

Repubblica Italiana

In Nome Del Popolo Italiano

IL TRIBUNALE DI PALERMO SEZIONE V CIVILE IN
COMPOSIZIONE MONOCRATICA IN PERSONA DEL GIUDICE DOTT.
GIUSEPPE DE GREGORIO HA PRONUNCIATO LA SEGUENTE

S E N T E N Z A

nella causa iscritta al n° 16199 del Ruolo Generale degli affari contenziosi
civili dell'anno 2010 vertente tra

[REDACTED], rappresentata e difesa
dagli avv.ti Alessandro Palmigiano e Claudio Palmigiano, ed elettivamente
domiciliato presso lo studio del primo in questa via R. Wagner n° 9

ATTORE

[REDACTED] e
[REDACTED] in persona del rappresentante *pro tempore*, rappresentato e
difeso dagli avv.ti [REDACTED] e [REDACTED] ed
elettivamente domiciliato presso lo studio dell'avv. Nicola Piazza in questa via
Libertà n. 39

CONVENUTA

CONCLUSIONI DELLE PARTI E

RAGIONI DI FATTO E DI DIRITTO DELLA DECISIONE

Con atto di citazione del 14/12/2010, [REDACTED]
conveniva in giudizio [REDACTED] S.p.A., e concludeva chiedendo 1) dichiarare la
nullità per difetto di meritevolezza della tutela ex art. 1322 e c.c. per difetto di
causa ex art. 1418 c.c. del contratto normativo stipulato in data 27/6/2002 e dei
singoli contratti di investimento in Interest rate swap, Convertible Swap, Sunrise

swap, Inflazione Swap Swap e comunque descritti in atto di citazione, conclusi tra la [redacted] S.r.l. e [redacted] S.p.a. (poi [redacted] S.p.a. oggi confluita in [redacted] S.p.a.); 2) in subordine, dichiarare la nullità per difetto di forma ex art. 23 T.U.F. del contratto normativo stipulato in data 27/6/2002 e dei singoli contratti di investimento in Interest rate swap, Convertible Swap, Sunrise swap, Inflazione Swap Swap, e comunque descritti in narrativa, conclusi tra la [redacted] S.r.l. e [redacted] S.p.a. (poi [redacted] S.p.a. oggi confluita in [redacted] S.p.a.); 3) in via ulteriormente subordinata, dichiarare la responsabilità contrattuale e/o precontrattuale e/o extracontrattuale di [redacted] S.p.A. per i contratti in Interest rate swap, Convertible Swap, Sunrise swap, Inflazione Swap Swap, stipulati tra la [redacted] S.r.l. e [redacted] S.p.a. (poi [redacted] S.p.a. oggi confluita in [redacted] S.p.a.) stante la violazione delle norme di legge e regolamentari come specificate e per le ragioni esposte in atto di citazione; conseguentemente dichiarare la risoluzione dei contratti di acquisto dei suddetti derivati per fatto e colpa della società convenuta per i motivi descritti in atti; 4) in via ulteriormente subordinata, dichiarare la nullità dei contratti di acquisto dei suddetti prodotti derivati per violazione delle norme imperative previste dal T.U.F. e per i motivi meglio specificati in narrativa. 5) in via ulteriormente subordinata, annullare i contratti di acquisto dei suddetti derivati, perché viziati da dolo o, comunque, da errore, ovvero perché stipulati in conflitto di interesse, ovvero ancora a titolo di *aliud pro alio*; 6) in ogni caso, in conseguenza di tutte o alcune delle superiori statuizioni, condannare [redacted] S.p.A. alla restituzione e/o al risarcimento di € 415.280,16 come danni subiti in dipendenza dei contratti stessi o, comunque, a pagare in favore della Curatela del fallimento della [redacted] s.r.l. la somma di € 415.280,16; il tutto oltre le spese sostenute per l'operazione, interessi e rivalutazione monetaria con



applicazione dell'anatocismo ex art. 1283 c.c.; ed inoltre, condannare [redacted] S.p.A. a risarcire alla Curatela del fallimento della [redacted] s.r.l. i danni derivanti dalla perdita dei frutti, dalla data di acquisto dei derivati e fino all'effettivo soddisfo nella misura descritta in narrativa, il tutto oltre interessi legali con applicazione del computo della regola anatocistica ex art. 1283 c.c. e rivalutazione monetaria; 7) dichiarare che la [redacted] S.p.a. ha addebitato sui conti correnti della [redacted] S.r.l. in liquidazione, spese e commissioni non dovute, interessi e competenze di origine sconosciuta, tassi di interessi illegittimi e superiori a quelli pattuiti, giorni di valuta, spese per ogni movimento bancario, spese e commissioni non dovute, nonché interessi e competenze di origine sconosciuta, per un importo di € 16.424,68, conseguentemente, condannare [redacted] S.p.a. a corrispondere alla Curatela del fallimento della [redacted] s.r.l. l'importo di € 16.424,68 o la somma maggiore che si accerterà anche in esito alle risultanze istruttorie, oltre interessi e rivalutazione monetaria; in via ulteriormente subordinata, dichiarare l'[redacted] S.p.a., si è arricchita senza giusta causa in danno dell'istante, per le causali di cui in narrativa e, conseguentemente, condannare l'[redacted] S.p.a. a corrispondere alla Curatela del fallimento della [redacted] s.r.l. la somma di € 431.704,84 (o la somma maggiore che si accerterà anche in esito alle risultanze istruttorie), sempre oltre interessi legali e rivalutazione monetaria; con vittoria di spese.

Costituendosi, [redacted] S.p.a. contestava le avverse pretese e concludeva chiedendo rigettare le domande di parte attrice; in via subordinata riconvenzionale: nella denegata ipotesi di accoglimento delle domande di nullità e risoluzione dei contratti per cui è causa, proposte da parte attrice, condannarsi la stessa in persona del legale rappresentante [redacted] a restituire alla convenuta, tutte le somme incassate in forza dei predetti contratti, nella misura in cui risulterà



in corso di causa, maggiorate di interessi e rivalutazione monetaria dalla data di incasso a quella di restituzione e, quindi, disporsi la compensazione fra le somme reciprocamente dovute; in via ancor più subordinata riconvenzionale: nella denegata ipotesi di accoglimento della domanda di risarcimento del danno proposta dall'attrice, dichiarare il concorso ai sensi dell'art. 1227 c.c. comma 2 e 1, dell'attrice nel realizzare le conseguenze economiche della illegittimità contestata, con la conseguente riduzione dell'ammontare del danno che risultasse subito dall'attrice; in ipotesi, che si esclude, che fossero accolte le domande attoree si eccepisce la compensazione fra le somme reciprocamente dovute con la condanna dell'attrice a restituire alla convenuta, tutte le somme incassate in forza dei predetti contratti, nella misura in cui risulterà in corso di causa, maggiorate di interessi e rivalutazione monetaria dalla data di incasso a quella di restituzione. L'esponente eccepisce, altresì, la compensazione dell'eventuale credito dell'attrice che dovesse essere accertato nel presente giudizio, cosa che si esclude, con il credito vantato di euro 670.246,27 per le causali come in premessa indicate per il quale si riserva di agire con separato giudizio.

Espletati gli incumbenti istruttori, dopo riassegnazione alla V sezione e mutamento dell'istruttore, la causa – riassunta dalla curatela del fallimento della società attrice nelle more intervenuto - è stata posta in decisione all'udienza del 21 aprile 2015, con assegnazione dei termini di cui all'art. 190 c.p.c..

- La domanda proposta da parte attrice, di nullità e/o risoluzione per inadempimento contrattuale e risarcimento del danno, è fondata nei termini appresso indicati.
- Va innanzitutto evidenziato che in ordine al primo degli argomenti addotti dall'attrice (*sulla rischiosità dei contratti derivati di Swap e la nullità dei contratti per mancanza di causa concreta*), [REDACTED] s.p.a. non risulta avere replicato



specificamente in comparsa di risposta. Nell'atto di costituzione, infatti, la società convenuta ha esaminato, nell'ordine: le pretese attoree (pagg. 2-12), i passaggi societari afferenti [REDACTED] (pagg. 13-14); lo sviluppo cronologico dei rapporti e delle vicende societarie) oggetto delle allegazioni attoree (pagg. 14-16); i ruoli del legale rappresentante e la situazione finanziaria della società attrice (pagg. 16-19); le caratteristiche generali dei contratti denominati 'swap' (pagg. 19-25); il contratto normativo sottoscritto in data 05/7/2002 da [REDACTED] s.r.l., la disciplina applicabile e la nozione di operatore qualificato, con le relative conseguenze anche alla luce di interpretazione giurisprudenziale (pagg. 25-54); le pretese di nullità formulate da parte attrice, in particolare soffermandosi sulla giurisprudenza più recente in tema di rapporti nullità-inadempimento nei contratti di intermediazione finanziaria (pagg. 54-57); la domanda di annullamento invocando ratifica per *facta concludentia* (pagg. 54-64); la domanda di risoluzione-risarcimento (pagg. 64-66); la domanda afferente la commissione di massimo scoperto (pagg. 66-67). Ebbene, in tutte queste allegazioni manca una disamina puntuale, tale da confutare la deduzioni attoree, in ordine ai tre contratti di "interest swap" che hanno caratterizzato lo sviluppo del rapporto negoziale avviato col contratto-quadro d'anzì richiamato. Ha cioè omesso la convenuta di prendere in esame le singole clausole, in rapporto alla complessiva esposizione debitoria della società; di offrire elementi di specificazione in ordine ai tassi concretamente applicati per le due parti del rapporto, in particolare con riferimento alla affermazione (pag. 20 della comparsa) che trattasi di *swaps di interessi*; insomma, ogni elemento utile a delineare l'esatto contenuto dei tre prodotti finanziari oggetto delle contestazioni attoree, e di come concretamente si è sviluppato il momento esecutivo, limitandosi ad evidenziare la 'coerenza' dell'operazione rispetto alla complessiva situazione finanziaria della società attrice.

- Tali specificazioni (che neppure vi sono nella I memoria ex art. 183 VI co



c.p.c.) erano invece necessarie a fronte delle contestazioni attoree sulla meritevolezza dell'operazione finanziaria in ragione del disposto di cui all'art. 1322 c.c., e sulla compiuta informazione in ordine ai criteri applicati nello sviluppo del rapporto. Contestazioni che riassumono le principali questioni poste al vaglio del Tribunale, laddove l'attrice ha chiesto dichiararsi *la nullità per difetto di meritevolezza della tutela ex art. 1322 c.c. e per difetto di causa ex art. 1418 c.c. del contratto normativo stipulato in data 27/6/2002 e dei singoli contratti di investimento in Interest rate swap, Convertible Swap, Sunrise swap, Inflazione Swap Swap*; o in subordine, *dichiarare la responsabilità contrattuale e/o precontrattuale e/o extracontrattuale di [redacted] S.p.A. per i contratti in Interest rate swap*, cioè spostando sul momento dell'adempimento le ulteriori doglianze.

➤ E tuttavia, dette richieste risultano meritevoli di accoglimento solo con riferimento al secondo e a terzo contratto IRS, e non al primo, e neanche con riferimento al contratto-quadro, nei termini che vanno sinteticamente a delinearsi.

➤ Seguendo l'*iter* temporale della vicenda sottoposta al vaglio del Tribunale, proprio dal contratto-quadro, concluso in data 27.6.2002, non emergono profili di contrarietà ai principi dell'ordinamento, ovvero di inadempimento, solo genericamente indicati dalla società attrice. Il contratto contiene ogni riferimento relativo alla rischiosità dei diversi prodotti finanziari indicati, e in particolare segnala il maggiore rischio connesso ai cd. 'derivati'. E medesime considerazioni valgono per il primo dei contratti derivati oggetto della contrattazione tra le parti, l'*interest rate swap* concluso coevamente, il 27.6.2002.

➤ A questo punto è necessario soffermarsi sul profilo afferente gli obblighi informativi in capo alla Banca, secondo l'attrice disattesi in quel momento sia per il contratto quadro che per il primo IRS. Contesta in particolare la società la valenza della dichiarazione sottoscritta dal legale rappresentante di [redacted] s.r.l. nel definirsi 'operatore qualificato' ai sensi dell'art. 31 reg. Consob 11522/1998. Detta



norma regolamentare (emanata in ossequio alle previsioni di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 – cd. T.U.F. – e in particolare dell'art. 6: *La Consob, sentita la Banca d'Italia, tenuto conto delle differenti esigenze di tutela degli investitori connesse con la qualità e l'esperienza professionale dei medesimi, disciplina con regolamento: (...) b) il comportamento da osservare nei rapporti con gli investitori, anche tenuto conto dell'esigenza di ridurre al minimo i conflitti di interessi e di assicurare che la gestione del risparmio su base individuale si svolga con modalità aderenti alle specifiche esigenze dei singoli investitori e che quella su base collettiva avvenga nel rispetto degli obiettivi di investimento dell'Oicr; c) gli obblighi informativi nella prestazione dei servizi; i flussi informativi tra i diversi settori dell'organizzazione aziendale, anche tenuto conto dell'esigenza di evitare interferenze tra la prestazione del servizio di gestione su base individuale e gli altri servizi disciplinati dalla presente parte) prescrive che a eccezione di quanto previsto da specifiche disposizioni di legge e salvo diverso accordo tra le parti, nei rapporti tra intermediari autorizzati e operatori qualificati non si applicano le disposizioni di cui agli articoli 27, 28, 29, 30, comma 1, fatta eccezione per il servizio di gestione, e commi 2 e 3, 32, commi 3, 4 e 5, 37, fatta eccezione per il comma 1, lett. e), 38, 39, 40, 41, 42, 43, comma 5, lett. b), comma 6, primo periodo, e comma 7, lett. b) e c), 44, 45, 47, comma 1, 60, 61 e 62. Gli obblighi previsti dalle norme derogate attengono ai doveri che incombono sull'intermediario, affinché: prima della stipula del contratto di gestione, chieda all'investitore ogni notizia sulla sua propensione al rischio, sulla sua esperienza in materia di investimenti in strumenti finanziari, sulla sua situazione finanziaria e che l'eventuale rifiuto a fornire le predette informazioni risulti dal contratto; che l'intermediario consegni al cliente il documento sui rischi generali degli investimenti in strumenti finanziari; che l'intermediario acquisisca un'adeguata conoscenza degli strumenti finanziari, dei servizi e dei prodotti diversi, propri o di terzi e non effettui operazioni prima di*



avere assolto prontamente agli oneri di informazione preventiva sulla natura dei rischi e sulle implicazioni della specifica operazione, mettendo a disposizione dei clienti i documenti e le registrazioni che li riguardano; che l'intermediario non agisca in situazioni di conflitto di interessi a meno che l'investitore non sia stato preventivamente informato per iscritto e non abbia acconsentito sempre per iscritto alla relativa operazione; che l'intermediario si astenga dall'effettuare con o per conto degli investitori operazioni, pur espressamente impartite dal cliente, rispetto a costui non adeguate per tipologia, oggetto, frequenza e dimensione, salvo l'onere di reiterazione per iscritto dell'ordine preceduto dall'esplicazione delle ragioni di inadeguatezza. Questi obblighi risultano derogati laddove l'operatore rientri in una delle categorie indicate dal II comma dell'art. 31 del Regolamento (sulla cui valenza si dirà meglio oltre), e quindi, per quanto qui di interesse, sia una *società o persona giuridica in possesso di una specifica competenza ed esperienza in materia di operazioni in strumenti finanziari espressamente dichiarata per iscritto dal legale rappresentante*.

➤ Ora, dalla produzione delle parti emerge prova documentale di tale dichiarazione, resa due volte: e in occasione della stipula del cd. contratto-quadro, il 27/6/2002, nelle premesse del testo negoziale (cfr. doc. 2 della produzione [redacted]); e poi con successiva nota su carta intestata della [redacted] recante la data 05/7/2002 (cfr. fotocopia dichiarazione, doc. 5 della produzione [redacted], e originale dello stesso documento, versato dalla convenuta in seguito al disconoscimento ex art. 2719 c.c. operato dall'attrice). Il contenuto e gli effetti di tale doppia dichiarazione non sono risultati smentiti dalle emergenze processuali, nonostante le contestazioni della società attrice.

➤ Devesi a questo punto evidenziare che nella giurisprudenza della Suprema Corte, ripresa da diverse Corti di merito, e per l'ipotesi in cui (come nel caso in esame) il cliente deduca che la dichiarazione ex art. 31 sia stata resa



inconsapevolmente o, comunque, senza adeguata consapevolezza in ordine alle conseguenze che essa produce, è principio pacifico che seppure non gravi sull'intermediario alcun onere di accertamento della effettiva sussistenza dei requisiti di professionalità, resta salva la possibilità dell'investitore di provare non solo come tali requisiti non fossero esistenti, ma anche che di tale circostanza l'intermediario finanziario fosse consapevole, ovvero che egli fosse in possesso di dati ed elementi oggettivi atti a consentire una diversa valutazione (cfr. su questi temi Cassazione civile n. 12138/09, seppure afferente fattispecie disciplinata dal precedente art. 13 Regolamento Consob n. 5387/1991).

➤ In dottrina è stato osservato che alla luce del chiaro disposto di cui al richiamato art. 6 II comma T.U.F. — secondo cui la Consob disciplina con regolamento gli obblighi dei soggetti abilitati, tenuto conto delle differenti e specifiche esigenze di tutela degli investitori, ma, evidentemente, in conformità dei principi quadro individuati nel complesso dal d.lgs. 58/98 — deve ritenersi che i precetti di cui agli artt. 21 e 23 del T.U.F. medesimo non possano avere altro che portata generale ed assoluta, di guisa che le disposizioni di cui alla normativa secondaria, non potendo trovare spazio al di fuori del perimetro rigorosamente ed inderogabilmente delineato dal d.lgs. 58/98, possono unicamente tratteggiare, nel dettaglio e a seconda della tipologia di investitore, gli obblighi informativi, attivi e passivi, e comunicativi dell'intermediario, nel rispetto, però, dei principi generali ed assoluti, espressi dallo stesso legislatore delegante. In tale modo, non può che pervenirsi ad una interpretazione dell'art. 31 del Regolamento Consob n. 11522/98 conforme anche al combinato disposto degli artt. 21 e 23 del T.U.F.. In altri termini, considerando il tenore della norma primaria (art. 6 TUF), ma anche le regole civilistiche generali in punto di buona fede negoziale, va privilegiata una opzione ermeneutica del testo dell'art. 31 che tenga comunque conto delle opposte esigenze della parti, e che non conduca ad un sostanziale esonero dell'intermediario dal



dovere di rendere il cliente compiutamente e pienamente edotto del concreto ed effettivo contenuto di ogni aspetto del prodotto e in fase di negoziazione e in quella di esecuzione.

➤ Questa lettura consente di dire che se è vero che gli artt. 27, 28, e 29 reg. Consob costituiscono una specificazione dei criteri generali all'art. 21 TUF e delle regole di comportamento fissate dall'art. 26 reg. Consob, per le società e le persone giuridiche che rilascino la dichiarazione autoreferenziale non è possibile invocare le predette norme sugli specifici obblighi comportamentali, perché, così facendo, si finirebbe per aggirare, la disciplina regolamentare (che, va detto, è conforme a quella comunitaria). Il richiamo alle norme in esame è invece consentito innanzitutto per richiedere comportamenti degli intermediari, anche nei confronti degli operatori qualificati, diversi da quelli contemplati negli artt. 27, 28 e 29 reg. Consob, quali ad esempio (in questo senso, cfr. Tribunale di Verona 20 settembre 2012) quelli di cui all'art. 26 reg. Consob che, a dispetto della rubrica, individua anche alcune specifiche regole di condotta per l'intermediario (si pensi all'obbligo di astensione dai comportamenti che possano avvantaggiare un investitore a danno di un altro, a quello di operare al fine di contenere i costi a carico degli investitori, e di ottenere da ogni servizio d'investimento il miglior risultato possibile, anche in relazione al livello di rischio prescelto dall'investitore). Con una precisazione (resa necessaria dal dibattito sorto rispetto le deduzioni del CTU): qui ovviamente non viene in rilievo il più recente Regolamento n. 16190/2007, che ha posto regole certamente più stringenti in capo agli intermediari, ma una semplice lettura del regolamento del 1998 e alla luce delle regole generali afferenti la condotta dei contraenti secondo i principi civilistici, e alla luce delle norme primarie del T.U.F. vigenti all'epoca del rapporto per cui è causa.

➤ Tornando agli effetti della dichiarazione di operatore qualificato, essa dunque costituisce una mera presunzione semplice, vincibile, in caso di



contestazione, dalla prova positiva della insussistenza dei requisiti soggettivi ed oggettivi di professionalità in materia di strumenti finanziari e dalla prova della conoscenza, ovvero, conoscibilità in concreto, da parte dell'intermediario, delle circostanze dalle quali poter desumere la reale situazione in cui versò l'investitore nel momento in cui rende siffatta dichiarazione. Al contempo, in ragione di quanto emerge dal richiamato art. 6 II co. T.U.F., il legislatore, nel delegare alla Consob il compito di disciplinare gli obblighi comportamentali degli intermediari nei riguardi delle diverse categorie di investitori, non solo lascia intendere che, in ogni caso, i principi quadro di cui all'art. 21 del d.lgs. 58/98 hanno effetto per tutte le tipologie di clienti, ma anche che le differenze, in ipotesi previste per talune particolari categorie di investitori, devono pur sempre essere connesse con le effettive qualità ed esperienze professionali dei medesimi, non esonerando (come detto) l'intermediario dal comportarsi diligentemente (nel senso dianzi evidenziato).

► [REDACTED] come detto, ha contestato di possedere i requisiti sostanziali di professionalità, invocando una serie di indici dai quali poter desumere tale circostanza. Ma tale assunto non può essere condiviso, laddove si consideri che:

- 1) due sono le dichiarazioni sottoscritte dal legale rappresentante della società; 2) se la prima di esse, inserita nel contesto del contratto normativo, poteva effettivamente sfuggire quanto alla sua reale portata, diversamente è a dirsi per la seconda dichiarazione, resa non su modulo prestampato o predisposto dall'altro contraente, e diversi giorni dopo la firma del contratto normativo e la negoziazione del primo IRS, quando cioè la società attrice aveva avuto il tempo di analizzare compiutamente i due contratti; 3) il teste escusso [REDACTED] non ha fornito indicazioni utili a chiarire se nella dialettica cliente-banca nella fase iniziale del rapporto erano emersi elementi nel senso indicato dall'attrice, cioè di una scelta 'guidata' (se non imposta) dalla Banca, ovvero la completa assenza di idonee informazioni su tipologia e contenuto dei prodotti; 4) il valore di riferimento

(nozionale) del primo contratto di IRS era coerente con le finalità di copertura del rischio evidentemente perseguita dall'attrice, in ragione della sua complessiva esposizione debitoria, come risultante dalla documentazione relativa versata da [REDACTED]. Considerato altresì che in base al principio dell'affidamento, ciascun contraente deve poter fare sulla genuinità delle dichiarazioni negoziali compiute dalla controparte e sulla sua coerenza di comportamento nell'ambito negoziale, nel caso di specie, non vi erano elementi idonei a superare la presunzione semplice (Cass. n. 12138/2009 già richiamata) sulla competenza professionalmente qualificata della [REDACTED] s.r.l., di guisa che infondate risultano le deduzioni attoree in ordine alle conseguenze di cui alla dichiarazione di 'operatore qualificato'.

➤ Devono adesso esaminarsi i profili inerenti i contratti IRS stipulati da [REDACTED], sia sotto il profilo della validità che dell'adempimento, per come già indicato.

➤ Quanto al primo aspetto, le contestazioni dell'attrice, come detto, involgono il profilo della meritevolezza dell'operazione, ex art. 1322 c.c. in particolare, e la correttezza dell'adempimento della banca.

➤ Appunto sulla 'meritevolezza' dell'operazione in strumenti finanziari cd. derivati, deve innanzitutto osservarsi che seppure non siano di facile classificazione, stante la molteplicità di formule negoziale che li caratterizzano, essi trovano appiglio normativo nell'art. 1 del T.U.F., di guisa che trattasi di strumenti finanziari riconosciuti dall'ordinamento, e la cui struttura, nella particolare formula dello 'swap', che è quello che rileva per il caso di specie, consiste in uno scambio, a scadenze prefissate, di un importo parametrato a tassi differenti fra le parti, rapportato ad un capitale di mero riferimento (cd. nozionale). La stessa Corte Costituzionale (sentenza n. 52 del 10 febbraio 2010), ha evidenziato che sebbene il TUF non contenga una nozione identificativa del relativo prodotto finanziario,



limitandosi ad effettuare una elencazione dei principali tipi contrattuali, *con un ineliminabile margine di approssimazione dipendente dalla complessità del fenomeno, può ritenersi che le negoziazioni aventi ad oggetto gli strumenti finanziari derivati si caratterizzano, sul piano strutturale, per essere connesse ad altre attività finanziarie (quali, ad esempio, titoli, merci, tassi, indici, altri derivati) dal cui "prezzo" dipende il valore dell'operazione compiuta. Ferme ovviamente restando le diversità legate al tipo di operazione prescelto, tali negoziazioni sono volte a creare un differenziale tra il valore dell'entità negoziata al momento della stipulazione del relativo contratto e quello che sarà acquisito ad una determinata scadenza previamente individuata.*

➤ Ebbene, tanto il contratto quadro, quanto il primo dei contratti IRS stipulati da [REDACTED] (operatore qualificato ex art. 31 reg. Consob, per quanto prima esposto) soddisfano i requisiti di meritevolezza e di completezza di informazioni sul contenuto delle singole clausole, sui tassi da applicare, sul nozionale di riferimento, sulle esigenze di copertura che emergono dalle clausole complessive. Il contratto quadro, siccome appunto afferente tipologia di prodotto finanziario contemplata dall'ordinamento; e il primo contratto IRS, in quanto non risulta privo di rischio per la banca e, dunque, di alea (con la conseguente mancanza di causa quale lamentata dalla attrice), e 'giocando' sull'andamento dei tassi con lo scopo di attenuare le refluenze del medesimo andamento rispetto i rapporti bancari tra la banca e la convenuta. Rapporti che, essendo di conto corrente e con diversi affidamenti, erano anch'essi caratterizzati dalla variabilità dei tassi, come emerge dalla relativa documentazione versata dalla convenuta (contrariamente alle deduzioni attoree).

➤ Diversamente è a dirsi per i due successivi contratti: il contratto *sunrise swap* del 31 luglio 2003, e il contratto *inflazione swap* del 12 luglio 2004. Tali rapporti sono infatti caratterizzati da un elemento differente rispetto al primo



negozio: la posizione debitoria della società odierna attrice rispetto la Banca, tanto nell'uno che nel secondo caso, che ha influenzato il regime pattizio di entrambi i due contratti. Difatti, l'estinzione anticipata del *convertible swap* (rispetto cui non vi è prova che sia stata in maniera pressante sollecitata dalla banca) ha comportato la chiusura dei rispettivi saldi, con un negativo per ██████████ di € 153.000,00: detto importo viene definito 'up front' nel secondo testo contrattuale (cfr. doc. 7 produzione della banca), senza che risulti specificato se e in che termini tale ulteriore indicazione ha refluenza sul rapporto. Prima di delineare meglio i profili problematici di ciò, vale subito osservare che analoga operazione venne svolta in seguito: estinzione anticipata del *sunrise swap*, importo negativo di € 271.000,00 che viene ad essere considerato (e qualificato come *mark to market*) nella nuova regolamentazione di cui al contratto *inflazione swap* del 12/7/2004. Le criticità che qui emergono attengono alla circostanza che entrambi questi due contratti presentano, all'avvio, un "valore negativo per il cliente": in pratica, il saldo (a debito) dei contratti precedenti, viene riversato sul nuovo come 'accredito' della banca verso il cliente e *per ricostituire alla Data Iniziale della Nuova operazione la situazione economico-finanziaria esistente al momento della risoluzione anticipata dell'Operazione risolta* (così il contratto del 12/7/2004). Allora, tramite queste particolarità dei due contratti successivi, viene alterato il meccanismo negoziale originario, atteso che l' "up-front costituisce un pagamento immediato a favore del cliente in ragione dell'accettazione di un rischio maggiore perché tale up-front rappresenta il pagamento del costo implicito del contratto" (così Corte d'Appello di Trento 5/3/2009). In dottrina si è evidenziato che *l'up-front è un finanziamento, perché consente di rinviare la perdita ed è erogato in presenza di "una situazione di credito e debito" tra l'intermediario e l'investitore la quale conduce a concludere un contratto derivato caratterizzato dalla "sproporzione" delle alee*. In definitiva, entra nel 'gioco' un elemento di finanziamento: la perdita accumulata col



precedente contratto viene virtualmente accreditata all'inizio del rapporto e diventa parametro da considerare nella determinazione del momento del pagamento della banca (così espressamente si evince dal regolamento negoziale del terzo contratto IRS, quello del 2004, laddove viene precisato che il cliente *dichiara di riconoscere che, per tutta la durata della nuova operazione, il relativo valore di "mark to market" non sarà costante e potrà variare, in aumento o in diminuzione, in funzione dell'andamento dei mercati finanziari.*

➤ Questo lo scenario negoziale: come si vede, una strutturazione dei due negozi differente dal primo, con le somme accreditate in qualità di *upfront* (€ 153.000,00 € in data 04/08/2003 ed € 271.000 in data 14/07/2004) che rappresentano (per come evidenziato dal CTU) delle mere *partite di giro del tutto infruttifere*; anzi, hanno inciso (per come è dato evincere dall'ultimo contratto) sulla determinazione dei criteri di pagamento a carico della banca, evidentemente al fine di operare il 'recupero' della somma negativa per il cliente. Se questa è la struttura dei due negozi, non può non evidenziarsi come del tutto carente sia l'indicazione esatta degli effetti sui rispettivi tassi, o, meglio, sul complessivo assetto negoziale, in presenza di un valore negativo all'avvio. Mancano cioè specifici elementi per chiarire non tanto il criterio di calcolo, ma la concreta incidenza su esso del 'mark to market' negativo. Se cioè si legge la clausola sul valore del 'mark to market' (che addirittura manca nel contratto del 2003), e la circostanza che la *controparte incaricata dei calcoli* è la stessa [redacted] emerge con tutta evidenza che incombeva a questa, a prescindere dalla dichiarazione resa ex art. 31 Reg. Consob da [redacted] l'onere della massima trasparenza e chiarezza, indicando in particolare la esatta refluenza del valore negativo iniziale sul complessivo assetto di interessi oggetto di contratto (e in questo senso va ri-letta l'affermazione del CTU secondo cui alcun riscontro vi è che [redacted] sia stata correttamente informata del costo implicito derivante dagli swap sottoscritti). Qui non viene in



rilevato il tipo negoziale o la causa in concreto, essendosi in ogni caso dinanzi a contratto di 'swap'; ma a caratteristiche particolare di esso percepibili nella struttura (derivato comprensivo di finanziamento) da parte di un soggetto 'qualificato' come dovevasi considerare la cliente, non si è affiancata altrettanta trasparenza sugli esatti criteri con cui Unicredit avrebbe operato, da sola per espressa previsione negoziale, i calcoli, difettando il testo negoziale di adeguata specificità: ciò si traduce in omessa informazione su elementi rilevanti di ciascun IRS (ivi compresi quei 'costi impliciti' evidenziati dal CTU). Inoltre, i due contratti del 2003 e 2004 (in particolare) hanno comportato – per quanto evidenziato dal CTU - due nuovi importanti rischi finanziari: la volatilità dei tassi di interesse, tramite la componente opzionale presente nei flussi pagati da ██████████ e l'inflazione, aspetti non evidenziati nel corpo negoziale, e che hanno profondamente modificato la struttura di ciascuno *swap* rispetto al primo negozio.

➤ Vengono perciò in rilievo profili che, al di là della previsione di cui all'art. 31 Reg. Consob, involgono i doveri di buona fede oggettiva e *la cooperazione contrattuale alla stregua dei valori costituzionali di solidarietà e tutela del risparmio*, onde desumere, da questi principi generali, l'obbligo di incorporare nel contratto alcune informazioni, informazioni attinenti perlomeno alla metodologia con cui una persona, anche esperta, possa ricostruire il *merito finanziario* dell'operazione e così perimetrare l'alea, la zona di rischio ipotetico da assumere, per il quale o contro il quale si 'scommette'.

➤ Questa impostazione riconduce il problema dell'omessa piena informazione nell'alveo della violazione delle regole di condotta. Il che impone il confronto con la nota statuizione delle Sezioni Unite, in merito alle conseguenze civilistiche della violazione di quelle regole: la mancanza di adeguate informazioni non causa di nullità, bensì di inadempimento, secondo quanto statuito da Cass. SSUU n. 26724/07. Ciò non riguarda agli obblighi informativi specifici previsti per qualsiasi



investitore, ma con riferimento a quei canoni che, relativamente a un prodotto di particolare rischiosità quale l'IRS, avrebbero dovuto guidare la banca nel rendere trasparente ogni elemento del contratto, e fare chiaramente percepire il consistente aumento del rischio, e la diversità non di poco conto del prodotto, che un pur qualificato operatore privo però non tanto delle qualità proprie dell'intermediario, ma delle sue prerogative rispetto al singolo negozio, difficilmente avrebbe potuto cogliere in ogni sua sfaccettatura, e nel momento iniziale, e soprattutto durante lo svolgimento del rapporto – non risulta, ad esempio, che siano stati comunicati, nel corso dello svolgimento, i dati afferenti i calcoli via via applicati da [REDACTED] -.

➤ Dunque, la riconduzione di tali omissioni entro la categoria giuridica della responsabilità contrattuale consente di qualificare in termini di inadempimento la violazione ad opera dell'intermediario dei doveri di diligenza imposti dalla legge a carico di qualsiasi contraente. Tali doveri integrano il contenuto della prestazione gravante sull'intermediario, e non costituiscono regole di validità del contratto (inteso questo non come il contratto quadro, ma il singolo prodotto finanziario che nell'alveo di quello si inserisce; cfr. ancora sul punto Cassazione civile SS.UU. sentenze 26724 e 26725 del 23 ottobre 2007). La violazione di tali obblighi integra invece responsabilità da inesatto adempimento che può ritenersi integrare il requisito di cui all'art. 1455 c.c. per la declaratoria di risoluzione del contratto. Risoluzione che, è bene precisarlo subito, investirebbe non già il contratto quadro, e neppure il primo IRS, ma i due singoli ultimi rapporti, laddove il difetto di idonea comunicazione a questi solo è da riferire: ma emerge dalla documentazione in atti che per entrambi i contratti vi è stato oramai lo scioglimento del vincolo. Dunque, acclarati i presupposti per la risoluzione per inadempimento, nei soli termini risarcitori va accolta la pretesa attorea, risultando assorbito ogni altro profilo.

➤ Passando alle conseguenze dannose, la somma che [REDACTED] è tenuta a restituire è pari ad € 133.331,38.=: questo è l'ammontare dei pagamenti effettuati da



██████████ in forza dei due contratti *Sunrise* e *Inflazione*, che rappresenta una perdita per l'attrice, per come individuato, in base alla attestazioni di pagamento in atti, dal CTU (tab. 2 inserita nella relazione scritta); a tale importo, al cui pagamento va conclusivamente condannata ██████████ s.p.a., andranno aggiunti gli interessi legali dalla data della citazione sino al saldo, tali da coprire ogni perdita (ex art. 1224 c.c., ovvero risarcitoria) dedotta da parte attrice.

➤ Del tutto generiche, poi, le deduzioni attoree in punto di addebiti non dovuti dalla banca, per oneri e commissioni applicati indebitamente (ai rapporti di conto corrente in essere), soprattutto considerando l'insufficienza della documentazione – per come evidenziato dal CTU – afferente lo sviluppo di detti rapporti; di guisa che la pretesa sul punto va disattesa.

➤ Infine, neppure può essere oggetto di vaglio in questa sede l'eccezione (riconvenzionale) di compensazione avanzata da ██████████ relativamente alle poste che risulterebbero a debito della ██████████ s.r.l.: difatti, la sottoposizione di questa credito è sottoposta alla procedura fallimentare, imponendosi l'accertamento del credito da ammettersi al passivo ai sensi dell'art. 93 legge 267/1942.

➤ Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo, ex art. 91 cp.c.; quelle di CTU, liquidate come da decreto in atti, vanno definitivamente poste a carico della convenuta.

P. Q. M.

Il Tribunale di Palermo, Sezione V Civile in composizione monocratica, ogni contraria istanza, eccezione e deduzione respinta, definitivamente pronunciando nel contraddittorio delle parti, così provvede sulle domande proposte da ██████████ S.r.l. (oggi in fallimento) con atto di citazione del 14/12/2010:

➤ CONDANNA ██████████ s.p.a. al pagamento, in favore di Curatela del Fallimento ██████████ S.r.l. della somma di € 134.331,38, oltre degli interessi legali dalla data della citazione al dì del saldo; rigetta ogni altra

pretesa ed eccezione.

➤ CONDANNA [REDACTED] s.p.a. in persona del legale rappresentante pro tempore al pagamento, in favore di Curatela del Fallimento [REDACTED] S.r.l., delle spese del presente procedimento che si liquidano in complessivi € 12.400,00, di cui € 900,00 per spese, oltre rimborso forfettario, IVA e CPA come per legge; pone definitivamente a carico della convenuta le spese di CTU, liquidate come da decreto in atti.

Così deciso in Palermo in data 24 settembre 2015.

Il Giudice

Il presente provvedimento viene redatto su documento informatico e sottoscritto con firma digitale dal Giudice del Tribunale di Palermo dr. Giuseppe De Gregorio, in conformità alle prescrizioni del combinato disposto dell'art. 4 del D.L. 29/12/2009, n. 193, conv. con modifiche dalla L. 22/2/2010, n. 24, e del decreto legislativo 7/3/2005, n. 82, e succ. mod. e nel rispetto delle regole tecniche sancite dal decreto del ministro della Giustizia 21/2/2011, n. 44.

IL CASO.it