

Comitato scientifico:

Elisabetta BERTACCHINI (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) – Silvio BOLOGNINI (Professore straordinario di Filosofia del diritto) - Giuseppe BUFFONE (Magistrato) – Costanzo Mario CEA (Magistrato, Presidente di sezione) - Paolo CENDON (Professore ordinario di diritto privato) - Gianmarco CESARI (Avvocato cassazionista dell'associazione Familiari e Vittime della strada, titolare dello Studio legale Cesari in Roma) - Bona CIACCIA (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Leonardo CIRCELLI (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Vittorio CORASANITI (Magistrato, ufficio studi del C.S.M.) – Lorenzo DELLI PRISCOLI (Magistrato, Ufficio Massimario presso la Suprema Corte di Cassazione, Ufficio Studi presso la Corte Costituzionale) - Francesco ELEFANTE (Magistrato T.A.R.) - Annamaria FASANO (Magistrato, Ufficio massimario presso la Suprema Corte di Cassazione) - Cosimo FERRI (Magistrato, Sottosegretario di Stato alla Giustizia) – Francesco FIMMANO' (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Eugenio FORGILLO (Presidente di Tribunale) – Mariacarla GIORGETTI (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Giusi IANNI (Magistrato) - Francesco LUPIA - Giuseppe MARSEGLIA (Magistrato) - Piero SANDULLI (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Stefano SCHIRO' (Presidente di Corte di Appello) - Bruno SPAGNA MUSSO (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Paolo SPAZIANI (Magistrato, Vice Capo dell'Ufficio legislativo finanze del Ministro dell'economia e delle finanze) – Antonella STILO (Consigliere Corte di Appello) - Antonio VALITUTTI (Consigliere della Suprema Corte di Cassazione) - Alessio ZACCARIA (Professore ordinario di diritto privato).

Contratti di *interest rate swap*: l'assenza di razionalità rende il contratto nullo per difetto di causa

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 alee reciproche e bilaterali, la qualità e la quantità delle quali siano ignote ad uno dei contraenti ed estranee all'oggetto dell'accordo.

Tribunale di Torino, sezione prima, sentenza del 17.1.2014

...omissis...

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[^], 7 maggio 1998, n. 4612, in tema di Sale & lease back) Sez. 1[^], 6 agosto 1997, n. 7266, in tema di patto di non concorrenza; Sez. 2[^], 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 infine 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 varieguate 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 ... 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 xxx 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 xxxx 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 xxxx 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 xxx 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 xxx. 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 alee 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 market 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 oltreché 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 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 Euro 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 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 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 fide 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 xxx 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.

p.q.m.

Così deciso in Torino, il 17 gennaio 2014.

Depositata in Cancelleria il 17 gennaio 2014.

La Nuova Procedura Civile