente vietata nella materia dell'intermediazione finanziaria (art. 23, comma 2 TUF). Sotto ulteriore profilo, la mancanza dell'indicazione del mark to market al momento della conclusione del contratto consente all'intermediario, che è "anche" un mandatario oltreché controparte della scommessa (ed è mandatario in virtù del c.d. contratto quadro di investimento ed altresì titolare di ufficio di diritto privato), di occultare il suo compenso, rappresentato dai c.d. costi impliciti, all'interno delle

condizioni economiche dell'atto gestorio. Il che determina la nullità del contratto derivato anche in ragione del difetto di accordo sul requisito essenziale del compenso ex art. 1709 c.c., il quale dispone che, nel mandato oneroso, il compenso del mandatario sia consapevolmente "stabilito dalle parti": cioè, ovviamente, non occultato fra le condizioni economiche predisposte dal mandatario per assicurarsi un compenso non esplicitato (in evidente conflitto con l'interesse del cliente). Il compenso deve, al contrario, essere determinato nel contratto o deve essere determinabile in virtù di un criterio (modello matematico di pricing) condiviso ex ante dall'intermediario e dal cliente. Ad esempio con la pattuizione, separata, di una fee, e non certo "annegato" dentro le condizioni economiche dell'atto gestorio" (in tal senso, Corte d'Appello di Milano, Sez. I, 18 settembre 2013, n. 3459). Peraltro anche di recente la Corte d'Appello di Milano, con argomentazioni del tutto condivisibili, ha ribadito l'indirizzo sopra richiamato (e fatto proprio da consolidata giurisprudenza, anche dell'intestato Tribunale) rimarcando che "La causa nei contratti derivati va individuata, secondo costante giurisprudenza, nell'alea accettata dalle parti che, nel caso degli IRS, si concretizza nello cambio di flussi di pagamento basati su tassi di interesse. Tutti gli elementi dell'alea e gli scenari ad essa conseguenti, quindi, costituiscono ed integrano la causa del contratto: ciò non equivale ad affermare la necessaria simmetricità dell'alea, potendo una parte accettare una scommessa improbabile. La mancata conoscenza dell'alea o del MtM producono la nullità del negozio, per mancanza di causa (soluzione che si preferisce) o per indeterminatezza dell'oggetto" (Corte d'Appello di Milano, 25 settembre 2018; conf. Corte d'Appello di Milano, Sentenza n. 4303 dell'11.11.2015).

Fatte tali considerazioni e passando all'esame della fattispecie concreta, ritiene questo Giudice - in adesione all'indirizzo giurisprudenziale sopra richiamato - che, alla luce delle risultanze della documentazione prodotta e degli accertamenti svolti dal C.T.U., si palesino senz'altro fondate le doglianze dell'odierna attrice afferenti la nullità del contratto di interest rate swap per cui è causa. Sul punto giova preliminarmente rammentare che – come inferibile dalla documentazione in atti e rimarcato anche dal C.T.U. - la ██████████, in data 13 maggio 2008, ha sottoscritto a) il Contratto quadro contenente le condizioni generali destinate a regolamentare le operazioni in Interest Rate Swap, Interest Rate Cap, Interest Rate Floor, Interest Rate Collar, Opzioni su valute e la combinazione delle stesse; b) il documento informativo relativo ai servizi di investimento.

Quanto, poi, alla struttura e funzione del contratto di interest rate swap all'attenzione il C.T.U. ha evidenziato quanto segue: "[...] ██████████ ha sottoscritto un solo contratto di interest rate swap in data 13 maggio 2008. Il derivato, regolato con periodicità semestrale, è un Interest Rate Swap del tipo standard plain vanilla, con scambio alla fine di ciascun semestre di tasso fisso del 4,45% contro tasso euribor 6M. determinato su un nozionale in ammortamento". [...] La ██████████, al fine di gestire il rischio derivante dall'innalzamento dei tassi di interesse dell'area euro, nonché le

opportunità offerte dal mercato, ha sottoscritto in data 13 maggio 2008 il contratto di swap “Rif: IRS n. 2991577”, avente un nozionale in ammortamento di € 640.000 per la durata di cinque anni con periodicità semestrale di maturazione e regolazione dei flussi, con data inizio posta al 30 giugno 2008 e data scadenza al 30 giugno 2013, regolata tramite lo scambio di tasso fisso del cliente contro tasso euribor 6M pagato dalla Banca. Le condizioni finanziarie delle due “gambe” dello swap risultano regolate come segue: a) la Banca, per tutto il periodo contrattuale, corrisponde il tasso Euribor 6 mesi rilevato due giorni lavorativi antecedenti la data di inizio del periodo cedolare (per periodo cedolare si intende il semestre cui si applica il “tasso euribor 6M” osservato sul mercato “spot” con regolazione finanziaria alla fine del semestre); b) la Società per tutta la durata del contratto paga alla Banca un tasso fisso del 4,45%. La regolazione dei differenziali è semestrale con scadenza il giorno 30 giugno e 31 dicembre di ciascun anno all’interno del periodo di durata del contratto.

Attraverso l’esame delle condizioni finanziarie del contratto si può facilmente desumere quanto segue: a. con la sottoscrizione dello swap la società ha trasformato con decorrenza dal 30 giugno 2008 e sino al 30 giugno 2013 il proprio finanziamento (il mutuo ipotecario sottostante) da tasso variabile in tasso fisso regolato al tasso del 4,45% (maggiorato dello spread pagato sul mutuo pari a 1,20 punti percentuali); b. con decorrenza dal 30 giugno 2013 il mutuo è tornato ad essere regolato a tasso variabile beneficiando della favorevole situazione di mercato (la copertura è stata limitata al primo periodo quinquennale sia perché nella fase iniziale il rischio è più elevato per la maggiore entità del capitale mutuato, sia perché nel primo quinquennio si sarebbe esaurito il movimento rialzista in atto dal 2006 per effetto delle rigorose politiche monetarie della BCE di controllo dell’inflazione).

La banca non ha riconosciuto alcun importo a titolo di upfront. [...] Lo swap sottoscritto con la ██████████ ha avuto come finalità esternata nel contratto quadro del 13 maggio 2008 di gestire il rischio da oscillazione dei tassi di interesse derivanti da sottostanti posizioni debitorie o creditorie. Nello specifico lo swap “IRS RIF. n. 2991577” per la struttura del nozionale di riferimento, per il parametro tasso pagato dalla Banca Euribor 6M, per la periodicità dei pagamenti e delle rilevazioni del parametro tasso, per le date di pagamento e di rilevazione del parametro tasso è risultato correlato in modo simmetrico ed omogeneo, limitatamente al periodo di durata del derivato, con i parametri e le caratteristiche tecniche e finanziarie del mutuo ipotecario stipulato da ██████████ in data 18 aprile 2008 per l’importo di € 640.000 ed erogato in data 13 maggio 2008 come da atto di erogazione e quietanza sottoscritta in pari data”.

Per i fini che ci occupano assumono, poi, fondamentale rilievo le seguenti circostanze, rimarcate nell’elaborato redatto dal C.T.U.: “Nel contratto quadro nessuna informazione è

contenuta sulla entità dei costi della operatività in derivati. Anzi è chiaramente indicato che nel contratto sono specificate le condizioni finanziarie di regolazione del contratto come se queste fossero le uniche sufficienti a regolamentare il contratto. Nessuna informazione è riscontrata in ordine ad altri costi: oneri di transazione, costi sul rischio di credito di controparte, sui margini in favore della banca, né in assoluto né in termini percentuali in rapporto al nozionale, né in termini di basis points running o spread aggiuntivo sul parametro tasso fisso a carico del cliente”.

Il medesimo C.T.U. ha ulteriormente rimarcato quanto segue: “In ordine alla conoscenza o conoscibilità da parte di [REDACTED] circa la onerosità della operazione si rappresenta che né nell’accordo quadro, né nella conferma di esecuzione dello swap la banca rende consapevole il cliente della circostanza che le condizioni finanziarie del Contratto includono costi ed oneri a suo carico, riconducibili alla copertura del rischio di mercato, alla valutazione del rischio di controparte e alla remunerazione di tale rischio determinata dalla Banca”, costi che sono risultati implicitamente caricati nella definizione dei parametri finanziari dello swap, ma non espressamente rappresentati nel contratto. Inoltre, nessuna informazione risulta fornita dalla banca a [REDACTED] in ordine al Fair Value o MTM al momento dell’accensione, né nel contratto, né nelle conferme di esecuzione, né in ogni altro documento o scambio di corrispondenza precontrattuale; nessuna informazione risulta data in ordine: a) agli scenari di probabilità; b) alle modalità di calcolo del mark to market; c) alla misura dei rendimenti attesi in base alle curve forward implicite nella curva dei tassi per scadenza; d) ai costi di hedging, ai costi del rischio di credito e al margine in favore dell’istituto.

Il Consulente d’Ufficio ha, altresì, evidenziato che “in base alle curve forward del tasso Euribor 6M [...], il cliente, qualora ne avesse avuto la disponibilità avrebbe potuto verificare che qualora esse si fossero verificate esattamente come nelle attese del mercato avrebbe avuto differenziali negativi per l’intera vita del contratto pari ad euro 5.075,27 a valori correnti ed euro 4.266,00 negativo in valori attualizzati alla sottoscrizione. La curva dei tassi forward 6M e i fattori di attualizzazione (indicati in tabella) sono gli stessi utilizzati nella valutazione del Fair Value o mark to market. Solo per i primi due semestri le curve forward rappresentavano tassi attesi superiori al tasso fisso indicato nel derivato”.

Va, poi, rilevato che il Consulente d’Ufficio, al fine di dare risposta ai quesiti specifici posti alla sua attenzione, ha provveduto a ricostruire il fair value dello swap oggetto di causa (ripetesi, non indicato in alcuno dei documenti contrattuali), pervenendo alle seguenti conclusioni: “Il Fair Value o MTM del contratto di swap “IRS rif. n. 2991577 al momento della sottoscrizione è stato determinato dallo scrivente in euro 4.266 (negativo) a sfavore del cliente. Poiché la Banca non ha riconosciuto alcunché a titolo di upfront, se ne deduce che le commissioni implicite non espressamente indicate nel contratto ammontano ad euro 4.266,00. Tali commissioni non risultano

visibili in quanto inserite implicitamente nella definizione del parametro cliente fissato a livelli superiori a quelli di equilibrio. In termini di bps running il costo implicito surrettiziamente applicato da ■■■ si misura in arrotondati 18 bps il che sta a significare che il parametro cliente contiene uno spread applicato dalla Banca pari allo 0,18% non espressamente indicato nel contratto. Nella documentazione non è stato riscontrato alcun documento dal quale si evincesse la consapevolezza da parte della società del predetto mark to market e delle relative commissioni applicate dalla banca”.

Il C.T.U., poi, in risposta a specifici quesiti posti alla sua attenzione, ha innanzitutto chiarito la nozione di “commissione implicita o costo occulto” e la relativa scaturigine: “In relazione al quesito posto dal G.I. in ordine agli aspetti finanziari delle commissioni implicite in termini sintetici si riferisce che esse originano da uno squilibrio finanziario tra i flussi di pagamento del cliente ed i flussi di pagamento della banca. [...] lo swap è uno strumento finanziario “a due gambe”: una gamba è rappresentata dagli impegni (pagamenti) contrattualmente stabiliti a carico di una parte e l'altra gamba è rappresentata dai pagamenti contrattualmente stabiliti a carico della controparte. Se, al momento della stipulazione del contratto, il “Tasso Parametro Cliente” ed il “Tasso Parametro Banca” sono stati definiti in modo che i pagamenti a carico del cliente risultino equivalenti (in termini di valore attualizzato dei flussi di cassa alla data di stipulazione del contratto) ai pagamenti a carico della banca, i due tassi parametro risultano finanziariamente equivalenti e le due gambe in equilibrio. Viceversa, se al momento della stipulazione del contratto il “Tasso Parametro Cliente” ed il “Tasso Parametro Banca” non sono finanziariamente equivalenti, i pagamenti che dovrà effettuare la parte impegnata a corrispondere il tasso parametro più elevato avranno un valore complessivo superiore rispetto al valore complessivo dei pagamenti che dovrà ricevere, nel tempo, dalla controparte. Se il valore della prestazione di una parte eccede il valore della controprestazione della controparte, qualora questa eccedenza non venisse giustificata dalla espressa indicazione dei margini in favore della parte che riceve maggiori pagamenti, ovvero mediante il riconoscimento di un upfront, essa determina un arricchimento non giustificato da parte di chi riceve i flussi di pagamento superiori. Questa eccedenza sotto il profilo economico prende il nome di “commissione implicita”. Poiché la “commissione implicita” è surrettiziamente introdotta nella costruzione dei flussi di pagamento a carico del cliente essa, ancorché non pagata al momento della sottoscrizione, verrà di fatto pagata al momento della maturazione dei “flussi differenziali” (pay off cedolari) ovvero al momento della estinzione anticipata del contratto (momento in cui dovrà pagare il valore attuale di tutte le cedole nette attese (i cd. differenziali attesi) ovvero il suo MTM). [...] L'accertamento in ordine alla applicazione di margini o commissioni implicite, non espressamente indicate nel contratto di swap, ma caricate implicitamente attraverso la fissazione del parametro cliente, ha

comportato il calcolo del valore di mercato o Fair Value del contratto derivato al momento della sottoscrizione intervenuta in data 13 maggio 2008. Il Fair Value o MTM dell'Interest Rate Swap RIF. N. 2991577 al momento della sottoscrizione è stato determinato dallo scrivente in euro 4.266,00 (negativo) a sfavore del cliente. Poiché la Banca non ha riconosciuto alcunché a titolo di upfront, se ne deduce che le commissioni implicite inserite nel contratto ammontano ad euro 4.266, commissioni che non sono risultate espressamente indicate nel contratto di swap, ma implicitamente caricate dalla banca attraverso la definizione del parametro cliente. Il mark up applicato dalla banca implicitamente nel parametro cliente è risultato pari a 17,952 bps running (ossia 0,17952% in più sul valore di equilibrio finanziario), che non è risultato espressamente indicato nel contratto di swap. Si precisa che le predette "commissioni implicite" surrettiziamente inserite nelle condizioni contrattuali non sono state pagate in una unica soluzione al momento della sottoscrizione del derivato, ma risultano spalmate nei differenziali maturati ad ogni scadenza semestrale. L'importo complessivo delle commissioni implicite maturate ad ogni scadenza semestrale in esecuzione del derivato sono ammontate ad € 4.785,27 (il valore sopra indicato di € 4.266,00 corrisponde al valore attuale delle commissioni maturate ad ogni scadenza)".

Indi il C.T.U., sempre in risposta ad uno specifico quesito posto alla sua attenzione, ha accertato quanto segue: "L'esecuzione del derivato in argomento ha prodotto i differenziali rappresentati nella tabella seguente che ammontano complessivamente ad euro 68.579,39 (somma algebrica dei differenziali positivi e negativi). In ogni caso si conferma che il derivato non ha prodotto né premi di accensione (upfront), né costi di estinzione e che lo stesso è stato regolato solo tramite differenziali che si confermano pari ad euro 68.579,39".

Posto quanto sopra, a fronte delle argomentazioni difensive svolte dalla convenuta in merito alle cd. commissioni implicite, va rimarcato che ai fini dell'apprezzamento della validità del contratto per cui è causa non rileva la mera circostanza che la Banca abbia strutturato l'IRS in maniera tale da assicurarsi una remunerazione per i costi operativi sostenuti e da sostenere e per l'operata assunzione del rischio di credito, quanto piuttosto la verifica circa la conoscenza o conoscibilità, da parte del cliente, degli oneri economici aggiuntivi a suo carico.

Ebbene, sul punto va rilevato che – come evidenziato anche dal C.T.U. – né nel documento contrattuale avente ad oggetto la specifica operazione in contestazione né nel contratto quadro contenente clausole integrative della disciplina di detta operazione concreta si rinviene un qualche riferimento ai cennati costi; come pure risulta essere stata totalmente pretermessa qualunque indicazione del fair value o mark to market al momento della accensione del derivato e, comunque, degli elementi effettivamente indicativi dell'alea assunta dal cliente al momento della negoziazione. Ed anzi, come ripetutamente rimarcato dal C.T.U. - e, peraltro, inferibile dagli atti - né nell'Accordo

quadro, né nella conferma d'ordine, né in ogni altro documento o scambio di corrispondenza tra le parti si rinviene una qualche indicazione in ordine: a) agli scenari di probabilità; b) alle modalità di calcolo del mark to market; c) alla misura dei rendimenti attesi in base alle curve forward implicite nella curva dei tassi per scadenza; d) ai costi di hedging, ai costi del rischio di credito e al margine in favore dell'istituto.

In definitiva, dunque, deve ritenersi che nella fattispecie concreta si sia addivenuti alla sottoscrizione dell'IRS senza che la [REDACTED] sia stata posta in condizione di prefigurarsi i rischi assunti e la misura degli stessi; tanto non può che condurre alla declaratorie della nullità del contratto di interest rate swap in contestazione, difettando l'alea razionale (nel senso sopra indicato), integrante la causa dei contratti derivati come quello all'attenzione.

Alla declaratoria della nullità del contratto di interest rate swap n. 2991577 sottoscritto il 13 maggio 2008 non può che seguire l'accoglimento dell'ulteriore domanda formulata dall'attrice, volta ad ottenere la condanna della Banca convenuta alla restituzione delle somme complessivamente versate a titolo di differenziali. Come certo noto, infatti, la declaratoria della nullità di un negozio determina il venir meno, ex tunc, della giustificazione causale degli spostamenti patrimoniali operati in esecuzione del negozio medesimo, con la conseguenza che ciascuna parte è tenuta alla restituzione di tutte le utilità ricevute in forza dell'atto nullo, dacché indebite. Infine, par d'uopo rimarcare che – come puntualmente evidenziato dal C.T.U. - i cd. costi occulti risultano “inglobati” e ricompresi negli importi versati dalla odierna attrice a titolo di differenziali. Pertanto, la domanda di ripetizione formulata dalla [REDACTED] va accolta con riferimento ai soli importi effettivamente versati a titolo di differenziali, essendo gli stessi comprensivi anche dei cd. costi occulti. Ebbene, sulla scorta degli accertamenti svolti dal C.T.U., alla [REDACTED] va riconosciuto, a titolo di indebito, il complessivo importo di euro 68.579,39. Sull'importo di euro 68.579,39 vanno, poi, accordati gli interessi al tasso legale e con decorrenza dalla data della domanda giudiziale. A tal proposito va rammentato che, a norma dell'art. 2033 c.c., “chi ha eseguito un pagamento non dovuto ha diritto di ripetere ciò che ha pagato. Ha, inoltre, diritto ai frutti e agli interessi dal giorno del pagamento, se chi lo ha ricevuto era in mala fede, oppure, se questi era in buona fede, dal giorno della domanda”. Orbene, argomentando dalla chiara ed inequivoca lettera dell'art. 2033 c.c., la miglior dottrina e la costante giurisprudenza di legittimità e di merito hanno evidenziato che la norma in oggetto ha la funzione di contemperare l'interesse del solvens che agisca in ripetizione con quello dell'accipiens che azioni il diritto alla restituzione; pertanto agli effetti della cennata disposizione, nella parte in cui prevede che, nella ripetizione di indebito, gli interessi decorrano dal giorno del pagamento in caso di mala fede di chi lo ha ricevuto e dal giorno della domanda in caso di sua buona fede, rileva la nozione in senso soggettivo di buona fede, data dall'art. 1147, I co., c.c., mentre non può trovare applicazione

la disposizione particolare dettata dal comma secondo del medesimo art. 1147 c.c., secondo cui la buona fede non giova se l'ignoranza dipende da colpa grave. In particolare, deve osservarsi che la mala fede giuridicamente rilevante affinché il percettore di un pagamento indebito sia tenuto a corrispondere gli interessi sulla somma da restituire con decorrenza dal giorno in cui l'ha ricevuta, non può dirsi integrata dal mero dubbio dell'accipiens circa l'effettiva esistenza del debito o dalla circostanza che il solvens abbia effettuato il pagamento, contestando di esservi tenuto, occorrendo, invece, all'uopo, la prova della consapevolezza della natura indebita della datio e, quindi, dell'inesistenza dell'obbligazione in adempimento della quale la prestazione è stata eseguita. Inoltre, lo stato soggettivo dell'accipiens, per gli effetti di cui all'art. 2033 c.c., va valutato avendo riguardo al momento in cui lo stesso ha ricevuto il pagamento, per modo che ove - anche per effetto del mero operare della presunzione legale non superata da prova contraria da parte del solvens - possa ritenersi che al momento della prestazione l'accipiens fosse in buona fede, tanto comporta indefettibilmente che gli interessi di cui fa menzione l'art. 2033 c.c. debbano essere corrisposti con decorrenza dalla data della domanda, restando irrilevante la circostanza che, successivamente all'eseguito pagamento, il predetto accipiens abbia acquisito consapevolezza della natura indebita della prestazione. E così la Suprema Corte ha evidenziato che "in materia di indebito oggettivo, gli interessi e le somme dovute per maggior danno ai sensi dell'art. 1224, secondo comma, c.c., decorrono dalla domanda giudiziale, e non già dalla data del pagamento della somma indebita, dovendosi avere riguardo all'elemento psicologico esistente alla data di riscossione della somma, a meno che il creditore non provi la mala fede dell'accipiens, con la precisazione che, anche in questo campo, la buona fede si presume, ed essa può essere esclusa soltanto dalla prova della consapevolezza da parte dell'accipiens della insussistenza di un suo diritto a ricevere il pagamento" (Cass. Civ. Sez. III, 10 marzo 2005, n. 5330).

Ciò posto, con riferimento alla fattispecie all'attenzione non può non considerarsi che la società attrice non ha in alcun modo provato – ed, invero, neppure specificamente dedotto – che la Banca convenuta, al momento del versamento dei cd. differenziali fosse in mala fede; onde, gli interessi richiesti, al tasso legale, non possono che farsi decorrere dalla data della domanda giudiziale. Ritiene, poi, questo Giudice che non possa darsi seguito alla domanda di risarcimento dei danni per lite temeraria formulata dalla [REDACTED], non risultando neppure specificamente allegati – e, men che mai dimostrati – gli elementi indefettibilmente richiesti ai fini della configurabilità della responsabilità processuale aggravata ex art. 96 c.p.c.. Alla soccombenza consegue la condanna della [REDACTED] alla rifusione, in favore dell'attrice, delle spese di lite, nella misura liquidata in dispositivo, tenendo conto della natura e del valore della causa, del numero e del rilievo delle questioni affrontate nonché delle attività processuali svolte, e facendo applicazione dei

parametri di cui al D.M. n. 55/2014. Va, infine, posto in via definitiva a carico della Banca convenuta il pagamento del compenso in favore del C.T.U., come già liquidato con separato decreto.”.

Con il primo motivo di appello, rubricato “*B.1) Primo motivo: Violazione e falsa applicazione degli artt. 116 c.p.c. e 118 disp. att. c.p.c. Contraddittoria motivazione in ordine all'accertamento dei fatti addebitati ed erronea valutazione e/o interpretazione degli elementi di validità dei derivati.*”, l'appellante censura la sentenza di primo grado nella parte in cui il Tribunale ha accertato la nullità dell'*Interest Rate Swap* Rif. 2991577 sottoscritto tra le parti il 13/05/2008 per la mancata indicazione del *mark to market* al momento della stipula del contratto e per la mancata previsione dei rischi assunti e la misura degli stessi quali elementi integranti la causa del derivato e la sua validità. Nello specifico la [REDACTED] lamenta la violazione e la falsa applicazione degli artt. 116 c.p.c. e 118 disp. att.c.p.c. in considerazione del fatto che il giudice di prime cure avrebbe frainteso l'oggetto, la causa, e gli elementi di validità del contratto IRS di copertura, confondendone la struttura e la funzione e richiedendo una certezza di dati che non avrebbero potuto essere che una mera probabilità. A detta di parte appellante, che richiama anche i risultati della CTU contabile, l'IRS concluso dalla [REDACTED] nel 2008 avrebbe dovuto essere configurato alla stregua di un derivato con funzione di copertura con un'alea bilaterale, con una sostanziale omogeneità e simmetria dei parametri e delle caratteristiche tecniche dello *swap* con il sottostante mutuo ipotecario. l'IRC avrebbe assolto una funzione di copertura e avrebbe contenuto tutte le condizioni per accertarne come determinati tanto l'oggetto quanto la causa. La variazione nel tempo dei tassi di interesse in modo sfavorevole al cliente secondo parte appellante non escluderebbe l'originaria causa del contratto ma rientrerebbe nell'alea naturale dello stesso. Infatti, l'elemento distintivo dell'alea non sarebbe la sua razionalità (e quindi la sua “misurabilità”), quanto piuttosto la sua reciprocità. Per quanto concerne l'indeterminabilità dell'oggetto secondo l'appellante l'oggetto contrattuale dovrebbe ritenersi sempre compiutamente esplicitato allorquando nel contratto vengano previsti i parametri (la misura del tasso di interesse nel caso in oggetto) per la determinazione di quanto dovuto dal cliente o dalla banca, a seconda dei casi, e la mancata determinazione del Mark to Market al momento della stipula sarebbe irrilevante ai fini della validità del contratto.

Il motivo è infondato.

In diritto va rilevato che a fronte di diversi orientamenti espressi in punto di validità del contratto nel caso di mancata determinazione del *mark to market* al momento della conclusione del contratto, la questione è stata di recente risolta dalla S.C. la quale ha osservato richiamando il “*condivisibile orientamento espresso da questa Corte in merito alla causa e alle condizioni di validità dei contratti derivati di IRS (v., in particolare, Cass. S.U. n. 8770/2020, nella parte non ex professo dedicata al tema più specifico della possibilità che siffatti contratti siano validamente stipulati dagli enti pubblici*

locali)”. È stato innanzitutto affermato che non è sufficiente, al fine di affermare la liceità della causa del contratto di IRS, il solo accertamento della funzione di copertura di un rischio connesso alla stipulazione di un sottostante contratto di finanziamento (Cass. n. 32705/2022). Il contratto rimane intrinsecamente aleatorio e l'alea integra una causa meritevole di tutela soltanto in presenza di determinate condizioni, dal momento che l'ordinamento - e, in particolare, l'art. 23, comma 5, del T.U.I.F. - "non intende autorizzare sic et simpliciter una scommessa, ma delimitare, con un criterio soggettivo, la causa dello swap, ricollegandola espressamente al settore finanziario" (Cass. S.U. n. 8770/2020, cit.). Da qui la necessità "che gli elementi ed i criteri utilizzati per la determinazione del mark to market siano resi preventivamente conoscibili da parte dell'investitore, ai fini della formazione dell'accordo in ordine alla misura dell'alea, in assenza del quale la causa del contratto resta sostanzialmente indeterminabile", con la conseguente nullità del contratto, "che - è bene precisare - non è quella, virtuale (art. 1418, comma 1, c.c.), di cui si sono occupate due ben note pronunce delle Sezioni Unite (Cass. Sez. U. 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725) per escludere che essa abbia a prospettarsi in caso di inosservanza degli obblighi informativi da parte dell'intermediario, ma una nullità strutturale (art. 1418, comma 2, c.c.), inerente ad elementi essenziali del contratto" (Cass. n. 24654/2022)” (Cass. n. 4076/2025, che ha anche evidenziato come “l'osservazione che il mark to market non è l'oggetto del contratto è in sé corretta, ma non lo è la conseguenza tratta in merito all'irrelevanza, ai fini della validità del contratto, dell'effettivo accordo tra intermediario e investitore, non solo sul mark to market, ma, più in generale, "sulla misura dell'alea", in modo che sia assicurato il "presupposto dell'utilità sociale" che rende meritevoli di tutela le (sole) "scommesse razionali" stipulate nel qualificato e regolamentato contesto del "settore finanziario").

Pertanto, alla luce del recente approdo della S.C. la censura dell'appellante secondo cui la mancata determinazione del mark to market sarebbe irrilevante ai fini della validità del contratto è infondata. Con il secondo motivo di appello, rubricato “B.2) Secondo motivo: Violazione e falsa applicazione dell'art. 32 del Regolamento Consob n. 16190/2007 e dell'art. 21 del d. lgs. 58/1998. Errata interpretazione e qualificazione della funzione dei cc.dd. costi impliciti nella determinazione del mark to market ai fini della validità del contratto.”, l'appellante si duole dell'erronea applicazione, da parte del giudice di prime cure, dei principi concernenti l'incidenza della violazione degli obblighi di correttezza, trasparenza ed informativi prescritti per gli intermediari ai sensi dell'art. 21 t.u.f. e dal Regolamento CONSOB 16190/2007 (inerenti alla indicazione dei costi impliciti) sulla validità del contratto. Secondo parte appellante le incoerenti risultanze della CTU espletata nel precedente giudizio avrebbero viziato la sentenza impugnata comportando un fraintendimento del ruolo dei costi impliciti nella determinazione del mark to market e dell'incidenza della conoscenza e/o conoscibilità

degli stessi sulla validità del derivato. A detta della Banca Nazionale la [REDACTED] avrebbe avuto piena consapevolezza delle implicazioni del contratto sottoscritto, essendo stato rappresentato il tasso a suo carico, già comprensivo della remunerazione per l'attività della Banca. La Banca avrebbe posto in essere l'operazione trattenendo per sé solo i propri margini di guadagno. La [REDACTED], infatti, avrebbe dovuto considerarsi controparte qualificata ai sensi dell'art. 31 Reg. CONSOB, e quindi nessun inadempimento sarebbe stato commesso dall'istituto di credito, dovendosi ritenere quest'ultimo, comunque, esonerato dagli obblighi informativi ivi prescritti.

Il motivo è infondato.

Va sul punto richiamato quanto osservato in relazione al primo motivo di appello relativo alla rilevanza della determinazione del mark to market ai fini della validità del contratto. Il che vale anche per quanto attiene alla determinazione del cd. costi occulti (cfr. Cass. SU n. 8770/2020). Ne consegue che infondato è l'assunto secondo cui non è dato da comprendere il fondamento della violazione degli obblighi informativi. Va sul punto evidenziato come la su citata sentenza della S.C. ha espresso il seguente principio di diritto *"gli elementi ed i criteri utilizzati per la determinazione del mark to market devono essere preventivamente conoscibili da parte dell'investitore, ai fini della formazione dell'accordo in ordine alla misura quantitativa e qualitativa dell'alea, investendo, altresì, gli scenari probabilistici; in assenza di tale accordo la causa del contratto rimane sostanzialmente indeterminabile; la conoscibilità dei predetti elementi assume altresì rilievo ai fini dell'affermazione della responsabilità della banca per la violazione degli obblighi informativi e di correttezza posti a suo carico dal D.Lgs. n. 58 del 1998 e dal regolamento Consob n. 11522 del 1 luglio 1998"* (Cass. n. 4076/2025).

Inoltre, trattandosi di elementi che valgono a definire la causa del contratto, non vale richiamare che la Consob solo nel 2009 ha imposto agli intermediari di fornire una informazione specifica sulla composizione del derivato. D'altronde le richiamate sentenze (SU n. 8770/2020 e n. 4076/2025) si sono pronunciate in relazione a contratti stipulati come quello in esame anteriormente alla delibera Consob.

E' poi da rilevare che, a fronte di quanto puntualmente accertato dal CTU e richiamato dal giudice di primo grado in ordine all'esistenza dei costi occulti – e sul punto non vi è alcuna specifica censura – l'assunto dell'appellante secondo cui il cliente era in possesso di una specifica esperienza e competenza, avendo consapevolezza che dalla esecuzione del contratto possano derivare posizioni debitorie e creditorie, non incide sul fatto che come ritenuto dal giudice di primo grado, nel contratto non siano indicati elementi circa *"a) agli scenari di probabilità; b) alle modalità di calcolo del mark to market; c) alla misura dei rendimenti attesi in base alle curve forward implicite nella curva dei tassi per scadenza; d) ai costi di hedging, ai costi del rischio di credito e al margine in favore*

dell'istituto", e quindi gli elementi tali da consentire il prefigurarsi dei rischi assunti e della loro misura. Né per altri versi risulta in alcun modo che tali elementi siano stati portati a conoscenza dell'appellata. Nel caso di specie non è in discussione la possibilità di un margine di guadagno dell'appellante, ma l'esplicitazione degli elementi che concorrono a determinarlo.

Il mero fatto che l'appellata abbia genericamente dichiarato di avere effettuato l'operazione in piena autonomia, *"possedendo la conoscenza ed esperienza necessaria per comprendere i benefici e i costi derivanti dall'operazione"* non esonera la banca di rendere conoscibili gli elementi concorrenti a determinare il rischio concreto. Il che non risulta nel caso di specie.

Con il terzo motivo di appello, rubricato *"B.3) Terzo motivo: Erroneità della sentenza impugnata, con violazione degli artt. 91 e 92 c.p.c. nella parte in cui il Tribunale ha ingiustamente ritenuto la soccombenza della Banca, con condanna alla refusione delle spese processuali e di CTU come liquidate in dispositivo."* l'appellante contesta la sussistenza di una condizione di soccombenza e impugna il capo della sentenza di primo grado relativo alla condanna alle spese di lite nonché l'addebito delle spese di CTU.

Al rigetto dei primi due motivi di appello consegue il rigetto di questo motivo.

Le spese del grado seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo (valore della causa € 68.570,30, tabella XII, scaglione V, valori medi con riduzione ai valori minimi per la fase istruttoria/trattazione in considerazione della limitata attività svolta).

Poiché l'impugnazione è respinta, sussistono i presupposti per l'applicazione dell'art. 13, comma 1 quater, d.p.r. 30 maggio 2002, n. 115, inserito dall'art. 1, comma 17, della legge 24 dicembre 2012, n. 228.

P. Q. M.

La Corte, definitivamente pronunciando sull'appello proposto da [REDACTED]

[REDACTED] avverso con sentenza n. 12313/2019 del Tribunale di Roma, così provvede:

rigetta l'appello e per l'effetto conferma la sentenza appellata;

condanna la [REDACTED] alla refusione a favore della [REDACTED] delle spese del grado che liquida in € 12.154,00 per compensi, oltre spese generali, IVA e CPA;

- dà atto, ai sensi dell'art. 13, comma 1, quater d.p.r. 30 maggio 2002, n. 115 come successivamente modificato e integrato, che sussistono i presupposti per il versamento, da parte della [REDACTED] di un ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per l'impugnazione

Roma, così deciso nella camera di consiglio del 20/01/2026

Il Consigliere est.

Giulia Spadaro

Il Presidente

Alberto Tilocca