

contenute nell'art. 30 T.U.F. e negli articoli 6 - 21 del d.lgs 58/98 e segnatamente per gli articoli 23- 24-26-27-28-29-31-37 del Reg. CONSOB, da considerarsi quali norme imperative.

In via preliminare di subordine:

dichiarare l'annullabilità del contratto normativo del 4 giugno 2012 nonché del contratto swap sottoscritto in data 6 luglio 2012, 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 24-26-27- 28-29-31-37 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 4 giugno 2012 nonché del contratto swap sottoscritto in data 6 luglio 2012, ai sensi e per gli effetti degli art. 1418 c.c. 1325 c.c. e per violazione delle norme contenute nell'art.21 del d.lgs 58/98 e segnatamente per gli articoli 24-26-27-28-29-31-37 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 !l risarcimento del danno ai sensi dell'art. 1218 c.c. a favore della società e 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 la somma complessiva di euro 113.845,16 con riserva di successiva quantificazione all'esito dei differenziali che andranno a maturare trimestralmente dalla notifica del presente atto sino ad agosto dell'anno 2022, 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 nell'ipotesi in cui il Giudice non ritenesse il contratto nullo, ma risolto per inadempimento, alla restituzione della somma di euro 113.845,16 alla società con riserva di successiva quantificazione all'esito dei differenziali che andranno a maturare trimestralmente dalla notifica del presente atto sino ad agosto dell'anno 2022 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 a corrispondere 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 6 luglio 2012 sino alla data dell'effettiva restituzione
dell'intera somma versata.
- Il tutto col favore degli onorari e delle spese di giudizio".

Per parte convenuta:

come sopra rappresentata e difesa, richiama integralmente le conclusioni rassegnate nella comparsa di costituzione e risposta integrate, occorrendo, con le istanze istruttorie formulate nelle memorie ex art. 183, comma 6, n. 2 e n. 3 c.p.c..
Con Vittoria di compensi, rimborso forfettario 15%, Iva e Cpa come per legge".

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto di citazione, ritualmente notificato, ha convenuto in giudizio
in persona del legale rappresentante pro tempore, esponendo:

- di aver sottoscritto con la Banca un contratto normativo (o quadro) in data 4 giugno 2012, cui è seguita la sottoscrizione di un contratto swap in data 6 luglio 2012;
- che la sottoscrizione del contratto normativo (così chiaramente in atto di citazione) nonché dello swap (così chiaramente a pag. 4 della memoria n. 1 e nel capo 7 di prova della memoria n. 2) erano state perfezionate presso la sede in assenza delle necessarie informazioni sul rischio del titolo acquistato e senza la previsione del diritto di recesso, con conseguente nullità ex art. 30 Tuf;
- la nullità del contratto per inosservanza degli obblighi imposti all'intermediario dal Tuf e più precisamente per essere la Banca venuta meno ai suoi doveri di diligenza, correttezza, trasparenza e informazione non avendo tra l'altro adeguatamente spiegato le caratteristiche tecniche e finanziarie dello swap;
- la nullità dello swap per difetto di causa in concreto rispetto alle esigenze finanziarie di
- che il contratto è annullabile per vizio del consenso (errore);

- che sussiste in via subordinata anche l'inadempimento della Banca, per l'inadeguatezza dello swap rispetto alle esigenze per la mancanza di informazioni (anche precontrattuali ex art. 1337 c.c.) e per mancata profilatura del cliente secondo la direttiva Mifid, con conseguente diritto al risarcimento del danno;
- che, pertanto, il contratto deve essere dichiarato nullo o annullato o risolto per inadempimento grave della convenuta, con conseguente restituzione delle somme fin qui versate e risarcimento del danno.

Si costituiva in giudizio con comparsa di costituzione e risposta, chiedendo la reiezione delle domande attoree.

In particolare la società convenuta esponeva:

- che aveva regolarmente sottoscritto il contratto per la prestazione di servizi di investimento, l'accordo normativo per l'operatività in strumenti finanziari derivati eseguiti fuori dai mercati regolamentati ed il questionario Mifid;
- che la clausola prevedente la facoltà di recesso era in realtà contenuta nell'art. 4 delle condizioni generali del contratto quadro;
- che era stata adeguatamente informata delle caratteristiche dello swap;
- che, inoltre, era impresa di grandi dimensioni (con ricavi consolidati di oltre 15 milioni di euro), ragion per cui era perfettamente in grado di comprendere la reale natura del contratto sottoscritto;
- che lo swap era collegato causalmente al contratto di leasing che l'attrice aveva contratto nel 2011, essendo finalizzato a coprire il rischio di oscillazione dei tassi;
- che, peraltro, lo swap aveva caratteristiche di funzionamento assai semplici (essendo un derivato destinabile anche alla clientela non professionale), ragion per cui era sicuramente perfettamente in grado di comprenderne il funzionamento.

La causa, quindi, non ammessa l'istruttoria richiesta dalle parti, giungeva infine a decisione.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1) In via preliminare deve essere esaminata l'eccezione di nullità dell'accordo normativo in strumenti derivati (così chiaramente in atto di citazione) nonché dello swap (così chiaramente a pag. 4 della memoria n. 1 e nel capo 7 di prova della memoria n. 2) per mancata previsione della facoltà di recesso

statuita dall'art. 30 del Tuf nel caso di contratto stipulato fuori dai locali di pertinenza dell'intermediario, in quanto eccezione potenzialmente risolutiva dell'intero giudizio.

Al riguardo va innanzi tutto premesso che l'avvenuta sottoscrizione dei suddetti negozi presso la sede di _____ deve ritenersi circostanza pacifica visto che la stessa Banca afferma la circostanza (pag. 3 memoria 2).

L'esame della questione sopra esposta appare di particolare importanza ai fini della decisione della presente controversia (principio della ragione più liquida) in quanto, intervenendo a risolvere un contrasto sorto presso le corti di merito e modificando l'orientamento prevalente di legittimità, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione avevano recentemente adottato un'interpretazione assai estensiva in ordine all'ambito di efficacia della suddetta normativa, statuendo che *"il diritto di recesso accordato all'investitore dal sesto comma dell'art. 30 del d. lg. n. 58 del 1998 e la previsione di nullità dei contratti in cui quel diritto non sia contemplato, contenuta nel successivo settimo comma, trovano applicazione non soltanto nel caso in cui la vendita fuori sede di strumenti finanziari da parte dell'intermediario sia intervenuta nell'ambito di un servizio di collocamento prestatato dall'intermediario medesimo in favore dell'emittente o dell'offerente di tali strumenti, ma anche quando la medesima vendita fuori sede abbia avuto luogo in esecuzione di un servizio d'investimento diverso, ove ricorra la stessa esigenza di tutela (fattispecie relativa all'azione avviata da un investitore che aveva citato in giudizio l'intermediario attraverso cui aveva acquistato delle obbligazioni emesse da una società poi fallita)"*: Cassazione civile, sez. un., 03/06/2013, n. 13905.

In altre parole, con la suddetta sentenza la nozione di *"contratti di collocamento"*, cui l'art. 30 del Tuf si riferisce ed ai quali quindi si applica la prescrizione concernente l'inserimento a pena di nullità della clausola di recesso in favore del cliente, non era più da intendersi come circoscritta ai contratti strettamente connessi e conseguenti alla prestazione del *"servizio di collocamento"* menzionato dall'art. 1, comma 5, lett. c) (ed ora anche lett. c bis), del Tuf (così invece Cass. n. 2065 del 2012 e n. 4564 del 2012), ma anche a qualsiasi operazione in virtù della quale l'intermediario offra in vendita a clienti non professionali strumenti finanziari al di fuori della propria sede, anche nell'espletamento di servizi d'investimento diversi, quali ad esempio quelli di negoziazione o di esecuzione di ordini enunciati all'art. 1, stesso comma 5, lett. a) e b) del Tuf.

Alla luce di tale arresto, per molti aspetti innovativo rispetto all'orientamento giurisprudenziale maggioritario in precedenza diffuso, l'art. 30 del Tuf avrebbe potuto in astratto essere applicato anche alla fattispecie in esame (che non rappresenta un servizio di collocamento in senso stretto ma un

servizio di investimento diverso, ove la Banca si pone come controparte diretta del cliente nella negoziazione dello strumento finanziario), dovendo darsi a detta disposizione un'interpretazione la più ampia possibile a tutela dell'investitore (che non deve necessariamente essere un consumatore, come infra meglio si dirà).

Tuttavia, il Legislatore era immediatamente intervenuto statuendo con l'art. 56-quater del DL n. 69/2013 come inserito dall'articolo 1, comma 1, della Legge 9 agosto 2013, n. 98, in sede di conversione, che *"all'articolo 30, comma 6, del testo unico di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, dopo il secondo periodo e' inserito il seguente: "Ferma restando l'applicazione della disciplina di cui al primo e al secondo periodo ai servizi di investimento di cui all'articolo 1, comma 5, lettere c), c-bis) e d), per i contratti sottoscritti a decorrere dal 1° settembre 2013 la medesima disciplina si applica anche ai servizi di investimento di cui all'articolo 1, comma 5, lettera a)"*.

Con tale intervento, dunque, secondo taluni interpreti, il Legislatore avrebbe ritenuto di sterilizzare in parte la portata innovativa della sentenza sopra citata con l'introduzione di una norma di interpretazione autentica, sembrando aver statuito – per quel che interessa in questa sede – che per la tipologia di servizi di investimento oggetto di questo procedimento (che non rientra nel concetto di servizio di collocamento in senso stretto) non vi era sino al primo settembre 2013 alcun obbligo di inserire nel contratto la facoltà di recesso nel caso di contratto stipulato fuori dai locali aziendali, atteso che il servizio di investimento nella specie contestato (come meglio emergerà anche da quanto segue) deve essere sussunto nella lettera a) del comma 5 dell'art. 1 (ricezione e trasmissione di ordini), fattispecie per la quale alcun obbligo sarebbe stato in precedenza (ovvero sino al primo settembre 2013) consapevolmente previsto dal Legislatore (a differenza delle altre ipotesi contemplate dall'intervento chiarificatore in esame).

L'idea che la norma fosse di interpretazione autentica, in effetti, fu suggerita dallo stesso legislatore che, seppure nel testo legislativo nulla di univoco disse in merito, nella relazione al progetto di legge si espresse chiaramente in tal senso: http://documenti.camera.it/leg17/dossier/Testi/D13069c.htm#_Toc363729735.

Sulla questione, quindi, è ulteriormente intervenuta la Corte di Cassazione (Sent. Sez. 3, n. 7776/2014), ribadendo la perdurante validità dell'orientamento giurisprudenziale espresso nel 2013 dalle Sezioni Unite sopra citato, malgrado la novella legislativa.

Con detto arresto, infatti, è stato testualmente statuito con lunga ed approfondita motivazione che *"la suddetta norma, infatti, non ha natura interpretativa*.

Depongono univocamente in tal senso l'interpretazione logica, quella finalistica e quella costituzionalmente orientata.

3.2. Dal punto di vista dell'interpretazione logica, va rilevato come il precetto contenuto nell'art. 56 quater d.l. 69/2013 affermi che il diritto di recesso si applica ai contratti di negoziazione titoli stipulati dopo il 1° 9.2013.

La norma non nega il contrario, e cioè che il diritto di recesso non si applichi ai contratti stipulati prima di tale data.

Ci troviamo dunque dinanzi ad una norma che afferma il precetto "A", ma non nega affatto il precetto "non-A".

Se il legislatore avesse davvero inteso escludere il diritto di recesso per i contratti stipulati prima di settembre 2013, non avrebbe dovuto stabilire che il diritto "A" si applica ai contratti stipulati dopo: avrebbe dovuto sancire che il diritto "A" non si applica ai contratti stipulati prima.

Sul piano della logica formale ne discende una importante conseguenza.

La regola ermeneutica classica dell'inclusio unius, exclusio alterius, trova applicazione quando la norma scelga tra due soluzioni possibili e tra loro alternative, cioè legate da un nesso di esclusione reciproca. Così, ad esempio, una norma che sancisse l'invalidità dei contratti stipulati dopo una certa data non consente dubbi sul fatto che quei contratti non possano essere efficaci.

Non è questo il nostro caso. Individuato il discrimine temporale del 1° 9.2013, la legge dichiara che ai contratti dopo tale data si applica il diritto di recesso: ma tale affermazione non è legata da un nesso di esclusione reciproca rispetto al suo contrario: e cioè che ai contratti stipulati prima di tale data il diritto di recesso non si applichi.

Nel nostro caso dunque delle quattro soluzioni teoricamente possibili del problema, e cioè: (a) il diritto di recesso si applica ai contratti stipulati prima di settembre, ma non a quelli dopo; (b) il diritto di recesso si applica ai contratti stipulati dopo settembre, ma non a quelli prima; (c) il diritto di recesso si applica ai contratti stipulati sia prima che dopo settembre; (d) il diritto di recesso non si applica né ai contratti stipulati prima di settembre, né a quelli stipulati dopo; la lettera della legge per come è stata concepita consente di escludere con certezza la prima e l'ultima, ma lascia impregiudicate le altre due.

3.3. Sul piano dell'interpretazione finalistica, la controricorrente dà per scontato che il legislatore sia intervenuto col d.l. 69/2013 per ristabilire una situazione di certezza, la quale sarebbe venuta meno in seguito all'intervento delle Sezioni Unite (così la memoria ex art. 378 c.p.c., pag. 12).

Questa lettura della nuova norma non ha alcuna solida base.

Il presupposto che legittima l'intervento del legislatore attraverso una norma di interpretazione autentica è la situazione di incertezza che il legislatore intende eliminare. Nel nostro ordinamento questa situazione di incertezza non solo non esisteva, ma anzi era stata esclusa proprio dall'intervento delle Sezioni Unite, cui l'art. 65 dell'Ordinamento giudiziario attribuisce il compito di rimuoverle, le incertezze, e non di crearle. Né, ovviamente, potrebbe spacciarsi per "incertezza del diritto" l'eventuale malumore ingenerato da una decisione della Corte di cassazione confliggente con (pur legittimi) interessi od aspettative privati. Dunque l'art. 56quater d.l. 69/2013 non può ritenersi una norma interpretativa perché dell'interpretazione autentica mancava il primo e principale presupposto, ovvero la possibilità di letture contrastanti.

Possibilità venuta meno proprio in seguito all'intervento delle Sezioni Unite più volte ricordato, alla luce del combinato disposto degli artt. 65 ord. giud. e 374 c.p.c.

.... L'art. 56 quater d.l. 69/2013, in secondo luogo, non può essere considerato una norma di interpretazione autentica in base all'interpretazione costituzionalmente orientata.

Se, infatti, la norma in esame si interpretasse nel senso propugnato dalla controricorrente, essa entrerebbe in conflitto con molteplici precetti di rango costituzionale.

In primo luogo, l'interpretazione qui contestata si porrebbe in conflitto con l'art. 47, comma 1, Cost., nella parte in cui introdurrebbe un regime di favore per gli istituti di credito i quali abbiano stipulato contratti di negoziazione titoli fuori sede prima del 1° 9.2013.

La suddetta distinzione inoltre, essendo rimasto immutato il resto della norma, sarebbe difficilmente compatibile col principio di uguaglianza di cui all'art. 3 cost., posto che non esiste alcuna circostanza idonea a giustificare una più solida tutela per i risparmiatori che abbiano stipulato i loro contratti dopo una certa data, rispetto a quelli che l'abbiano fatto prima.

In terzo luogo, l'interpretazione caldeggiata dalla potrebbe porre la norma in contrasto con gli artt. 101 e 104 cost., nella parte in cui finirebbe per vanificare con effetto retroattivo il dictum delle Sezioni Unite già più volte ricordato".

Alla luce dell'exkursus giurisprudenziale che precede, di conseguenza, alla fattispecie in esame risulta astrattamente applicabile l'orientamento interpretativo di cui alle Sez. un., 03/06/2013, n. 13905, le quali inoltre, in risposta ad altra obiezione della convenuta secondo cui la previsione della facoltà di recesso dovrebbe essere inclusa nel contratto relativo al servizio generale di investimento e non nei singoli contratti o ordini di acquisto, ebbe pure a precisare in senso contrario che "si intende, poi, che la disciplina del recesso di cui si sta parlando non può che riguardare i singoli rapporti negoziali in base ai quali, di volta in volta, l'investitore si trovi a sottoscrivere uno strumento finanziario offertogli

dall'intermediario fuori sede, e non la stipulazione del c.d. contratto-quadro, che di per sé non implica l'acquisto di strumenti finanziari ed è perciò sicuramente estranea alla nozione di "collocamento", sia pur latamente intesa", essendo poi – secondo la citata sentenza – del tutto irrilevante l'eventuale fluttuazione del valore del titolo nel periodo finestra attribuito a favore del recesso dell'investitore.

Tale orientamento è quindi stato di recente ancora ribadito, in quanto la Cassazione ha riaffermato che *"del resto, proprio questa è l'impostazione corretta, come hanno chiarito ormai le Sezioni unite (Cass., sez. un., 3 giugno 2013, n. 13905)", precisando altresì come "la disciplina del recesso di cui si sta parlando non può che riguardare i singoli rapporti negoziali in base ai quali, di volta in volta, l'investitore si trovi a sottoscrivere uno strumento finanziario offertogli dall'intermediario fuori sede, e non la stipulazione del cd. contratto-quadro, che di per sé non implica l'acquisto di strumenti finanziari ed è perciò sicuramente estranea alla nozione di collocamento, sia pur latamente intesa", e chiarendo definitivamente la necessità di "applicazione dello ius poenitendi agli specifici atti negoziali" (Cass. civ. Sez. I, Sent., 29/01/2016, n. 1751).*

La suddetta interpretazione, peraltro, è confermata dalla stessa modulistica della Banca consegnata a dal momento che l'art. 4 del contratto quadro espressamente statuiva che *"in caso di Offerta Fuori Sede, l'efficacia dei contratti di collocamento di Prodotti Finanziari o di gestione di portafogli nei confronti del Cliente al dettaglio è sospesa per la durata di sette giorni decorrenti dalla data di sottoscrizione da parte del Cliente. Entro detto termine, il Cliente può comunicare al recapito indicato dalla Banca il proprio recesso senza spese né corrispettivo. 3. Resta fermo che, a termini di legge, l'omessa indicazione della facoltà di recesso nei moduli o formulari, consegnati dal promotore finanziario per la sottoscrizione dei contratti indicati nel comma precedente, comporta la nullità dei medesimi".*

La convenuta, dunque, era perfettamente consapevole della necessità della previsione del diritto di recesso in ogni singolo negozio stipulato in attuazione del contratto quadro, non essendo bastevole la previsione contenuta nello stesso contratto quadro.

Né il doc. n. 14 prodotto da parte convenuta equivale ad una previsione del diritto di recesso conforme all'art. 30 del Tuf.

Tale documento, infatti, quand'anche fosse contestuale alla sottoscrizione dell'accordo normativo e dello swap (pur non essendovi prova certa di ciò, essendoci anzi la prova contraria dal momento che il documento risulta datato 21 maggio 2010, ovvero oltre 2 anni prima della stipulazione dei negozi oggetto di questo giudizio), da un lato non è collegabile ad alcun contratto specifico (ed in particolare allo swap oggetto di causa) e dall'altro lato, con considerazione assorbente, non istituisce in realtà

alcuna facoltà di recesso, limitandosi a prevedere in via generale l'indirizzo cui il cliente deve comunicare il recesso da lui esercitato, non essendovi dunque alcuna indicazione in ordine alle tempistiche (7 giorni, con annessa sospensione dell'efficacia del negozio) ed alle ipotesi (contratto stipulato fuori dai locali commerciali) in cui può essere esercitato il diritto di recesso.

Trattasi, dunque, di un documento generico, redatto oltre 2 anni prima l'accordo normativo e lo swap nonché meramente indicativo dell'indirizzo cui comunicare il recesso, ragion per cui non può essere ritenuto equipollente all'obbligo di previsione del diritto suddetto in ogni singolo ordine o contratto stipulato fuori sede.

Né può ritenersi un cliente professionale, nel qual caso la normativa sul recesso non sarebbe applicabile (secondo l'art. 30, comma 2, lett. a del Tuf, in effetti "non costituisce offerta fuori sede: a) l'offerta effettuata nei confronti di clienti professionali, come individuati ai sensi dell'articolo 6, commi 2-quinquies e 2-sexies").

Al riguardo va infatti premesso che la norma in esame non tutela il mero consumatore inteso quale persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività professionale eventualmente svolta (come sembrerebbe ritenere la difesa della Banca), ma anche i piccoli imprenditori e financo le società di piccole e medie dimensioni (come infra si dirà), sicché la questione merita un esame più approfondito.

Il citato art. 6, comma 2 quinquies del Tuf (il comma 2 sexies non rileva in questa sede essendo applicabile ai soggetti pubblici) prevede dunque che "*la Consob, sentita la Banca d'Italia, individua con regolamento i clienti professionali privati nonché i criteri di identificazione dei soggetti privati che su richiesta possono essere trattati come clienti professionali e la relativa procedura di richiesta*".

La Consob, quindi, con il Regolamento n. 16190 (ed in particolare nell'allegato 3) ha disposto che determinati soggetti devono essere automaticamente considerato clienti professionali.

Infatti il suddetto allegato ha stabilito, per quanto interessa in questa sede; che "*un cliente professionale è un cliente che possiede l'esperienza, le conoscenze e la competenza necessarie per prendere consapevolmente le proprie decisioni in materia di investimenti e per valutare correttamente i rischi che assume*".

1. Clienti professionali di diritto

Si intendono clienti professionali per tutti i servizi e gli strumenti di investimento:

i soggetti che sono tenuti ad essere autorizzati o regolamentati per operare nei mercati finanziari, siano essi italiani o esteri quali:

a) banche;

- b) imprese di investimento;
- c) altri istituti finanziari autorizzati o regolamentati;
- d) imprese di assicurazione;
- e) organismi di investimento collettivo e società di gestione di tali organismi;
- f) fondi pensione e società di gestione di tali fondi;
- g) i negozianti per conto proprio di merci e strumenti derivati su merci;
- h) soggetti che svolgono esclusivamente la negoziazione per conto proprio su mercati di strumenti finanziari e che aderiscono indirettamente al servizio di liquidazione, nonché al sistema di compensazione e garanzia (locals);
- i) altri investitori istituzionali;
- l) agenti di cambio;

(2) le imprese di grandi dimensioni che presentano a livello di singola società, almeno due dei seguenti requisiti dimensionali:

- totale di bilancio: 20 000 000 EUR,

- fatturato netto: 40 000 000 EUR,

- fondi propri: 2 000 000 EUR”.

Ebbene, nel caso di specie la Banca (che ne era onerata) non ha in alcun modo provato (o anche solo allegato) che avesse le caratteristiche dimensionali per poter essere considerata un cliente professionale, ed anzi ha pure dichiarato l'esistenza di ricavi consolidati da parte dell'attrice di 15 milioni di euro, importo ampiamente inferiore alle somme sopra indicate (senza dimenticare il fatto che i requisiti dimensionali devono essere valutati per ogni singola società e non a livello consolidato di gruppo).

quindi, neppure chiaramente possiede gli altri requisiti indicati (essere banca, agente di cambio ...), senza dimenticare in ogni caso il fatto che “quando il cliente è un'impresa come definita in precedenza, l'intermediario deve informarla, prima di qualunque prestazione di servizi, che, sulla base delle informazioni di cui dispone, essa viene considerata di diritto un cliente professionale e verrà trattata come tale a meno che l'intermediario e il cliente convengano diversamente”, oneri in ogni caso non assolti dalla Banca.

L'attrice, quindi, neppure può essere considerata un cliente professionale su richiesta (secondo l'allegato 3, infatti, “gli intermediari possono trattare i clienti diversi da quelli inclusi alla sezione I, che ne facciano espressa richiesta, come clienti professionali, purché siano rispettati i criteri e le procedure

menzionati di seguito”) per il semplice motivo che non ha mai effettuato una tale richiesta, nelle forme prescritte dall'allegato (secondo cui “Procedura: I clienti definiti in precedenza possono rinunciare alle protezioni previste dalle norme di comportamento solo una volta espletata la procedura seguente:

- i clienti devono comunicare per iscritto all'intermediario che desiderano essere trattati come clienti professionali, a titolo generale o rispetto ad un particolare servizio od operazione di investimento o tipo di operazione o di prodotto;
- l'intermediario deve avvertire i clienti, in una comunicazione scritta e chiara, di quali sono le protezioni e i diritti di indennizzo che potrebbero perdere;
- i clienti devono dichiarare per iscritto, in un documento separato dal contratto, di essere a conoscenza delle conseguenze derivanti dalla perdita di tali protezioni.

Prima di decidere di accettare richieste di rinuncia a protezione, devono essere adottate tutte le misure ragionevoli per accertarsi che il cliente che chiede di essere considerato cliente professionale soddisfi i requisiti indicati nella sezione II al punto 1”.

Nel caso di specie, inoltre, non solo [] non aveva fatto richiesta di essere considerata quale un cliente professionale, ma pure nel questionario Mifid (doc. n. 5 parte convenuta) aveva dichiarato di non avere conoscenza dei prodotti finanziari complessi, e di non avere personale con competenze specifiche in prodotti finanziari.

[] dunque, non può essere considerata un cliente professionale, dovendo al contrario essere qualificata come un cliente privato (e lo stesso vale per i legali rappresentanti della società attrice in considerazione delle loro qualifiche professionali), con conseguente obbligo della previsione del diritto di recesso.

Se a ciò si aggiunge che la sollecitazione alla sottoscrizione dello swap è giunta dalla Banca (la circostanza, infatti, è stata allegata in atto di citazione e mai è stata contestata dalla convenuta, la quale si è limitata a contro dedurre che molti furono gli incontri e che le caratteristiche del contratto vennero adeguatamente illustrate a [] sicché non può essere imputata alla società attrice (né d'altra parte è stata contestata l'allegazione per cui [] ed il suo legale rappresentate mai avevano effettuato in precedenza operazioni in strumenti derivati o speculative), allora ritiene il Tribunale che, al di là del dato letterale dell'art. 30 del Tuf (che non prevede differenziazioni per la tutela ivi prevista a seconda del soggetto – banca o cliente – che ha sollecitato l'investimento), sussista proprio quell'esigenza di tutela del cliente alla base della pronuncia più volte citata di Cassazione civile, sez. un., 03/06/2013, n. 13905.

L'attrice, dunque, era titolare di tutte le tutele che spettano ad un investitore al dettaglio, fra cui la necessità della previsione del diritto di recesso qualora il contratto fosse stato stipulato fuori dai locali commerciali, come pacificamente avvenuto nella fattispecie in esame.

Che poi la collocazione/stipulazione di uno swap rientri nel concetto di strumento finanziario al fine della previsione del diritto di recesso ex art. 30 Tuf risulta testualmente dallo stesso Tuf, allorché nell'epigrafe definisce (art. 1, comma 2) gli strumenti finanziari anche i "contratti di opzione, contratti finanziari a termine standardizzati («future»), «swap», accordi per scambi futuri di tassi di interesse e altri contratti derivati connessi a valori mobiliari, valute, tassi di interesse o rendimenti, o ad altri strumenti derivati, indici finanziari o misure finanziarie che possono essere regolati con consegna fisica del sottostante o attraverso il pagamento di differenziali in contanti".

Ne deriva, pertanto, che la sottoscrizione di uno swap (per di più in contropartita diretta da parte della Banca, anche se la circostanza non è dirimente) costituisce la negoziazione di uno strumento finanziario ai sensi del Tuf, con conseguente applicazione dell'art. 30 Tuf in tema di recesso (e peraltro il predetto art. 30, comma 9 dispone in via di chiusura che "il presente articolo si applica anche ai prodotti finanziari diversi dagli strumenti finanziari").

Né in senso contrario a quanto precede può valere la sentenza n. 316/2016 redatta dallo scrivente e citata dalla difesa della Banca: trattasi, infatti, di pronuncia emessa in fattispecie assai diversa, ove il cliente della Banca doveva essere considerato cliente professionale (e non privato), cliente che per di più aveva dichiarato di aver la competenza ed esperienza richieste in materia di operazioni in valori mobiliari, senza dimenticare che nella suddetta ipotesi il contratto non si era perfezionato al di fuori dei locali commerciali (ragion per cui non era per ciò solo applicabile la normativa sul diritto di recesso).

Alla luce, dunque, di quanto precede, ritiene il Tribunale documentata l'insussistenza dell'informazione relativa al diritto di recesso, il che implica la nullità (che può essere eccepita solo dal cliente, oltre ad essere rilevabile d'ufficio) del contratto normativo del 4 giugno 2012 nonché del contratto swap sottoscritto in data 6 luglio 2012 per violazione delle norme contenute nell'art. 30 Tuf, con assorbimento quindi delle altre domande formulate da parte attrice, sia in via preliminare (in applicazione del principio della ragione più liquida) sia in via subordinata (in quanto assorbite).

2) Alla nullità del contratto, quindi, conseguono le restituzioni di legge secondo le norme dettate per la ripetizione dell'indebitato.

Sulla somma oggetto di restituzione, pertanto, in applicazione delle norme sulla ripetizione dell'indebito (secondo cui *"nell'ipotesi di nullità di un contratto, la disciplina degli eventuali obblighi restitutori è mutuata da quella dell'indebito oggettivo, con la conseguenza che qualora l'accipiens sia in mala fede nel momento in cui percepisce la somma da restituire è tenuto al pagamento degli interessi dal giorno in cui l'ha ricevuta"*: (Cassazione civile, sez. I, 08/04/2009, n. 8564), parte convenuta deve essere condannata al pagamento degli interessi di mora al saggio legale.

Circa quindi la decorrenza dei predetti interessi, va evidenziato che *"in tema di indebito oggettivo, la buona fede dell'accipiens al momento del pagamento è presunta per principio generale, sicché grava sul solvens che faccia richiesta di ripetizione dell'indebito, al fine del riconoscimento degli interessi con decorrenza dal giorno del pagamento stesso e non dalla data della domanda, l'onere di dimostrare la malafede dell'accipiens all'atto della ricezione della somma non dovuta"* (Cassazione civile, sez. lav., 08/05/2013, n. 10815).

Nella fattispecie in esame, dunque, ritiene il giudice che parte attrice nulla abbia provato o anche solo allegato in ordine alla malafede della controparte, malafede non desumibile in effetti ad avviso del giudice dalla mera redazione di un contratto nullo, 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).

Peraltro, con considerazione assorbente va detto che la stessa incertezza in giurisprudenza che ha preceduto la pronuncia delle Sezioni Unite nel 2013 rende inconfigurabile la malafede da parte della Banca.

Circa, quindi, il *quantum* va detto che parte attrice ha aggiornato in comparsa conclusionale le somme corrisposte a favore della Banca in esecuzione del contratto di swap dichiarato nullo da questa sentenza nella somma di € 142.948,47, valore attualizzato al primo settembre 2016 (mentre già con il doc. n. 11 allegato alla memoria n. aveva aggiornato al 04.01.2016 i pagamenti effettuati), cifra documentata da un estratto bancario allegato alla conclusionale.

Non avendo, quindi, parte convenuta contestato l'aggiornamento dei pagamenti effettuati in corso di causa come dichiarati e documentati dall'attrice (che sin dall'atto di citazione si era riservata di aggiornare i dati contabili in corso di causa man mano che maturavano gli addebiti), la Banca deve essere condannata al pagamento della predetta somma, oltre interessi legali dalla data della domanda al saldo effettivo per quanto concerne i pagamenti anteriori alla domanda, e dai singoli pagamenti al saldo effettivo per quanto concerne i pagamenti successivi alla domanda.

Alcun risarcimento del danno, invece, può essere disposto a favore di parte attrice, neppure in via equitativa, non avendo essa neppure allegato i fatti costitutivi alla base della domanda risarcitoria (che è stata formulata anche in caso di accoglimento della domanda di nullità, e non solo in caso di accoglimento della domanda di risoluzione).

Infatti, "l'esercizio del potere discrezionale di liquidare il danno in via equitativa, conferito al giudice dagli artt. 1226 e 2056 cod. civ., espressione del più generale potere di cui all'art. 115 cod. proc. civ., dà luogo non già ad un giudizio di equità, ma ad un giudizio di diritto caratterizzato dalla cosiddetta equità giudiziale correttiva od integrativa, che, pertanto, da un lato è subordinato alla condizione che risulti obiettivamente impossibile, o particolarmente difficile per la parte interessata, provare il danno nel suo preciso ammontare, dall'altro non ricomprende anche l'accertamento del pregiudizio della cui liquidazione si tratta, presupponendo già assolto l'onere della parte di dimostrare la sussistenza e l'entità materiale del danno, nè esonera la parte stessa dal fornire gli elementi probatori e i dati di fatto dei quali possa ragionevolmente disporre, affinché l'apprezzamento equitativo sia per quanto possibile, ricondotto alla sua funzione di colmare solo le lacune insuperabili nell'iter della determinazione dell'equivalente pecuniario del danno" (Cass. civ., Sez. II, 07/06/2007, n. 13288), principio perfettamente applicabile nella fattispecie in esame stante il difetto di allegazione da parte

Va da sé, peraltro, che successivamente a questa sentenza alcun pagamento può essere ritenuto dovuto, sicché qualora comunque effettuato esso sarà soggetto alla ripetizione ex art. 2033 c.c.

3) Le spese di lite, così come liquidate in dispositivo in conformità ai parametri medi (valore indeterminabile fascia alta) seguono la complessiva soccombenza della convenuta ex art. 91 c.p.c., dovendo peraltro essere compensate nella misura di ½ ex art. 92 c.p.c. in considerazione dell'incertezza giurisprudenziale esistente prima della pronuncia delle Sezioni Unite nel 2013, pronuncia successiva alla stipulazione del contratto di swap oggetto di causa.

P.Q.M.

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

Dichiara la nullità del contratto normativo del 4 giugno 2012 nonché del contratto swap sottoscritto in data 6 luglio 2012 per violazione delle norme contenute nell'art. 30 T.U.F.

Condanna in persona del legale rappresentante *pro tempore*, a pagare a favore di la somma di € 142.948,47, valore attualizzato al primo settembre 2016, oltre interessi legali dalla data della domanda al saldo effettivo per quanto concerne i pagamenti anteriori alla domanda, e dai singoli pagamenti al saldo effettivo per quanto concerne i pagamenti successivi alla domanda.

Rigetta la domanda di risarcimento del danno proposta da

Compensa le spese di lite nella misura di $\frac{1}{2}$ e **Condanna** in persona del legale rappresentante *pro tempore*, a rifondere a, la restante metà, spese che si liquidano per detta frazione in € 6.715,00 a titolo di compenso ed in € 276,35 per anticipazioni non imponibili, oltre rimborso forfetario ex art. 2 DM n. 55/2014, IVA se non detraibile e CPA come per legge e successive occorrenze.

Così deciso in Torino il 18.10.2016.

Il Giudice
Luca Martinat