

Sentenza n. 185/2020 pubbl. il 14/01/2020  
RG n. 9734/2018

RGN 9734/2018



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. **9734/2018** R.G. Civ.  
promossa da:

**I.**, elettivamente domiciliata in Torino, corso Matteotti n. 3 bis, presso lo studio dell'avv.to  
Massimiliano Elia, che la rappresenta e difende in forza di procura alle liti in calce all'atto di citazione.

- **ATTRICE** -

contro:

**II.**, elettivamente domiciliata presso lo studio  
che la rappresentano e difendono in forza di  
procura in calce alla comparsa costitutiva.

- **CONVENUTA** -

**Conclusioni delle parti:**

**Parte attrice:**

*"Respinta ogni contraria istanza eccezione e deduzione*

*Piaccia al Giudice Illustrissimo*

*In via preliminare:*

*- dichiarare la nullità del contratto normativo del 19 gennaio 2011 nonché del contratto swap sottoscritto in data  
9 marzo 2011 ai sensi e per gli effetti degli art. 1418 c.c., 1322 c.c. 1325 c.c. e per violazione delle norme contenute  
nel T.U.F. negli articoli 6 - 21 del d.lgs 58/98 e segnatamente per gli articoli-31- 39-40-41-42 del Reg. CONSOB, da  
considerarsi quali norme imperative,*



Sentenza n. 185/2020 pubbl. il 14/01/2020  
RG n. 9734/2018

In via preliminare di subordine:

- dichiarare l'annullabilità del contratto normativo del 19 gennaio 2011 nonché del contratto swap sottoscritto in data 9 marzo 2011, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1427, 1428, 1429 c.c. e 1433, 1439 c.c. e per violazione delle norme contenute nell'art. 21 del d.lgs 58/98 e segnatamente per gli articoli 31-39-40-41-42 del Reg. CONSOB, da considerarsi quali norme imperative.

In via preliminare di graduato subordine:

- dichiarare la risoluzione per inadempimento da parte dell'istituto di credito del contratto normativo del 19 gennaio 2011 nonché del contratto swap sottoscritto in data 9 marzo 2011, ai sensi e per gli effetti degli art. 1418 c.c. 1322 c.c. e 1325 c.c. e per violazione delle norme contenute nell'art.21 del d.lgs 58/98 e segnatamente per gli articoli 31-39-40-41-42 del Reg. CONSOB, da considerarsi quali norme imperative.

Nel merito:

- attesa la mancata osservanza degli obblighi di informazione da parte della convenuta, dichiarare tenuto e condannare l'istituto di credito \_\_\_\_\_ in persona del suo legale rappresentante pro tempore, con sede in \_\_\_\_\_, al risarcimento del danno ai sensi dell'art. 1218 c.c. a favore della società \_\_\_\_\_ per l'effetto - dichiarare tenuto e condannare l'istituto di credito \_\_\_\_\_ in persona del suo legale rappresentante pro tempore, con sede in \_\_\_\_\_ a rifondere alla società \_\_\_\_\_ somma complessiva di \_\_\_\_\_, riserva di successiva quantificazione all'esito dei differenziali che andranno a maturare mensilmente dalla notifica del presente atto sino al giugno dell'anno 2026, quali commissioni implicite e interessi passivi, già detratta la somma corrisposta a favore dell'esponente (interessi attivi), con condanna generica al risarcimento dei danni ex art. 2043 c.c.

- condannare l'istituto di credito \_\_\_\_\_ in persona del suo legale rappresentante pro tempore, con sede in \_\_\_\_\_ all'ipotesi in cui il Giudice non ritenesse il contratto nullo, ma risolto per inadempimento, alla restituzione della somma di eur \_\_\_\_\_ alla società \_\_\_\_\_ n riserva di successiva quantificazione all'esito dei differenziali che andranno a maturare mensilmente dalla notifica del presente atto sino a giugno dell'anno 2026 oltre che al risarcimento dei danni ex art 1453-1710 e 1711 c.c., danni di cui si chiede la liquidazione in via equitativa ex art. 1226 c.c.

- condannare l'istituto di credito \_\_\_\_\_ in persona del suo legale rappresentante pro tempore, con sede in Torino \_\_\_\_\_ a rifondere a favore della società \_\_\_\_\_

il tasso d'interesse legale maturato sulle somme erogate dalla stessa alla banca a titolo di differenziali negativi, commissioni implicite e interessi passivi, rispettivamente dal giorno della sottoscrizione del contratto swap in data 9 marzo 2011 sino alla data dell'effettiva restituzione dell'intera somma versata.

- condannare infine l'istituto di credito \_\_\_\_\_ in persona del suo legale rappresentante pro tempore, con sede in \_\_\_\_\_, al pagamento del doppio del valore del



Sentenza n. 185/2020 pubbl. il 14/01/2020  
RG n. 9734/2018

contributo unificato nonchè delle spese ex art. 96 cpc, non avendo aderito al tentativo di mediazione obbligatorio per legge avvenuto alla data del 28.03.2018 (doc. 13).

- Il tutto col favore degli onorari e delle spese di giudizio.

\* \* \*

Si insiste infine per l'accoglimento delle prove orali di cui alla II memoria ex art. 183 VI comma c.p.c. del 19.11.2018 di seguito riportate nonchè per i chiarimenti richiesti nella CTU:

In via istruttoria chiede l'ammissione, senza interversione dell'onere probatorio, dei seguenti capitoli di prova per interrogatorio e testi, da intendersi preceduti dal suffisso di rito "Vero che":

- 1) la ..... intratteneva fino al 2011 con ..... a solo rapporti di conto corrente, fido di cassa e finanziamenti;
- 2) ..... 9.03.2011 ha concluso il suo primo contratto derivato, in particolare un Interest Rate Swap, e comunque la propria prima operazione in finanza strutturata a seguito delle pressioni esercitate dai funzionari della .....;
- 3) al momento della sottoscrizione del derivato del 9.03.2011 il legale rappresentante della società ..... nonché gli amministratori, avevano conoscenze contabili ed amministrative, ma nessuna conoscenza specifica o esperienza in materia di operazioni finanziarie in strumenti derivati;
- 4) nel mese di marzo dell'anno 2011, ..... va contattata dal direttore della filial' ..... che presentandosi personalmente presso gli uffici della società sollecitava l'amministratore ..... sottoscrivere il contratto derivato denominato Interest Rate Swap Tasso Certo che secondo le informazioni fornite dal medesimo funzionario avrebbe avuto la funzione di copertura dal rischio del rialzo dei tassi di interesse;
- 5) il direttore della ..... nella medesima occasione, assicurava l' ..... alla persona del signor ..... e il contratto finanziario proposto era di mera copertura dal possibile rialzo dei tassi di interesse e che non avrebbe comportato per la società alcun rischio, costo o commissione;
- 6) in data 19.01.2011 la Banca sottoponeva al cliente il questionario mifid già preventivamente compilato insieme a molti altri documenti e senza alcuna diversa spiegazione chiedeva solamente la firma dello stesso (si rammostra al testimone il doc. 8 – fascicolo .....);
- 7) a seguito delle pressioni del predetto funzionario, in data 9.03.2011, il legale rappresentante ..... sottoscriveva il contratto Interest Rate Swap Tasso Certo (si rammostra al testimone il doc. 3 – fascicolo ..... srl);
- 8) nella fase preliminare della proposta e al momento della sottoscrizione del 9.03.2011, la banca ha omesso di mettere in evidenza a favore del cliente l'analisi dei tassi forward, i costi dell'operazione, il cost of hedging e il mark to market iniziale del contratto o le modalità di calcolo dello stesso.

Si indicano quali nominativi dei testimoni da sentire su tutte le capitazioni formulate, nonchè in controprova rispetto a quelle ex adverso prodotte:



Sentenza n. 185/2020 pubbl. il 14/01/2020  
RG n. 9734/2018

**Parte convenuta:**

*"Voglia l'Ill.mo Tribunale, respinta ogni contraria domanda e istanza, in via istruttoria, previa occorrendo revoca dell'ordinanza del 25.6.2019 ammettere le istanze istruttorie tutte di parte convenuta e in particolare i capitoli di prova dedotti nella III memoria ex art. 183, VI, cod. proc. civ.; respingere le avverse istanze; nel merito, respingere tutte le domande di parte attrice perché prescritte e comunque, infondate, anche ai sensi dell'art. 1227, comma 2, c.c. ovvero, in subordine, ridurre il risarcimento che dovesse ritenersi dovuto in favore di a misura simbolica ai sensi dell'art. 1227, comma 1, c.c.; in ogni caso, con il favore delle spese, diritti e onorari del procedimento, oltre accessori di legge".*

**MOTIVI DELLA DECISIONE**

1) Nel presente citava in giudizio esponendo: 1) che in data 28.09.2009 aveva stipulato un contratto di leasing a tasso variabile (Euribor a tre mesi) cc (società appartenente al medesimo gruppo della convenuta); 2) di essere stata contattata nel marzo del 2011 dal direttore della alla convenuta per la stipulazione di un contratto di interest rate swap con la convenuta al solo fine di coprire il rischio di rialzo dei tassi di interesse del sottostante contratto di leasing, con un nozionale di ed una durata sino al 2026; 3) che con tale strumento parte attrice avrebbe pagato un tasso fisso prestabilito (cangiante nel corso degli anni) mentre la Banca avrebbe pagato il tasso Euribor a tre mesi; 4) che la Banca non aveva tuttavia comunicato i tassi forward, il mark up, il mark to market ed il cost of hedging; 5) che lo swap non era inoltre in grado di coprire il rischio di rialzo dei tassi asseritamente coperto sia in ragione degli elevati tassi fissi pagati (incompatibili con gli scenari di mercato) sia in quanto lo swap avrebbe avuto efficacia solamente dal 2 gennaio 2012 e sarebbe terminato due anni prima del contratto di leasing (e pure il nozionale dello swap era inferiore a quello del contratto di leasing); 6) di aver corrisposto la somma in esecuzione dello swap; 7) di non essere stata informata della natura meramente speculativa dello swap, di non essere stata adeguatamente profilata quanto a competenza ed esperienza in materia finanziaria e di non essere stata informata circa il conflitto di interesse della Banca; 8) che il contratto di swap era pertanto nullo per difetto di causa in ragione delle censure sopra esposte; 9) di eccepire inoltre l'annullabilità dello swap per errore essenziale; 10) in via subordinata, di voler chiedere la risoluzione dello swap per difetto della funzione di copertura promessa e per inadempimento agli obblighi





Sentenza n. 185/2020 pubbl. il 14/01/2020  
RG n. 9734/2018

informativi e di diligenza imposti dal TUF; 11) di voler ottenere la restituzione di quanto versato in forza dello swap o titolo di risarcimento del danno.

, quindi, costituitasi in giudizio, affermava: 1) che parte attrice aveva manifestato dopo la stipulazione del leasing la propria volontà di coprirsi dal tasso variabile ivi pattuito; 2) che in data 08.02.2011 aveva sottoscritto con la convenuta il contratto quadro in materia di contratti derivati contestualmente alla profilatura del cliente; 3) che lo swap sottoscritto era in realtà di mera copertura del rischio connesso alla variabilità del tasso di interesse del leasing, mediante l'applicazione di un tasso certo complessivo, come adeguatamente spiegato alla controparte; 4) di aver adeguatamente comunicato i costi dello swap nella scheda informativa; 5) che al momento della stipulazione dello swap le previsioni riferivano di tassi di interesse in crescita, sicché la successiva diminuzione costituiva fatto non previsto né prevedibile; 6) che l'attrice ha peraltro beneficiato della riduzione del tasso relativo al leasing; 7) la prescrizione della domanda di annullamento, nonché la sua infondatezza nel merito.

Parte attrice, quindi, con la prima memoria contestava altresì la nullità dello swap in quanto frutto di un'intesa illecita ai sensi della normativa antitrust.

La causa giungeva infine a decisione senza l'espletamento dell'istruttoria orale richiesta dalle parti, previsto espletamento invece di Ctu affidata

sul seguente quesito: "1) Dica se le caratteristiche del derivato fossero tali da fornire un'effettiva copertura al rischio di oscillazione dei tassi di cui al leasing 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);

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;

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

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

2) In via preliminare il Tribunale osserva quanto segue.

Talune domande/doglianze di parte attrice sono manifestamente infondate ed in questo paragrafo verranno brevemente esaminate.

Innanzitutto le domande tutte rivolte contro il contratto normativo non possono che essere rigettate.

In effetti, come condivisibilmente eccepito dalla difesa della Banca, le censure tutte svolte da parte attrice concernono il successivo contratto di swap, sicché le domande rivolte contro il contratto normativo



Sentenza n. 185/2020 pubbl. il 14/01/2020  
RG n. 9734/2018

precedente (che di per sé rispetta i requisiti di forma e di sostanza imposti dalla normativa vigente) risultano del tutto sfinite di argomentazioni di supporto.

Tutte le domande attoree, pertanto, verranno esaminate solamente in relazione al contratto di swap a tal fine solo osservandosi 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.

Di conseguenza, potrebbero essere ipotizzati casi in cui il contratto quadro è nullo (fatto che porta a cascata la nullità anche del contratto di swap quand'anche esso fosse di per sé completo di tutti i suoi elementi) o casi in cui il contratto quadro è perfettamente valido (come nel caso in esame), ma non il successivo contratto di swap (come eventualmente nella fattispecie oggetto di causa).

Nel caso di specie, in effetti, è evidente come le contestazioni mosse da parte attrice attengano tutte al concreto atteggiarsi del contratto di swap ed alle informazioni rese in vista della sua sottoscrizione, non dipendendo esse, dunque, da mancanze o vizi genetici del contratto quadro, rispetto al quale in effetti alcuna contestazione specifica parte attrice ha svolto.

Qualora, poi, l'invalidità del contratto normativo sia stata implicitamente contestata da parte attrice mediante la deduzione dell'insufficienza/inesistenza di adeguata profilatura del cliente avvenuta in contemporanea alla sua stipulazione, il Tribunale non può che rilevare l'autonomia del contratto normativo rispetto alla profilatura (la cui eventuale invalidità pertanto non può riverberarsi sul contratto normativo) ed in ogni caso la validità della profilatura effettuata dalla Banca.

Al riguardo va infatti precisato che l'asserita (da parte attrice) predisposizione della profilatura da parte della convenuta non ne determina di per sé la nullità, posto che il legale rappresentant in ogni caso sottoscritto la suddetta profilatura, in tal modo intestandosene i contenuti, il cui significato non può che essere palese per una persona di media cultura, categoria cui indubbiamente appartiene il legale rappresentante di parte attrice.

In assenza, quindi, di deduzioni circa un effetto "sorpresa" cagionato sul legale rappresentante dalla Banca (o di altre deduzioni circa l'invalidità della sottoscrizione), risulta allora evidente la validità della profilatura



Sentenza n. 185/2020 pubbl. il 14/01/2020  
RG n. 9734/2018

effettuata da parte convenuta: a ciò si aggiunga che il Ctu (pag. 55 perizia) ha ritenuto adeguata la profilatura sottoscritta da parte attrice in relazione alle caratteristiche del cliente e del portafoglio, sicché tale doglianza attorea si palesa come del tutto infondata.

In secondo luogo va detto che la deduzione di invalidità dello swap per violazione della normativa antitrust in quanto frutto di un'intesa restrittiva della concorrenza è manifestamente infondata (tale deduzione, per completezza, è stata oggetto di contestazione da parte della Banca nella prima difesa utile, ovvero la memoria n. 2 essendo stata la censura attorea dedotta per la prima volta con la memoria n. 1, di tal che non può certo ritenersi non contestata).

Infatti, nella fattispecie in esame alcuna intesa restrittiva della concorrenza è stata in concreto anche solo allegata da parte attrice e tanto basta per il rigetto della domanda, non potendo certo costituire il contenuto del singolo contratto di per sé l'intesa restrittiva della concorrenza, come invece sembra ritenere parte attrice (l'intesa restrittiva della concorrenza, infatti, avviene a livello di imprese teoricamente concorrenti, e non con il cliente finale, ma nel presente giudizio alcuna intesa restrittiva della concorrenza rilevante ai sensi della normativa antitrust è stata allegata da parte attrice).

Infine, va pure detto che nella fattispecie in esame non può essere ipotizzato alcun conflitto di interesse da parte della Banca, contrariamente a quanto (per la verità succintamente) sostenuto da parte attrice.

La Banca, infatti, sottoscrivendo lo swap, non ha in concreto intermediato alcuno strumento finanziario, ma si è resa diretta controparte contrattuale del cliente (circostanza ovviamente a lui perfettamente nota sicché non doveva certo essergli riferita), al quale dunque non ha trasferito la titolarità di alcuno strumento finanziario (ipotesi in cui avrebbe potuto essere ipotizzato un conflitto di interessi, nel caso in cui la Banca non avesse menzionato che lo strumento finanziario intermediato era stato da lei stessa emesso, oppure che era stato emesso da una sua partecipata oppure che traeva un profitto anche dalla società emittente ...).

La Banca, in altre parole, non ha intermediato (o in altre parole trasferito la proprietà o il possesso di) alcuno strumento finanziario (obbligazione, azione, quota di fondo comune ...) al cliente in potenziale conflitto di interessi, avendo al contrario sottoscritto con questi un contratto autonomo in cui assumeva il ruolo non già di intermediario (anche nell'ipotesi estrema di intermediario di strumenti finanziari da lei stessa emessi) ma di controparte contrattuale (e peraltro pure di un contratto di durata, alla stessa stregua di quanto accade ad esempio con la sottoscrizione di un contratto di mutuo), assumendo in proprio tutte le obbligazioni nascenti dal contratto di swap (ovvero il pagamento dei flussi finanziari), sicché l'eccezione dell'omessa indicazione dell'esistenza di un conflitto di interessi non può essere accolta, in quanto nella fattispecie in esame gli oneri informativi non potevano che essere limitati all'illustrazione dei meccanismi di funzionamento dello swap, dal momento che il ruolo di controparte contrattuale diretta della Banca era di per sé auto-evidente.

3) Nel merito il Tribunale osserva quanto segue.





Sentenza n. 185/2020 pubbl. il 14/01/2020  
RG n. 9734/2018

Parte attrice contesta in via principale la nullità del contratto di swap 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 presente nel contratto di leasing sottostante, mancata comunicazione dei tassi forward, del mark up, del mark to market e del cost of hedging, mancata ed adeguata informazione circa le alea rispettivamente assunte dalle parti: stante la stretta connessione fra le varie contestazioni, la trattazione sarà sostanzialmente unitaria.

In subordine parte attrice chiede inoltre di annullarsi per errore essenziale il contratto di swap ed in ulteriore subordine ne chiede la risoluzione per inadempimento della Banca.

Ciò posto, ritiene il giudicante fondata la domanda di nullità per i motivi di seguito espressi (con conseguente assorbimento delle domande di annullamento e risoluzione del contratto per inadempimento formulate in via subordinata).

Va peraltro premesso 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.

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





Sentenza n. 185/2020 pubbl. il 14/01/2020  
RG n. 9734/2018

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 fondata quella relativa all'assenza della causa in concreto per difetto di effettiva capacità di copertura del derivato, con conseguente assorbimento delle altre censure pure svolte *"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 dal consulente tecnico, tenuto conto che è stato affidato apposto incarico peritale a [redacted] il 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*



Sentenza n. 185/2020 pubbl. il 14/01/2020  
RG n. 9734/2018

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'esautività e 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 al leasing 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 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).

Alla luce di quanto precede deve affermarsi come lo swap oggetto di causa, contrariamente a quanto sostenuto da parte attrice, sia manifestamente collegato al leasing sottostante: per tutta la durata dello swap, infatti, il suo nozionale (pari a circa il 99% del nozionale del leasing) decresce in modo corrispondente alla decrescita dell'importo dovuto in forza del leasing.

Il differimento al primo febbraio 2012 dell'inizio dell'efficacia dello swap (stipulato nel marzo 2011), inoltre, è coerente con l'inizio del pagamento dei canoni di leasing fissato al 3 febbraio 2012.

Non rileva, dunque, che lo swap copra solamente un arco temporale limitato del leasing, perché l'elevata correlazione fra i due contratti non presuppone necessariamente che lo swap copra l'intera durata del contratto sottostante, ma che in relazione alla parte del contratto sottostante oggetto di copertura vi sia una correlazione in punto nozionale, scadenze e tassi: trattasi degli elementi rilevanti per ritenere sussistente la correlazione che nella fattispecie in esame sono da ritenere presenti, come accertato dal Ctu secondo cui "*fra il 3 Febbraio 2012 ed il 3 Aprile 2026: in questo arco temporale l'importo del capitale residuo del leasing è strettamente correlato con il nozionale del derivato*" (pag. 36).

In particolare, per quanto concerne la correlazione dei tassi scambiati, il Ctu ha riscontrato che "*per quanto riguarda il tasso per la parte (gamba) variabile del contratto derivato è correttamente allineato: infatti la società l'operazione di leasing paga lo spread del 2,00% più il tasso Euribor a 3 mesi che, come descritto nel contratto di leasing (Allegato n. 22) nella sezione delle condizioni particolari determina per il primo periodo di*



Sentenza n. 185/2020 pubbl. il 14/01/2020  
RG n. 9734/2018

*applicazione il tasso del 2,64% nominale. La banca invece, come previsto nel contratto derivato (Allegato n. 16), paga al cliente il tasso variabile Euribor 3 mesi. In entrambi i casi il tasso Euribor utilizzato nel conteggio è dato dalla media del mese in corso per quanto riguarda il leasing e del mese precedente per quanto riguarda il derivato, pertanto su tale scambio di flussi variabili non vi è perfetta simmetria", ma la predetta differenza non è ad avviso del Ctù concretamente rilevante ed il Tribunale condivide tale valutazione.*

Alla luce di quanto precede, di conseguenza, deve ritenersi sussistente il requisito dell'elevata correlazione fra swap e contratto sottostante.

Infatti, l'attrice con il leasing si era impegnata a corrispondere un tasso di interesse variabile pari ad uno spread aumentato dell'Euribor a tre mesi; con lo swap, invece, è stata la Banca odierna convenuta ad impegnarsi a pagare all'attrice un tasso, sullo stesso capitale via via decrescente (ovvero sul nozionale), pari all'Euribor a tre mesi.

In considerazione, dunque, di queste due pattuizioni speculari e contrarie il flusso complessivo degli interessi che l'attrice avrebbe dovuto riconoscere alla società di leasing in conseguenza del valore variabile dell'Euribor si sarebbe compensato con i flussi che la Banca avrebbe dovuto riconoscerle sempre sulla base delle periodiche variazioni dell'Euribor: in questo modo, dunque, il rischio connesso alla variabilità nel tempo del tasso di interesse collegato all'andamento dell'Euribor è stato completamente (e manifestamente) cancellato mediante la previsione di un tasso complessivo derivante dai due contratti fisso a carico del cliente.

In cambio, quindi, della sterilizzazione di qualsivoglia rischio connesso alla variazione dell'Euribor pattuito nel contratto di leasing, parte attrice si è impegnata a corrispondere alla Banca un interesse fisso predeterminato (in misura diversa rispetto a date predeterminate).

Dunque, in concreto può affermarsi che con la sottoscrizione dello swap oggetto di causa parte attrice in cambio della sterilizzazione del tasso variabile degli interessi dovuto in forza del leasing si è impegnata a corrispondere alla Banca un tasso fisso predeterminato.

Conseguentemente, qualora l'Euribor successivamente alla stipulazione del contratto di swap fosse sceso (come poi in effetti avvenuto), la società attrice avrebbe da un lato pagato di meno la società di leasing e contemporaneamente avrebbe dovuto corrispondere alla Banca delle somme maggiori (pari alla differenza fra il tasso fisso predeterminato ed il valore mutevole dell'Euribor), in modo tale da corrispondere fra leasing e swap esattamente il tasso di interesse fisso predeterminato con l'attuale convenuta.

Al contrario, qualora l'Euribor fosse salito, l'attrice avrebbe da un lato pagato un interesse maggiore alla società di leasing, versando tuttavia delle somme minori alla Banca in forza del contratto di swap, in modo tale da corrispondere anche in questo caso fra leasing e swap esattamente il tasso di interesse fisso predeterminato con l'attuale convenuta.





Sentenza n. 185/2020 pubbl. il 14/01/2020  
RG n. 9734/2018

In pratica, come già esposto, con lo swap oggetto di causa il tasso variabile del contratto di leasing è stato trasformato in un tasso fisso, come del resto chiaramente illustrato alla società attrice nel corso delle trattative contrattuali.

Nella documentazione contrattuale consegnata, infine, venivano specificati gli oneri a carico del cliente, i costi a copertura da sostenere, i margini a favore della Banca e le modalità di calcolo del prezzo teorico del contratto (ed infatti si può leggere: Costo di copertura (cost of hedging): -0,225% del capitale di riferimento, pari ad  $\dots$  Margine (mark-up): -1,800 % del capitale di riferimento, pari  $\dots$  Mark to Market alla stipula: -2,025% del capitale di riferimento  $\dots$  .oito minimo/Esborso massimo: -3,825% del capitale di riferimento, pari  $\dots$  ).

Alla luce di quanto precede, dunque, deve affermarsi in primo luogo che la funzione economico-sociale dello swap era sotto un primo profilo quella di coprire il rischio di variazione del tasso Euribor che parte attrice doveva corrispondere alla società di leasing: trattasi, in altre parole, della correlazione fra swap e contratto sottostante che rappresenta uno dei profili della causa in concreto di cui tanto discorre parte attrice e che nella fattispecie in esame deve ritenersi perfettamente conseguita stante le caratteristiche strutturali dello swap.

Infatti, (pag. 56 Ctu) *"i due prodotti finanziari sono correlati sia sotto il profilo temporale, sotto il profilo delle modalità di ammortamento del capitale finanziato e del valore nozionale ed infine sotto il profilo della struttura del tasso di riferimento delle due operazioni l'Euribor 3 mesi"*: sotto questa angolatura, pertanto, lo swap supera lo scrutinio di validità causale.

In secondo luogo va detto che i meccanismi di funzionamento dello swap erano stati adeguatamente comunicati dalla Banca, come del resto inequivocabilmente dimostrato dal tenore letterale del contratto e della documentazione allegata, sia sotto il profilo dello scopo perseguito, sia sotto il profilo delle modalità di funzionamento, sia sotto il profilo dell'esistenza di costi e margini di guadagno a favore della Banca.

Con particolare riferimento ai meccanismi di funzionamento, infatti, va osservato che le note esplicative precedenti la sottoscrizione dello swap illustrarono in modo inequivoco che grazie allo swap il cliente avrebbe corrisposto una rata finale sintetica (ovvero quella derivante dalla somma algebrica di quanto dovuto alla società di leasing e del risultato economico dello swap) pari al tasso fisso indicato nello stesso swap.

Venivano quindi illustrati con chiarezza i vantaggi dello swap (consentire al cliente di avere certezza dei flussi finanziari legati al contratto di leasing tramite il pagamento di un tasso aggregato indifferente all'andamento dell'Euribor) ed i possibili svantaggi (impossibilità di beneficiare del tutto di possibili riduzioni future dell'Euribor a fronte del pagamento di un tasso fisso predeterminato).

Tale corrispondenza formale fra i due contratti, tuttavia, 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.





Sentenza n. 185/2020 pubbl. il 14/01/2020  
RG n. 9734/2018

In pratica: una volta acclarato che lo swap realizzato dalla Banca, per come è stato strutturato, era astrattamente in grado di coprire il rischio di aumento dei tassi del contratto di leasing sottostante, deve ancora essere osservato se il suddetto rischio fosse effettivamente esistente oppure no: tale tema di indagine è stato quindi oggetto del secondo quesito peritale in forza del quale il Ctu era stato chiamati ad esprimersi *"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"*.

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 dell'interest rate swap 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<sup>a</sup>, 7 maggio 1998, n. 4612, in tema di Sale & lease back) Sez. 1<sup>a</sup>, 6 agosto 1997, n. 7266, in tema di patto di non concorrenza; Sez. 2<sup>a</sup>, 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*



Sentenza n. 185/2020 pubbl. il 14/01/2020  
RG n. 9734/2018

*crystallizzazione 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").

Ciò posto, va a questo punto premesso che il contratto di swap impegnata a corrispondere non era identico per tutta la durata del contratto derivato, ma cangiante nel tempo come segue:

- dal 2 Gennaio 2012 al 2 Gennaio 2015: 2,79%;
- dal 2 Gennaio 2015 al 2 Gennaio 2018: 3,75%;
- dal 2 Gennaio 2018 al 1 Aprile 2026: 4,95%.

Si tratta, quindi, di verificare con valutazione da effettuare rigorosamente *ex ante* (ovvero al momento della stipulazione dello swap nel marzo 2011 essendo invece irrilevante per la valutazione dell'esistenza del rischio il concreto andamento *ex post* del tasso Euribor a tre mesi nonché gli scenari al gennaio 2012, quanto lo swap ha iniziato a produrre i suoi effetti, contrariamente a quanto ritenuto in sentenza) e 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,



Sentenza n. 185/2020 pubbl. il 14/01/2020  
RG n. 9734/2018

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.

Al riguardo va premesso che la Banca non ha fornito nessuna indicazione circa le prospettive dei tassi (forward) nel periodo in cui il contratto derivato avrebbe esplicato i suoi effetti, non avendo prodotto in sede contrattuale gli scenari probabilistici su cui ha basato la struttura dello swap.

Il Ctu, quindi, coerentemente con il mandato ricevuto, ha fatto riferimento alle previsioni dei principali operatori del mercato, a partire dalla BCE, ed in particolare al bollettino da questa emesso nel febbraio 2011 (oltre che dalle previsioni di Bloomberg), essendo lo swap datato marzo 2011.

Secondo il Ctu, allora, *"gli indicatori che erano disponibili agli operatori economici e più in particolare il Bollettino della Bce (reperibile gratuitamente sul sito), la quotazione dell'Eurirs e i tassi forward calcolati sulla base del tasso Euribor a tre mesi prevedevano ed indicavano una crescita tendenziale e prospettica dei tassi di interesse ad un livello superiore a quelli previsti nel contratto di swap del 2,79% dal 2 Gennaio 2012 al 2 Gennaio 2015 e del 3,75% dal 2 Gennaio 2015 al 2 Gennaio 2018"*.

Prosegue ancora il Ctu rilevando che 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 loro flussi ed erano stati stipulati erano compresi fra lo 0,6% ed il 4,50%, mentre l'Eurirs per le varie scadenze temporali era compreso fra l'1,672% ed il 3,246% e i tassi forward calcolati sulla base del tasso Euribor a tre mesi erano compresi fra lo 2,306% ed il 4,098%.

Pertanto, i primi due tassi fissi previsti nello swap oggetto di causa (2,79% dal 2 Gennaio 2012 al 2 Gennaio 2015 e 3,75% dal 2 Gennaio 2015 al 2 Gennaio 2018) era(no) *"sostanzialmente corretto allo scopo di copertura che il contratto doveva avere, anche se posizionato nella parte alta degli intervalli sopra descritti. In sintesi, la banca ha chiesto al cliente il pagamento di un tasso fisso che era sostanzialmente in linea, pur se posizionato nella parte alta degli intervalli sopra descritti, con le previsioni di aumento dei tassi di mercato e quindi nel medio lungo periodo avrebbe ragionevolmente realizzato, anche se parzialmente, la copertura pianificata"* (pag. 41).

In altre parole, i primi due tassi contrattualizzati erano ragionevoli con le attese del mercato e quindi tali da potere garantire un certo grado di neutralizzazione delle oscillazioni del tasso variabile, per quanto, come rilevato dal Ctu, i due suddetti tassi fissi erano da collocarsi fra i valori più alti delle ragionevoli previsioni relative all'aumento dei tassi, il che implica che il cliente si sia assunto un rischio probabilistico maggiore di quello assunto dalla Banca.

A diverse conclusioni, invece, deve giungersi in relazione al terzo dei tassi fissi scambiat. infatti, per quanto riguarda l'ultimo periodo dal 2 Gennaio 2018 al 1 Aprile 2026 il tasso fisso del 4,95% era sensibilmente superiore alle previsioni del mercato.

Rileva il Ctu (pag. 41): *"un esempio serve a chiarire quanto sopra: poiché le previsioni di mercato indicavano la possibilità che si verificasse un tasso massimo del 4,302% nell'anno 2021 (Y10) ed il contratto derivato realizza la*





Sentenza n. 185/2020 pubbl. il 14/01/2020  
RG n. 9734/2018

*copertura al tasso del 4,95% pare evidente che tale contratto, almeno per il periodo dal 2 Gennaio 2018 al 1 Aprile 2026 non aveva una struttura dei tassi adeguata in quanto era costruito per coprire un evento assolutamente improbabile.*

*Pertanto per quanto riguarda il periodo analizzato che copre l'arco temporale dal 2 Gennaio 2018 al 1 Aprile 2026 è possibile affermare che il tasso contrattualizzato non era ragionevole con le attese del mercato determinando quindi un costo per il cliente maggiore a quello che avrebbe sostenuto senza la stipula del contratto derivato".*

Ed ancora (pag. 53): "a partire dal 1 Febbraio 2018 il tasso fisso che il cliente pagava alla banca, pari al 4,95%, era incompatibile con la previsione dell'andamento dei tassi di interesse" e per l'effetto "nessuna previsione di aumento dei tassi li collocava oltre il livello sopra detto determinando quindi per il cliente la certezza di subire addebiti", sicché "fino al 2 Gennaio 2018 la struttura del derivato sia in termini di rapporto con il rimborso del debito che di andamento dei tassi era tale da poter svolgere efficacemente la sua funzione di copertura, funzione venuta meno a partire da tale data" (pag. 56).

Tale valutazione del Ctu non è stata quindi di per sé oggetto di significativa contestazione da parte del Ctp della Banca.

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 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, dunque, implica l'assenza della causa del contratto (allo stesso modo un contratto di assicurazione avente ad oggetto un rischio inesistente è nullo).

Né può essere pronunciata una nullità parziale ex art. 1419 c.c., ovvero riferita al solo terzo tasso fisso corrisposto, come invece sembra sostenere la difesa attorea (compreso il Ctp).

Infatti, l'operazione di copertura oggetto di causa è stata concepita dalle parti come unitaria (per loro stessa ammissione), dalla durata di oltre 14 anni, ragion per cui non può essere suddivisa quanto alla sua validità sulla base dei vari periodi temporali.

Il suddetto assunto interpretativo, peraltro, pare essere condiviso anche dalla difesa della Banca (pag. 23 comparsa conclusionale) quando afferma che "non è corretto considerare il contratto per fasi temporali distinte, al fine di valutare l'andamento e l'equilibrio delle alee. Occorre sotto questo profilo valutare l'intero rapporto contrattuale e tenere in considerazione che il contratto, sulla base delle curve previsionali, presentava dei periodi di vantaggio per il cliente (aree verde) e dei periodi di vantaggio per la banca".

Il Ctp della convenuta, similmente, afferma che (pag. 62 Ctu) "non è corretto considerare il contratto per fasi temporali distinte, al fine di valutare l'andamento e l'equilibrio delle alee. Occorre sotto questo profilo valutare l'intero rapporto contrattuale e tenere in considerazione che il contratto, sulla base delle curve previsionali, presentava dei periodi di vantaggio per il cliente (aree verde) e dei periodi di vantaggio per la banca".





Sentenza n. 185/2020 pubbl. il 14/01/2020  
RG n. 9734/2018

Dovendosi, quindi, procedere ad una valutazione necessariamente unitaria del contratto ed in modo particolare del rischio oggetto della copertura da parte dello swap, non può che essere valutata la complessiva inidoneità dello swap medesimo rispetto al rischio tutelato.

Neppure è condivisibile l'altra affermazione del Ctp della Banca secondo cui (pag. 62 Ctu) *"la misura e la progressione dei tassi fissi prevista dal contratto risponde alla necessità di bilanciare la "sperequazione" a sfavore della Banca nei primi due periodi con la previsione di un tasso leggermente superiore nel terzo"*: nella fattispecie in esame, infatti, non vi è alcuna sperequazione a sfavore della Banca nei primi due periodi caratterizzati da un tasso più basso per il cliente, in quanto, come accertato dal Ctu con valutazione in alcun modo contestata, i primi due tassi fissi *coincideranno con le previsioni di mercato, intravvano sì nell'ambito delle ragionevoli previsioni del mercato, ma collocandosi ai valori più alti a danno del cliente!*

In altre parole, con i primi due tassi fissi il cliente si era impegnato a pagare dei tassi corrispondenti alle più elevate previsioni di aumento dei tassi esistenti al momento della stipulazione del derivato, mentre con il terzo tasso il cliente si era impegnato a corrispondere un tasso di importo talmente elevato da non essere oggetto di previsioni razionali da parte degli operatori di mercato, in tal modo andando a coprire un rischio in realtà considerato inesistente dagli operatori di mercato.

L'argomentazione difensiva del Ctp della Banca, in ogni caso, conferma la necessità di procedere ad una valutazione unitaria dei tassi fissi *che il cliente si era impegnata a corrispondere, in quanto nella prospettiva delle parti al momento della stipulazione del contratto (rilevante ex art. art. 1362 c.c.) i suddetti tassi concorrevano insieme alla formazione dell'oggetto del contratto essendo stati frutto di una valutazione unitaria (e non differenziata nel tempo) circa la complessiva convenienza dello swap, sicché unica deve essere la valutazione in punto validità.*

Ancora il Ctu, in replica ad ulteriori osservazioni del Ctp della convenuta, condivisibilmente afferma che *"le ragioni addotte dal consulente di parte non sono condivisibili soprattutto laddove egli afferma che il cliente può essere interessato a garantirsi tassi inferiori nei primi periodi di efficacia del contratto e maggiori nei periodi successivi.*

*Tale affermazione snatura la finalità del prodotto derivato, che è quella di calmierare, per quanto possibile, l'oscillazione del tasso di interesse pagato sul contratto principale. L'utilizzo di un tasso fisso palesemente al di sopra delle previsioni del mercato rende di fatto inutile tale strumento in quanto l'oscillazione prevista dei tassi passivi avrebbe generato costi del leasing inferiori a quelli del derivato.*

*Ad avviso dello scrivente, se la progressione dei tassi fissi prevista nel contratto risponde alla necessità di bilanciare la sperequazione a sfavore della banca nei primi periodi, questo bilanciamento non può essere realizzato facendo pagare al cliente un tasso fisso evidentemente maggiore delle previsioni del mercato"* (pag. 63).



Sentenza n. 185/2020 pubbl. il 14/01/2020  
RG n. 9734/2018

Va ancora aggiunto a sostegno della valutazione unitaria dello swap che i primi due tassi (quelli ragionevoli, per quanto collocati nella fascia alta delle previsioni) coprivano solamente 6 anni del derivato, mentre il terzo tasso (quello irragionevole) copriva più di otto anni di contratto, e come tale costituiva la parte preponderante del contratto, sia in termini di durata sia in termini di tasso fisso concordato.

I tre tassi, in effetti, a ben vedere costituiscono insieme l'oggetto del contratto, ovvero la prestazione che è impegnata ad eseguire, venendo dunque a costituire un'unica pattuizione, sicché essa o è interamente valida oppure è interamente invalida.

Peraltro, anche volendo considerare i tre tassi tre diverse clausole la conclusione non cambierebbe poiché "l'estensione della nullità di una clausola di un contratto ad altra del medesimo contratto si verifica, ai sensi dell'art. 1419 c.c. allorché le diverse disposizioni siano state convenute in vista di uno scopo unitario" (Cassazione civile sez. II, 25/03/1998, n. 3155), come manifestamente avvenuto nella fattispecie in esame alla luce dell'intento unitario perseguito da entrambe le parti (come dalle medesime ammesso).

Inoltre, tutti i costi a carico del cliente, ovvero il cost of hedging, il mark-up, il Mark to Market alla stipula ed il costo massimo di recesso erano stati sempre calcolati in modo unitario dalla Banca, e non certo in modo separato per periodi temporali.

Alla luce di quanto precede ritiene il giudicante che lo swap debba essere valutato in modo unitario (come del resto fatto dalle parti al momento della stipulazione del contratto) al fine di valutare la sussistenza o meno del rischio complessivamente oggetto della copertura, ragion per cui deve essere affermato che nella fattispecie in esame complessivamente lo swap non era in grado di offrire una copertura  il semplice ma dirimente motivo che il rischio di aumento del tasso Euribor era da ritenere sostanzialmente e complessivamente inesistente per la maggior parte 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

Va pure detto che a fronte di una nullità contrattuale per difetto di causa concreta non può essere opposta l'*exceptio doli generalis*, come invece prospettato dalla difesa della Banca.



Sentenza n. 185/2020 pubbl. il 14/01/2020  
RG n. 9734/2018

Far valere, infatti, la nullità del contratto per difetto di causa concreta non costituisce certamente un comportamento contrario a buona fede, specie se si considera il momento della stipulazione del contratto neppure era a conoscenza dell'inesistenza del rischio oggetto di copertura: in altre parole, l'eccezione di inefficacia di un contratto nullo e come tale improduttivo di effetti non può certo costituire un comportamento contrario a buona fede.

Similmente neppure l'eccezione di pagamento di un'obbligazione naturale ex art. 2034 c.c. può essere accolta, non avendo certo la società attrice fino ad ora corrisposto i flussi negativi sorti dallo swap spontaneamente ed in esecuzione di doveri morali o sociali, ma in quanto a lei imposto sulla base di un contratto nullo per difetto di causa (sicché il denaro da essa corrisposto non corrispondeva ad una prestazione effettivamente resa dalla controparte, la cui alea era nel complesso, infatti, sostanzialmente inesistente alla luce del terzo tasso fisso pattuito a carico del cliente, tale da elidere ogni possibile vantaggio derivante dai primi due tassi fissi pattuiti).

Infatti, in fattispecie analoghe è stato affermato che *"deve escludersi che sussistano i presupposti richiesti dall'art. 2034 c.c. per la soluti retentio invocata dalla banca e cioè la volontà e spontaneità del pagamento, nonché il dovere morale o sociale in adempimento del quale è effettuato il pagamento medesimo. Quanto ai requisiti della volontà e della spontaneità della solutio, nel contratto di c/c è la banca a tenere il conto, sicché tutte le annotazioni sono effettuate di sua esclusiva iniziativa e, quindi, i pagamenti non possono essere definiti "spontanei" nel senso richiesto dalla norma. In ordine poi al requisito del dovere morale o sociale, le circostanze non paiono affatto ricorrere nell'ambito dei rapporti tra banca e cliente"* (Tribunale Bari sez. IV, 09/06/2016, n. 3173).

In effetti, il contratto nullo per difetto di causa ha come conseguenza la ripetizione dell'indebitto ex art. 2033 c.c. (Cassazione penale, sez. II, 17/09/2010, n. 35352; Cassazione civile, sez. II, 18/11/1995, n. 11973), con conseguente pieno diritto alla ripetizione di quanto versato.

Infatti, *"il pagamento effettuato in esecuzione di una pattuizione contrattuale successivamente dichiarata nulla è ripetibile, perché non può qualificarsi come adempimento di un'obbligazione naturale in quanto non è possibile rinvenire il presupposto della spontaneità né quello dell'esecuzione di un dovere morale o sociale"* (Cassazione civile, sez. I, 27/06/2017, n. 15954; Tribunale Monza, 06/02/2006).

L'accoglimento della domanda principale di nullità del contratto di swap implica poi necessariamente l'assorbimento delle domande subordinate di annullamento per errore essenziale e risoluzione per inadempimento (e della correlata domanda di risarcimento del danno ex art. 1226 c.c.).

4) 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 adquirendi" - tanto nel caso di nullità, annullamento, risoluzione o rescissione di un contratto, quanto in quello di*





Sentenza n. 185/2020 pubbl. il 14/01/2020  
RG n. 9734/2018

*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.

Al riguardo va detto che parte attrice ha formulato in primo luogo una domanda risarcitoria così espressa: "attesa la mancata osservanza degli obblighi di informazione da parte della convenuta, dichiarare tenuto e condannare l'istituto al risarcimento del danno ai sensi dell'art. 1218 c.c. a favore della società er l'effetto - dichiarare tenuto e condannare l'istituto fondere alla società la somma complessiva con riserva di successiva quantificazione all'esito dei differenziali che andranno a maturare mensilmente dalla notifica del presente atto sino al giugno dell'anno 2026"; tale domanda, evidentemente, non è collegata ad un'ipotesi di declaratoria di nullità, ma ad una di risarcimento del danno e come tale è irrilevante in questa sede.

In secondo luogo parte attrice ha chiesto di "condannare nell'ipotesi in cui il Giudice non ritenesse il contratto nullo, ma risolto per inadempimento, alla restituzione della somma di euro con riserva di successiva quantificazione all'esito dei differenziali che andranno a maturare mensilmente dalla notifica del presente atto sino a giugno dell'anno 2026 oltre che al risarcimento dei danni ex art 1453-1710 e 1711 c.c., danni di cui si chiede la liquidazione in via equitativa ex art. 1226 c.c.".

La suddetta domanda consiste palesemente in una domanda di ripetizione dell'indebito, ma è stata espressamente limitat ila sola ipotesi di risoluzione del contratto.

Infine, parte attrice ha domandato di "condannare l'istituto di re a favore della società so d'interesse legale maturato sulle somme erogate dalla stessa alla banca a





Sentenza n. 185/2020 pubbl. il 14/01/2020  
RG n. 9734/2018

*titolo di differenziali negativi, commissioni implicite e interessi passivi, rispettivamente dal giorno della sottoscrizione del contratto swap in data 9 marzo 2011 sino alla data dell'effettiva restituzione dell'intera somma versata".*

Tale ultima domanda è quindi chiaramente ancillare ad una domanda di ripetizione d'indebito non altrimenti precisata dalla difesa (... annullamento, risoluzione ...).

Come, dunque, correttamente affermato dalla difesa della Banca, non pare aver parte attrice formulato una espressa domanda di ripetizione dell'indebito in caso di nullità o annullamento dello swap, ma solamente in caso di risoluzione del contratto.

Va quindi valutato se tale quadro processuale impedisca in questa sede la condanna alla ripetizione dell'indebito a pena di violazione dell'art. 112 c.p.c.

Al riguardo va detto che la Suprema Corte in casi analoghi (da ultimo Cassazione civile sez. II, 15/01/2018, n. 715, che ha trattato esattamente una vicenda in cui la domanda ex art. 2033 c.c. era stata ricollegata, per volontà della stessa parte, alla sola ipotesi di accoglimento della domanda di risoluzione del contratto) ha affermato "la regola secondo cui (cfr. Cass. n. 9052/2010) qualora venga acclarata la mancanza di una "causa adquirendi" - 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 (conf. Cass. 14013/2017). Così individuata la causa petendi della domanda de qua, in quanto ricollegata a qualsiasi ipotesi in cui venga meno il vincolo contrattuale originariamente esistente (o reputato essere tale, come nel caso di nullità), deve escludersi che ricollegare gli effetti restitutori alla nullità al posto della risoluzione equivalga ad una mutatio libelli, potendosi al più configurare una ipotesi di emendatio libelli, che nelle cause di vecchio rito, quale quella in esame, sfugge al divieto dei nova in appello, potendosi nei procedimenti pendenti in data anteriore all'entrata in vigore della legge n. 353/1990 liberamente procedere all'emendatio libelli in secondo grado (cfr. Cass. n. 17692/2009)".

Non solo (sul punto anche Cass. n. 2956/2011), "poiché l'azione accordata dalla legge per ottenere la restituzione di quanto prestato in esecuzione del contratto stesso è quella di ripetizione di indebito oggettivo, anche ove sia proposta una domanda di risoluzione del contratto per inadempimento e il giudice rilevi, d'ufficio, la nullità del medesimo, l'accoglimento della richiesta restitutoria conseguente alla declaratoria di nullità non viola il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato".

Non costituisce pertanto un vizio di extra petizione "l'attribuzione all'attore della somma che lo stesso aveva chiesto in restituzione in conseguenza non già dell'accoglimento della sua domanda di risoluzione, ma dell'accertata nullità del contratto".

Infatti, il vizio di extra petizione non sussiste allorché la pronuncia corrisponda nel suo risultato finale alla richiesta sostanziale attorea, sebbene risulti fondata su argomentazioni giuridiche diverse da quelle



Sentenza n. 185/2020 pubbl. il 14/01/2020  
RG n. 9734/2018

prospettate dalle parti, posto che *"la tutela accordata è invero sempre la stessa, anche se le patologie genetiche e funzionali che hanno vulnerato il sinallagma, rendendone necessaria l'attivazione, possono essere diverse .... Inoltre, diversamente opinando, rilevata d'ufficio la nullità di un contratto del quale sia stata chiesta la risoluzione per inadempimento, non potrebbero accogliersi le richieste restitutorie avanzate dall'attore, ma dovrebbe procrastinarsene la soddisfazione all'esito dell'esperimento di una nuova e ulteriore azione di ripetizione, in contrasto, oltretutto, con i principi di economia processuale e di ragionevole durata del processo, ormai presidiati dall'art. 111 Cost."*

Conclusivamente, se *"non costituisce violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato l'accoglimento della domanda restitutoria anche nel caso in cui l'unica domanda proposta dalla parte sia quella di risoluzione, ed il giudice sia pervenuto al suo rigetto rilevando in maniera ufficiosa la nullità del contratto, a maggior ragione non si configura una violazione dell'art. 112 c.p.c., come invece opinato nella sentenza impugnata, nel caso in cui la parte abbia richiesto anche l'accertamento della nullità, non apparendo il richiamo ad una specifica patologia del contratto idoneo a vincolare l'adozione delle condanne restitutorie al riscontro della patologia medesima, prevalendo in ogni caso il dato oggettivo della carenza originaria o sopravvenuta del vincolo contrattuale cui erano correlate le prestazioni di cui si chiede la ripetizione"*.

Alla luce di quanto precede la domanda di ripetizione formulata da parte attrice deve essere accolta, per quanto fondata sulla declaratoria di nullità e non di risoluzione del contratto.

Quanto all'effettivo pagamento delle somme via via addebitate dalla Banca sul conto corrente (circostanza contestata dalla difesa della convenuta, la quale distingue – correttamente – fra mero addebito sul conto ed effettivo pagamento) soccorre la documentazione prodotta da parte attrice, ed in modo particolare i doc. nn. 19 e 20 da cui può trarsi la prova dell'effettivo pagamento delle rate maturate al 03.12.2018.

Come può evincersi dalla lettura dei suddetti documenti, infatti, i pagamenti al 03.12.2018 sono stati effettuati sul conto corrente tivo e capiente al momento dell'addebito da parte della convenuta: ne deriva che in conseguenza dell'addebito si è verificato un effettivo spostamento patrimoniale a favore della Banca (trattasi, in altre parole, di rimesse solutorie e non ripristinatoria).

Posto, poi, che tutti i pagamenti o avvenuti sullo stesso conto corrente, logicamente e necessariamente anche gli addebiti precedenti sono stati pagati con rimessa solutoria dalla società attrice, posto che altrimenti al dicembre 2018 il conto corrente avrebbe dovuto avere saldo negativo.

Secondo, quindi, il Ctu (pag. 50), il costo complessivo per il cliente dell'operazione finanziaria sino al 02.05.2019 (data di redazione della perizia) è stato pari alla somma complessiva r comprensiva dei costi impliciti indicati nel contratto r



Sentenza n. 185/2020 pubbl. il 14/01/2020  
RG n. 9734/2018

I costi impliciti, tuttavia, non corrispondono ad effettivi esborsi a carico del cliente, essendo essi piuttosto determinati dalla differenza tra i tassi di mercato e quello applicato dalla banca, e quindi non possono essere imputati al cliente per sé essere disposti in restituzione in quanto non effettivamente corrisposti dal cliente.

L'obbligo di restituzione, pertanto, riguarda solamente i differenziali effettivamente pagati dal cliente, ovvero

Come detto, peraltro, vi è la prova del pagamento dei flussi solamente fino a dicembre 2018 non avendo parte attrice prodotto gli estratti successivi (peraltro maturati in corso di causa successivamente alla scadenza dei termini per il deposito delle memorie istruttorie), sicché non vi è la prova dell'effettivo pagamento delle somme addebitate sino a maggio 2019, quantificate dal Ctù. Pertanto, la somma da restituire deve essere sottratta all'importo complessivo valutato al 31/12/2018.

Parte convenuta, dunque, deve essere condannata a restituire la somma di Euro 1.200.000,00 maturata sino a dicembre 2018, con correlata declaratoria di non debenza di alcuna altra somma successivamente maturata in forza del contratto di swap a carico del cliente.

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 (infatti, la diminuzione degli interessi corrisposti per il contratto di leasing sottostante ha la sua fonte nello stesso contratto di leasing e non nello swap).

Va ancora aggiunto che la richiesta della Banca di applicazione dell'art. 1227 c.c. non può essere accolta, in quanto norma dettata in materia di risarcimento del danno e non di ripetizione dell'indebito.

Parte attrice chiede inoltre il pagamento del tasso d'interesse legale maturato sulle somme da lei corrisposte alla Banca a titolo di differenziali negativi, commissioni implicite ed interessi passivi, rispettivamente dal giorno della sottoscrizione del contratto swap in data 9 marzo 2011 sino alla data dell'effettiva restituzione dell'intera somma versata.

Al riguardo il Tribunale rileva che, come sopra detto, i costi impliciti non implicano il pagamento di somme di denaro (influenando sull'ammontare dei differenziali) e quindi non possono generare interessi di sorta, mentre circa gli interessi passivi manca del tutto la prova della loro corresponsione da parte del cliente, sicché la domanda non può essere accolta in relazione a tali voci.





Sentenza n. 185/2020 pubbl. il 14/01/2020  
RG n. 9734/2018

Può essere invece accolta in relazione al pagamento dei differenziali derivanti dallo swap essendo i pagamenti stati documentati d'

Quanto alla decorrenza degli interessi (che parte attrice sembra domandare con decorrenza dalla data dei singoli pagamenti), 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 mala fede 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 mala fede 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 costituzione in mora è avvenuta con la lettera pec del 15.02.2018 (doc. n. 12 di parte attrice) sicché in relazione ai pagamenti avvenuti in data precedente (avendosi come punto di riferimento la data dell'addebito in conto corrente) gli interessi decorreranno dal 15.02.2018 mentre in



Sentenza n. 185/2020 pubbl. il 14/01/2020  
RG n. 9734/2018

relazione ai pagamenti avvenuti in data successiva gli interessi decorreranno dalla data del singolo addebito in conto corrente.

Avendo parte attrice domandato il pagamento degli interessi legali, il saggio è determinato dall'art. 1284 c.c., sicché con decorrenza dalla data della domanda il saggio deve essere determinato ai sensi del quarto comma dell'art. 1284 c.c.

Va ancora aggiunto che il "risparmio" maturato 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 (che pure è stato stipulato in data ampiamente successiva, non sussistendo pertanto un collegamento negoziale fra i due negozi al momento della stipulazione del leasing); 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.

5) Deve invece essere rigettata la domanda attorea di condanna ex art. 1218 c.c. in quanto totalmente assorbita dall'accoglimento della domanda di ripetizione (le due domande, infatti, hanno ad oggetto lo stesso *petitum*, ovvero i differenziali, anche se muta la *causa petendi*) nonché la domanda di condanna generica ex art. 2043 c.c. al risarcimento del danno formulate a nonch  la domanda di risarcimento dei danni ex artt. 1453-1710 e 1711 c.c.; tali ultime domande, in alcun modo sviluppate da parte attrice nel corpo degli atti essendo presenti solamente nelle conclusioni rassegnate, infatti, sono prive di qualsivoglia allegazione degli elementi costitutivi di siffatte tipologie di danno (evidentemente ulteriori rispetto alla mera ripetizione delle somme versate in esecuzione dello swap che questa decisione ha ritenuto nullo per difetto di causa) e come tali non possono essere accolte.

6) Le spese del presente giudizio, cos  come liquidate in dispositivo in ex Dm n. 55/2014 in relazione al valore della causa e dell'attivit  svolta, seguono la complessiva soccombenza di parte convenuta ex art. 91 c.p.c., venendo quindi liquidate in misura pari ai ( ), come da notula presentata.

Tuttavia, in conseguenza del rigetto delle domande risarcitorie, delle domande tutte afferenti il contratto normativo nonch  della domanda di nullit  fondata sulla violazione antitrust, ritiene il Tribunale che le spese debbano essere compensate nella misura di 1/8.

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



Sentenza n. 185/2020 pubbl. il 14/01/2020  
RG n. 9734/2018

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).

Secondo, infine, l'art. 4 bis del D.Lgs. n. 28/2010 sulla mediazione obbligatoria *"Il giudice condanna la parte costituita che, nei casi previsti dall'articolo 5, non ha partecipato al procedimento senza giustificato motivo, al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di una somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto per il giudizio"*, ragion per cui la Banca convenuta deve essere condannata al pagamento del contributo unificato, essendosi arbitrariamente rifiutata di partecipare al procedimento di mediazione (come emerso dalla documentazione prodotta da parte attrice, non potendosi considerare "giustificato" il motivo dedotto, ovvero la correttezza del proprio operato che, peraltro, all'esito di questo giudizio, non è stato immune da censure accolte), e peraltro la suddetta condanna prescinde dalla soccombenza o meno nel successivo giudizio avanti il Tribunale, essendo collegata al mero inadempimento all'onere di collaborazione previsto dalla normativa citata, senza alcun potere discrezionale per il Giudice (Trib. Palermo, ord. 29.07.2015), salva la prova del giustificato motivo.

Infatti, *"la parte che, senza addurre legittimo impedimento, non si sia presentata e non abbia partecipato alla procedura di mediazione per gli effetti di cui all'art. 8, comma 5, d.lg. n. 28/10 dimostra un marcato ed ingiustificato disinteresse per un componimento extra giudiziario in funzione deflattiva del contenzioso e, quand'anche risulti vittoriosa all'esito della lite, va comunque sanzionata con la condanna al rimborso di importo corrispondente al contributo unificato previsto per la causa a favore dell'entrata del Bilancio dello Stato"* (Tribunale Modena, 23/11/2012, n. 1789; Trib. Verona 16.02.2016).

Infine, va osservato che *"la sussistenza di un giustificato motivo per la mancata partecipazione al procedimento di mediazione costituisce elemento che esonera dall'applicazione della sanzione prevista dalla legge e deve essere conseguentemente provato da chi lo invoca: non avendo il conduttore neppure allegato alcuna giustificazione, il medesimo va condannato al versamento all'entrata del bilancio dello Stato della somma a cui ammonta il contributo unificato dovuto per il giudizio"* (Tribunale Roma, 05/07/2012, Trib. Firenze, ord., 03.06.2015), onere nel caso di specie non assolto nulla avendo parte convenuta allegato in merito.

Non ritiene, invece, il Tribunale sussistenti i presupposti per una condanna ex art. 96 c.p.c. della Banca: la complessità delle questioni giuridiche trattate unitamente alla reiezione di talune delle censure attoree (comprese tutte quelli riferite al contratto normativo), infatti, escludono la colpa grave o la malafede nella difesa in giudizio della convenuta.

**P.Q.M.**

Il Tribunale di Torino,





Sentenza n. 185/2020 pubbl. il 14/01/2020  
RG n. 9734/2018

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

**Rigetta** le domande tutte formulate da parte [redacted] al contratto normativo.

**Rigetta** la domanda di nullità del contratto swap per violazione della normativa antitrust.

**Dichiara** la nullità del contratto swap sottoscritto in data 9 marzo 2011 per difetto di causa in concreto.

**Condanna** [redacted] a restituire [redacted] la somma di [redacted] maturata sino a dicembre 2018 per le causali di cui in parte motiva, oltre interessi legali ex art. 1284 c.c. (compreso il quarto comma) con decorrenza dal 15.02.2018 con riferimento agli addebiti effettuati in data antecedente mentre in relazione agli addebiti avvenuti in data successiva gli interessi decorreranno dalla data del singolo addebito in conto corrente, il tutto sino al saldo effettivo.

**Dichiara** che [redacted] nulla deve ac [redacted] in relazione a qualsivoglia addebito maturato successivamente a dicembre 2018 in forza del contratto di swap oggetto di causa.

**Rigetta** la domanda di risarcimento del danno ex art. 1218 c.c., la domanda di condanna generica ex art. 2043 c.c. al risarcimento del danno nonché la domanda di risarcimento dei danni ex artt. 1453-1710 e 1711 c.c., domande tutte formulate da [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.

**Rigetta** la domanda di condanna ex art. 96 c.p.c. f

**Compensa** le spese di lite per 1/8 e **Condanna** [redacted] alla rifusione dei restanti 7/8 a favore di [redacted] spese che si liquidano per detta frazione [redacted] titolo di compenso ed ir [redacted] 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.

Visto l'art. 8 del D.lgs. n. 28/2010,

**Condanna** [redacted] a versare a favore dell'entrata del Bilancio dello Stato un importo pari al contributo unificato (scaglione fra € [redacted])

Così deciso in Torino il 27.12.2019.

Il Giudice

Luca Martinat



