

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE ORDINARIO di TORINO

Prima Sezione Civile

Il Tribunale, nella persona del Giudice dott. Luca Martinat

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile di I Grado iscritta al n. r.g. (OMISSIS) promossa da:

B. R., con il patrocinio dell'avv. Massimiliano Elia presso il cui studio in Torino, corso Matteotti n. 3 bis, è elettivamente domiciliata in forza di procura a margine dell'atto di citazione,

ATTRICE

contro

Banca R. E. s.p.a., con il patrocinio degli avv.ti C. F. P. e C. F., e presso lo studio di quest'ultima in Torino, (OMISSIS), elettivamente domiciliata in forza di procura a margine della comparsa costitutiva,

CONVENUTA

Conclusioni delle parti:

Parte attrice:

"Come al foglio a parte allegato al verbale d'udienza del 09.10.2013", cui si rinvia.

Parte convenuta:

"Come al foglio a parte allegato al verbale d'udienza del 09.10.2013", cui si rinvia.

Motivi della decisione

1. Nel presente procedimento B. R. citava in giudizio la Banca R. E. s.p.a., rappresentando di aver sottoscritto con la convenuta in data 24.05.2007 un mutuo trentennale a tasso variabile dall'importo di € 175.000,00 per l'acquisto della prima casa e contemporaneamente, su richiesta della controparte, un contratto di Interest Rate swap che avrebbe dovuto coprire il rischio connesso al rialzo del tasso di interessi del contratto di mutuo.

Con tale contratto, in particolare, sulla base di un nozionale di € 100.00,00 e con scadenza a cinque anni, l'attrice si impegnavo ogni 6 mesi al pagamento a favore della Banca di un tasso di interesse pari al 4,72%, mentre la banca si impegnavo a pagare un tasso di interesse pari all'euribor a sei mesi: l'andamento dei tassi nel corso dello svolgimento del rapporto, tuttavia, determinava (tranne che per il primo periodo), forti perdite per l'attrice (pari, alla cessazione del contratto ad € 10.793,43).

Ciò posto la B. con il presente giudizio chiedeva dichiararsi la nullità del contratto di swap sottoscritto per violazione intrinseche alla sua formazione (per non aver la banca raccolto le informazioni necessarie per verificare le conoscenze in materia dell'attrice e per omessa spiegazione dei rischi connesse all'operazione) per mancanza di equilibrio finanziario dello swap (non essendo lo stesso adeguatamente correlato al mutuo i cui rischi di cambiamento del tasso di interesse avrebbe dovuto coprire), per mancanza di causa in concreto (non essendo lo swap idoneo a coprire i rischi assicurati e per essere stati inclusi costi impliciti pari ad € 1.279,00, ragion per cui lo swap non poteva essere considerato stipulato "par", con conseguente obbligo per la banca di provvedere al versamento della somma di denaro – detta up front – necessaria per riequilibrare le previsioni dei flussi di pagamento al momento della stipulazione del contratto, obbligo non assolto nella fattispecie in esame).

Chiedeva quindi in subordine l'attrice di pronunciare sentenza di annullamento per errore del contratto di swap o la risoluzione del contratto per eccesso di copertura (essendo maggiore il rischio assunto con lo swap rispetto a quello assunto con il contratto di mutuo), per mancata consegna del documento sui rischi generali, per omessa informazione e omessa valutazione dell'adeguatezza dell'operazione finanziaria.

Costituitasi in giudizio, la B.r.e. s.p.a. contestava la fondatezza dell'avversaria domanda, rilevando come la B. fosse stata adeguatamente informata circa la natura dello swap che stava per sottoscrivere, come detto swap fosse strettamente legato alle esigenze di tutela dalle oscillazioni del tasso di interesse variabile del mutuo sottostante, come solamente l'improvviso crollo dei tassi di interesse avesse reso svantaggioso per la cliente lo swap (prima del crollo, infatti, la stessa aveva pure avuto poste semestrali in attivo) e come in ogni caso le perdite sullo swap erano state compensate dalla contemporanea riduzione delle rate del mutuo.

La causa giungeva infine a decisione previa l'escussione di taluni testi richiesti dalle parti.

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

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

Se però il tasso di interesse anziché aumentare crolla, ciò rappresenta un indubbio vantaggio quanto al rapporto di finanziamento, ma nell'ambito dello swap è il cliente a dover versare la differenza alla banca, e l'ammontare della perdita è direttamente proporzionale al livello di abbassamento del tasso (come infatti avvenuto nella fattispecie in esame).

Tanto premesso, deve quindi essere esaminato se il contratto oggetto di causa, come concretamente prospettato dalle parti e come sopra descritto, non costituisca una deviazione della causa rispondente alla suddetta tipicità sociale (come affermata dall'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 dell'interest rate swap a vantaggio del cliente), in quanto deve ritenersi che per la validità di un contratto non è più sufficiente affidarsi ad uno dei tipi già previsti dalla legge o dalla consuetudine sociale (secondo un'ottica di causa in astratto, sostanzialmente coincidente con la funzione tipica e sociale del modello contrattuale prescelto), essendo invece ormai necessario valutare 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, testando quindi 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^a, 7 maggio 1998, n. 4612, in tema di Sale & lease back) Sez. 1^a, 6 agosto 1997, n. 7266, in tema di patto di non concorrenza; Sez. 2^a, 15 maggio 1996, n. 4503, in tema di rendita vitalizia), si discorre da tempo di una fattispecie causale "concreta", e si elabori una ermeneutica del concetto di causa che, sul presupposto della obsolescenza della matrice ideologica che configura la causa del contratto come strumento di controllo della sua utilità sociale, affonda le proprie radici in una serrata critica della teoria della predeterminazione causale del negozio (che, a tacer d'altro, non spiega come un contratto tipico possa avere causa illecita), ricostruendo tale elemento in termini di sintesi degli interessi reali che il contratto stesso è diretto a realizzare (al di là del modello, anche tipico, adoperato). Sintesi (e dunque ragione concreta) della dinamica contrattuale, si badi, e non anche della volontà delle parti. Causa, dunque, ancora iscritta nell'orbita della dimensione funzionale dell'atto, ma, questa volta, funzione individuale del singolo, specifico contratto posto in essere, a prescindere dal relativo stereotipo astratto, seguendo un iter evolutivo del concetto di funzione economico-sociale del negozio che, muovendo dalla cristallizzazione normativa dei vari tipi contrattuali, si volga alfine 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 un contratto di swap 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), evidentemente è privo di causa in concreto, così come è privo di causa in concreto qualora la scommessa sottesa allo swap sia stata strutturata dalla banca in modo tale da alterare, all'insaputa del cliente, gli equilibri finanziari della scommessa stessa (come in pratica affermato dalla difesa dell'attrice).

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 in via generale, il Tribunale, in relazione alle variegate doglianze formulate dalla difesa dell'attrice in ordine alla correttezza dell'operato complessivo della convenuta, rileva che nella fattispecie in esame, come correttamente eccepito, sono stati indubbiamente addebitati costi impliciti (in quanto non adeguatamente indicati) a carico della B., venendo in tal modo ad essere alterate ab origine ed all'insaputa dell'attrice le alee rispettivamente assunte.

Sul punto basta richiamare, infatti, la consulenza prodotta in giudizio dall'attrice e mai sul punto espressamente contestata dalla difesa della convenuta, la quale, in effetti, in sede di comparsa costitutiva ha negato di avere praticato costi impliciti (senza tuttavia procedere ad una puntuale contestazione delle risultanze della perizia di parte attrice, la quale di conseguenza, sul punto, per il principio di non specifica contestazione, deve ritenersi processualmente riconosciuta), mentre in sede di prima memoria ex art. 183, sesto comma, c.p.c. (pag. 8), pur continuando a negare l'applicazione di costi o commissioni impliciti ha ammesso l'esistenza di norme tecniche specifiche (ad esempio in merito al rischio di controparte) in conseguenza delle quali le banche sono obbligate ad inserire nei contratti di swap strumenti volti alla tutela del mercato che implicano dei costi di maggiorazione che restano a carico del cliente.

In sede, infine, di comparsa conclusionale, la difesa della banca (pag. 28) nega la presenza di addebiti di costi che possano essere ritenuti impliciti affermando che da un lato il disavanzo individuato quale differenziale fra Euribor e tasso fisso era ed è un dato manifesto (non occulto) sicché, stante la sua

evidenza, non potrebbe essere considerato un costo implicito e, dall'altro lato, non sarebbe in ipotesi censurabile l'applicazione di margini di intermediazione a carico del cliente.

Secondo la convenuta, infatti, non sarebbe corretto l'impiego di espressioni quali commissioni occulte o implicite quando in realtà gli addebiti contestati dall'attrice altro non sono che "il costo della transazione e i fattori di costo e di rischio sopportati dall'intermediario finanziario nell'ambito dell'operatività", come anche consigliato dall'Abi, ragion per cui – conclude la banca – non può ravvisarsi la responsabilità della convenuta con riguardo agli addebiti ricevuti dal cliente 8e da questi denominati "costi impliciti) in esecuzione del contratto di swap oggetto di causa.

Tanto premesso, va quindi evidenziato con considerazione assorbente che nella fattispecie in esame, al di là di una certa ambiguità linguistica e terminologica operata dalla banca nelle proprie difese ed al di là di ogni considerazione circa l'attendibilità della consulenza prodotta da parte attrice, è comunque matematicamente evidente (sicché non è necessario procedersi a Ctu) come lo swap oggetto di causa non fosse in partenza par (ovvero nullo) da un punto di vista dei rischi rispettivamente assunti, ma negativo per la B., la quale, pertanto, ha sopportato un rischio di fatto diverso e maggiore rispetto a quello sostenuto dalla banca.

L'attrice, infatti, si era obbligata a pagare alla controparte un tasso di interesse annuo pari al 4,72%, mentre la convenuta si era obbligata a pagare gli interessi calcolati sulla base dell'euribor a sei mesi, che, al momento della stipulazione del contratto, valeva all'incirca il 4,24% (doc. n. 7 parte convenuta).

Di conseguenza, risulta evidente che il valore atteso dei flussi cedolari attualizzati alla data di stipulazione del contratto (ovvero il cosiddetto Mark to Market) era negativo per l'attrice atteso che gli interessi che essa si era impegnata a versare superavano gli interessi che si era impegnata a versare la banca (attraverso il calcolo attualizzato del valore dell'euribor al momento della sottoscrizione dello swap).

Per rendere quindi l'operazione in pari, la banca avrebbe dovuto corrispondere il c.d. up front alla B., cioè una somma pari alla differenza di valore dei flussi esistente al momento della stipulazione del contratto, cosa pacificamente non avvenuta (ed è questa la somma che l'attrice definisce costo implicito).

Esisteva, dunque, un costo implicito a carico dell'attrice (che in pratica si era obbligata a condizioni più onerose rispetto a quelle della convenuta), essendo a tal fine irrilevante che il predetto costo sia stato imputato dalla banca a delle commissioni, al margine di intermediazione o ai costi di gestione del rischio: ciò che rileva ai fini della presente decisione è esclusivamente lo squilibrio iniziale del contratto di swap in relazione alle obbligazioni rispettivamente assunte.

Detto squilibrio, inoltre, contrariamente a quanto sostenuto dalla difesa della convenuta, non poteva certamente essere considerato manifesto in quanto mera applicazione dei criteri matematici esposti nello swap oppure ritenuto implicito nella natura dell'operazione intrapresa (quasi che fosse un normale corollario): esso, infatti, proprio in quanto non esplicitato, risulta di ardua e non immediata comprensione per un semplice consumatore (quale era la B.), alla quale, inoltre, come emerso anche dalle prove orali, era

stato sì spiegato il meccanismo di funzionamento della swap in correlazione al cambiamento del tasso di interesse dell'euribor, ma le era stato del tutto taciuto (almeno ciò non è emerso dall'istruttoria orale e documentale esperita) il fatto che la convenienza del contratto sottoscritto doveva anche essere valutata alla luce dello squilibrio iniziale delle obbligazioni rispettivamente assunte.

L'attrice, in effetti, in assenza di indicazioni espresse di segno contrario, era legittimata a ritenere equo (ovvero "par") il contratto sottoscritto, non essendo essa tenuta a conoscere il valore dell'euribor al momento della stipulazione del contratto, valore tra l'altro neppure esplicitato nel contratto stesso: alla B., dunque, mancava pure la possibilità di raffrontare immediatamente il tasso di interesse al quale le parti si erano rispettivamente impegnate.

Contrariamente, quindi, a quanto sostenuto dalla difesa della banca, lo squilibrio fra i rischi rispettivamente assunti non poteva essere ritenuto manifesto dai dati contrattuali.

A ciò si aggiunga che il foglio informativo (doc. n. 4 parte convenuta) relativo ai contratti di interest rate swap espressamente (punto 6) escludeva l'applicazione di commissioni a carico del cliente (osservandosi quindi a tal riguardo che *"il diritto dell'intermediario alla maturazione di commissioni atte a remunerare l'attività di allestimento della struttura ed il rischio insito nelle operazioni in conto proprio è in contrasto con la pattuizione contrattuale che escluda la possibilità di porre commissioni a carico del cliente il cui addebito si configurerebbe come indebito pagamento"*: Tribunale Pescara, 03 ottobre 2012).

In definitiva, dunque, la B. non era stata adeguatamente informata dalla controparte in ordine all'effettiva alea che entrambi i contraenti avevano assunto con la stipulazione dello swap oggetto di causa, non essendo stato indicati i rispettivi mark to market: ciò che rileva, in effetti, ai fini della valutazione della sussistenza della causa in concreto, non è tanto o solo lo squilibrio dell'alea rispettivamente assunta, quanto la consapevolezza del contraente debole del differente livello di rischio assunto dalle parti.

Il mero squilibrio delle alee assunte, infatti, di per sé non è motivo per ritenere assente la causa in concreto, ben potendo le parti, nell'esercizio della loro autonomia contrattuale, consapevolmente stipulare un contratto di swap in cui una delle parti si assume un rischio maggiore dell'altra: tale circostanza, tuttavia, deve essere frutto di una libera scelta delle parti e non una conseguenza derivante dai parametri inseriti nel contratto soggettivamente ignota al contraente debole (ovvero il consumatore) in quanto unilateralmente predisposta dalla convenuta (che riveste indubbiamente sia la qualifica di operatore qualificato sia di controparte diretta dell'attrice e come tale per definizione in conflitto di interessi) ed in quanto non immediatamente percepibile dalla lettura del contratto, essendo necessarie conoscenze ulteriori (quali il valore al momento della sottoscrizione dell'euribor).

Merita a questo punto essere ricordata una recente e condivisibile pronuncia della Corte di Appello di Milano (Appello Milano 18 settembre 2013, reperibile sul sito "Ilcaso.it") che testualmente, in una fattispecie analoga alla presente, ha affermato che *"diversamente da quanto avviene allorché l'intermediario si limiti ad acquistare il prodotto sul mercato quale mero mandatario del proprio cliente, nei derivati over the counter l'intermediario è sempre controparte diretta del proprio cliente e "condivide",*

pertanto, con lui l'alea contenuta nel contratto. Nel derivato over the counter, l'oggetto del contratto è costituito da uno scambio di differenziali a determinate scadenze, mentre la sua causa risiede in una scommessa che entrambe le parti assumono, con la precisazione che nella scommessa legalmente autorizzata, come quella ritenuta meritevole di tutela da parte del legislatore finanziario, l'alea non può che essere "razionale" per entrambi gli scommettitori e ciò a prescindere dall'intento che ha determinato la conclusione del contratto, sia esso di mera copertura, ovvero speculativo.

Perché l'alea, che, come detto, costituisce l'oggetto del contratto, possa considerarsi "razionale" debbono essere definiti e conosciuti ex ante, con certezza, gli scenari probabilistici e delle conseguenze del verificarsi degli eventi. In sostanza, tutti gli elementi dell'alea e gli scenari che da essa derivano costituiscono ed integrano la causa stessa del contratto, perché appartengono alla "causa tipica" del negozio, indipendentemente dalle ricorrenti distinzioni tra scopo di copertura o speculativo. In difetto di tali elementi, il contratto deve ritenersi nullo per difetto di causa, poiché il riconoscimento legislativo risiede nella "razionalità" dell'alea e, quindi, nella sua "misurabilità", non essendo concepibile e non meritando, pertanto, tutela un negozio caratterizzato dalla creazione di alea reciproche e bilaterali, la qualità e la quantità delle quali siano ignote ad uno dei contraenti ed estranee all'oggetto dell'accordo.

La circostanza che, al momento della conclusione del contratto, l'investitore non conosca il c.d. mark to market e che questo elemento non rientri nel contenuto dell'accordo, comporta la radicale nullità dei contratti di interest rate swap, perché esclude che l'investitore abbia potuto concludere la "scommessa" conoscendo il grado di rischio assunto, laddove, per contro, l'intermediario aveva perfetta conoscenza del proprio rischio avendolo misurato scientificamente e su di esso predisposto lo strumento finanziario.

La mancata indicazione del mark to market consente, inoltre, all'intermediario (il quale, in base al contratto quadro, è anche un mandatario oltre che controparte della scommessa) di occultare il suo compenso, rappresentato dai c.d. costi impliciti, all'interno delle condizioni economiche dell'atto gestorio.

Il che determina la nullità del contratto derivato anche in ragione del difetto di accordo su un requisito essenziale del compenso ai sensi dell'articolo 1709 c.c, il quale dispone che, nel mandato oneroso, il compenso del mandatario sia consapevolmente stabilito dalle parti e quindi non occultato fra le condizioni economiche predisposte dal mandatario. Il compenso deve, quindi, essere determinato nel contratto o determinabile in virtù di un criterio (modello matematico di pricing) condiviso ex ante dall'intermediario e dal cliente.

Nei contratti di interest rate swap, la mancata esplicitazione del modello matematico di pricing e del mark to market rende arbitraria la stessa liquidazione degli importi richiesti a titolo di corrispettivo del recesso, proprio perché siffatta liquidazione appare il frutto di una quantificazione unilaterale da parte dell'intermediario, del tutto slegata da criteri predeterminati nei contratti. Allo stesso modo, l'assenza del mark to market e degli scenari probabilistici rende del tutto priva di giustificazione causale la clausola che contempla l'eventuale erogazione del c.d. up front in quanto anche la misura in cui il finanziamento

contribuisce ad integrare il riequilibrio del valore iniziale del derivato incide sulla causa dello stesso" (Appello Milano 18 settembre 2013).

Ciò che rileva, dunque, ai fini dell'insussistenza della causa in concreto è l'assenza di adeguata informazione fornita dalla banca al cliente in ordine ai rischi effettivamente assunti, informazione che necessitava quanto meno dell'indicazione dei rispettivi mark to market.

Nei contratti derivati IRS, infatti, l'up front costituisce un'efficace indicatore della presenza di un rischio connaturato alla struttura contrattuale e impone all'intermediario un particolare dovere di consulenza fedele, atteso che l'obbligo di comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza deve ritenersi connaturato al contratto di intermediazione finanziaria, tanto più nel caso in cui l'intermediario si ponga come diretta controparte dell'operazione.

L'obbligo di informazione e trasparenza della banca non può che porsi dunque anche in relazione alle c.d. commissioni implicite (a qualunque titolo imputate dalla banca), individuabili nella differenza (non riequilibrata con il ricorso ad up front) fra il mark to market (inteso quale valore di mercato del contratto stimato attualizzando i flussi di cassa attesi) dei pagamenti del cliente ed il mark to market dei pagamenti in capo alla banca.

Se è vero infatti che all'intermediario sono imposti obblighi di informazione circa la natura, i rischi e le implicazioni dell'operazione, con riguardo alla negoziazione di prodotti derivati, tali obblighi devono tradursi anzitutto nella puntuale illustrazione al cliente dei meccanismi del prodotto, in maniera tale che, prima di sottoscrivere il contratto, il cliente sia correttamente informato sull'idoneità dello strumento finanziario a perseguire le finalità di copertura richieste e sui rischi rispettivamente assunti.

Gli obblighi di informazione in questione devono quindi altresì tradursi nell'indicazione chiara dei reali costi della struttura, ivi compresi quelli di produzione e gestione del derivato addebitati al cliente ed il margine effettivamente lucrato dall'intermediario che si ponga come controparte diretta, anche perché detti costi incidono sullo stesso oggetto del contratto, sia sotto il profilo della pattuizione del compenso della banca sia sotto il profilo dell'esatta determinazione delle alee rispettivamente assunte (e quindi sulla convenienza stessa del contratto stipulando), come sopra già evidenziato.

L'inosservanza dei predetti obblighi, di conseguenza, determina l'insussistenza della causa in concreto e quindi la nullità del contratto, in quanto incide sulla capacità della controparte di comprendere l'esatto significato dell'operazione economica che stava ponendo in essere.

Va inoltre osservato che è vietato ad un contraente determinare sostanzialmente in modo unilaterale, ed in base a criteri non trasparenti e controllabili, elementi del contenuto del contratto, come invece avvenuto nella fattispecie in esame (da ultimo, Cassazione civile, sent. n. 2072 del 2013).

Né supplisce il mero richiamo ad asseriti costi di mercato, di transazione o di copertura dei fattori di rischio (come invece sostenuto dalla difesa di parte convenuta) perché il rinvio – in pratica – alle prassi,

quand'anche scientificamente condivise e suggerite da organizzazioni di categoria quali l'Abi, equivale all'applicazione di usi, testualmente vietata nella materia dell'intermediazione finanziaria (art. 23, comma 2 TUE).

Prosegue inoltre condivisibilmente la sopracitata sentenza della Corte di Appello di Milano con argomentazioni perfettamente estendibili anche alla presente fattispecie che *"sotto ulteriore profilo, la mancanza dell'indicazione del mark to market al momento della conclusione del contratto consente all'intermediario, che è "anche" un mandatario oltretutto controparte della scommessa (ed è mandatario in virtù del contratto quadro di investimento ed altresì titolare di ufficio di diritto privato), di occultare il suo compenso, rappresentato dai c.d. costi impliciti, all'interno delle condizioni economiche dell'atto gestorio. Il che determina la nullità del contratto derivato anche in ragione del difetto di accordo sul requisito essenziale del compenso ex art. 1709 c.c., il quale dispone che, nel mandato oneroso, il compenso del mandatario sia consapevolmente "stabilito dalle parti" cioè, ovviamente, non occultato fra le condizioni economiche predisposte dal mandatario per assicurarsi un compenso non esplicitato (in evidente conflitto con l'interesse del cliente).*

Il compenso deve, al contrario, essere determinato nel contratto o deve essere determinabile in virtù di un criterio (modello matematico di pricing) condiviso ex ante dall'intermediario e dal cliente.

L'indicazione del mark to market e degli scenari probabilistici nel contratto avrebbe, per contro, consentito di risolvere, in radice, il problema lamentato in causa dalle parti appellate; e cioè che il contratto derivato sia presentato come strumento di copertura di un rischio, ma non sia chiaro quale sia, quantitativamente e qualitativamente, il diverso (e sovente assai maggiore) rischio che assume l'investitore, concludendo il contratto".

La pretesa quindi dell'intermediario alla maturazione di commissioni atte a remunerare l'attività di allestimento della struttura ed il rischio insito nelle operazioni in conto proprio è in contrasto con la pattuizione contrattuale che escluda la possibilità di porre commissioni a carico del cliente il cui addebito si configurerebbe come indebito pagamento.

Infatti, *"in tema di contratti di swap, la valutazione circa l'adeguatezza dell'operazione finanziaria impone all'intermediario di formulare un giudizio sull'operazione finanziaria tale da garantire ai clienti le informazioni adeguate sulla natura, sui rischi e sulle implicazioni della specifica operazione, la cui conoscenza è indispensabile a questi ultimi per effettuare scelte consapevoli"* (Tribunale Novara, 08/02/2010, n. 110).

Di conseguenza, anche sotto questo profilo deve evidenziarsi l'inadeguatezza causale del contratto oggetto di causa e quindi deve concludersi affermando che *"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").

3) Da quanto precede, dunque, il contratto di interest rate swap deve essere dichiarato nullo per mancanza di causa in concreto e dalla pronuncia di nullità, in forza della disciplina della ripetizione dell'indebito (art. 2033 c.c.), discende la condanna della Banca alla restituzione dei flussi negativi addebitati alla B. per effetto del contratto swap di cui è causa, ovvero, come dichiarato dall'attrice e mai contestato dalla convenuta € 10.793,43, già detratta in compensazione la somma corrisposta alla B. nella fase iniziale di esecuzione del contratto.

Su tale somma, quindi, 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 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 del 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 giudicante che parte attrice nulla abbia provato o anche solo allegato in ordine alla malafede della controparte, malafede non desumibile in effetti ad avviso del giudicante 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).

Ovviamente, poi, per i pagamenti successivi all'introduzione della domanda, la decorrenza degli interessi non può che decorrere dalle date dei singoli pagamenti.

Non può essere invece dichiarato nullo il contratto normativo che ha costituito il presupposto per la stipulazione del contratto di swap dichiarato invece nullo atteso che in relazione ad esso alcuna specifica doglianza è stata mossa dall'attrice e non essendo lo stesso affetto da alcun vizio comportantene la nullità (vizio peraltro neppure indicato dall'attrice, essendo tutte le contestazioni formulate dalla B. in concreto indirizzate al contratto di swap e non al contratto normativo), osservandosi quindi incidentalmente come la

nullità del contratto derivato (ovvero il contratto di swap) non abbia alcuna influenza sulla validità del contratto che ne costituisce il presupposto (ovvero il contratto normativo), essendo semmai vero il contrario.

L'accoglimento, infine, della domanda formulata in via principale comporta l'assorbimento delle domande formulate in via graduata dall'attrice.

Nessun ulteriore importo può invece essere riconosciuto a favore dell'attrice a titolo di risarcimento del danno (anche solo con sentenza di condanna generica) poiché qualunque pregiudizio economico deve ritenersi assorbito nella rifusione di tutti i risultati negativi del contratto, trattandosi di condanna idonea a ripristinare la B. nella medesima situazione patrimoniale in cui versava prima della stipula del contratto viziato da nullità, salva la deduzione (nel caso di specie radicalmente assente) di specifici danni ulteriori, di tal che la relativa domanda deve essere disattesa

4) Le spese di giudizio come liquidate in dispositivo seguono la complessiva soccombenza della convenuta ex art. 91 c.p.c.

P.Q.M.

il Tribunale,

in composizione monocratica,

definitivamente pronunciando,

ogni contraria domanda, eccezione e istanza disattesa,

nel contraddittorio fra le parti,

Dichiara la nullità per difetto di causa del contratto di interest rate swap sottoscritto in data 24.05.2007.

Rigetta la domanda di nullità del contratto normativo sottoscritto in data 24.05.2007.

Rigetta la domanda di risarcimento del danno formulata da parte attrice.

Condanna la Banca R. E. s.p.a. a restituire a B. R. la somma di € 10.793,43, oltre interessi di mora al saggio legale dalla data della domanda in relazione ai pagamenti precedenti la domanda stessa o dalla data dei singoli pagamenti in relazione ai pagamenti successivi alla domanda, il tutto sino al saldo effettivo.

Condanna la Banca R. E. s.p.a. al pagamento delle spese di lite a favore di B. R., spese che si liquidano in euro 4.300,00 a titolo di compenso, euro 232,24 per spese esenti, oltre Iva e Cpa come per legge e successive occorrendo.

Torino, 17.01.2014.