



REPUBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO  
TRIBUNALE DI ROMA  
SEZIONE XVI CIVILE

Il Tribunale di Roma, in persona del dott. [REDACTED], in funzione di giudice unico, ha pronunciato la seguente

**Sentenza**

nella causa civile di primo grado iscritta n. [REDACTED] posta in decisione con ordinanza ex art. 127 ter c.p.c. dell'11/03/2024, vertente

**tra**

[REDACTED] in persona del legale rappresentante p.t., [REDACTED]  
[REDACTED] in persona del legale rappresentante p.t., elettivamente domiciliate [REDACTED] via [REDACTED] che le rappresentano e difendono giusta procura unita all'atto di citazione

- **Attrici**

**e**

[REDACTED] in persona del legale rappresentante p.t., elettivamente domiciliata in [REDACTED] presso lo studio dell'avv. [REDACTED] che la rappresenta e difende congiuntamente e disgiuntamente all'avv. [REDACTED] giusta procura versata in atti

- **Convenuta**

**Conclusioni delle parti:**

**per la parte attrice:** *"Voglia l'Ill.mo Tribunale adito, respinta ogni contraria domanda, eccezione o istanza e previa ogni più opportuna pronuncia,*

*In via principale*

1. accertare e dichiarare la inesistenza di un Contratto Quadro intercorso tra [REDACTED] e la nullità e l'inefficacia del contratto IRS [REDACTED] stipulato tra [REDACTED] (poi trasferito a [REDACTED] in liquidazione) e [REDACTED] per vizio di forma scritta ad substantiam, per vizio di causa e per violazione di norme imperative come meglio descritte in narrativa, e/o annullare il contratto derivato sottoscritto tra le parti e in entrambi i casi per l'effetto condannare [REDACTED] al pagamento in favore delle Attrici della somma complessiva di € 1.132.059,56 (di cui € 424.596,07 in favore di [REDACTED] ed € 707.463,48 in favore di [REDACTED] in liquidazione a titolo di perdite subite e costi impliciti o, comunque, in quella diversa somma maggiore o minore che dovesse essere accertata in corso di causa anche a seguito di una CTU, oltre a rivalutazioni e interessi;

*In via subordinata*

2. accertare e dichiarare l'inefficacia ex art. 1711 c.c. del contratto derivato oggetto di causa e gli illeciti e le responsabilità tutte, contrattuali, precontrattuali ed extracontrattuali – nonché, qualora i fatti dedotti in giudizio avessero rilevanza penale, ex artt.185 e 187 c.p. – ascrivibili alla Banca, per le violazioni ed i fatti esposti nel presente atto, e per l'effetto condannare [REDACTED] al pagamento in favore delle Attrici della complessiva somma di € 1.132.059,56 (di cui € 424.596,07 in favore di [REDACTED] ed € 707.463,48 in favore di [REDACTED] in liquidazione) a titolo di perdite subite e costi impliciti o, comunque, in quella diversa somma maggiore o minore che dovesse essere accertata in corso di causa anche a seguito di una CTU, oltre a rivalutazioni e interessi;

*In via ulteriormente subordinata*

3. accertare e dichiarare il grave inadempimento di [REDACTED] agli obblighi imposti dalle leggi di settore e in particolare alle disposizioni di cui al TUF e al Regolamento Consob 16190/2007 e per l'effetto condannare [REDACTED] al pagamento in favore delle Attrici della complessiva somma di € 1.132.059,56 (di cui € 424.596,07 in favore di [REDACTED] ed € 707.463,48 in favore di [REDACTED] in liquidazione in liquidazione) a titolo di perdite subite e costi impliciti o, comunque, in quella diversa somma maggiore o minore che dovesse essere accertata in corso di causa anche a seguito di una CTU, oltre a rivalutazioni e interessi;

*In estremo subordine*

4. condannare [REDACTED] per le ragioni esposte nel presente atto, alla refusione dei costi impliciti sostenuti da [REDACTED] e [REDACTED] [REDACTED] in liquidazione in liquidazione, pari ad €66.585,94 così come calcolati da [REDACTED]

In ogni caso

5. condannare [REDACTED] al pagamento di spese, diritti e onorari del giudizio, oltre rimborso forfettario delle spese generali, I.V.A. e C.P.A. come per legge”.

**Per la parte convenuta:** “Piaccia all’Ill.mo Tribunale adito, ogni contraria istanza respinta e disattesa, - nel merito in via preliminare: respingere per intervenuta prescrizione decennale e/o quinquennale dalla data del Contratto Quadro, del Questionario di profilazione Mifid, del Contratto unico per la prestazione di servizi d’investimento ed accessori, del documento contenente i termini e le condizioni e della Conferma, e comunque della documentazione contrattuale afferente il derivato per cui è causa, la domanda avversaria di accertamento della responsabilità contrattuale precontrattuale ovvero extracontrattuale, di annullamento e di risoluzione e le domande di risarcimento e restituzione a tale titolo formulate.

- respingere, inoltre, per intervenuta prescrizione quinquennale la domanda di nullità formulata ex art. 30 TUF;

- nel merito: rigettare integralmente per infondatezza tutte le domande - in via subordinata: nella denegata ipotesi di mancato accoglimento della domanda formulata dalla [REDACTED] di rigetto integrale di tutte le domande avversarie, a tutto voler concedere dichiarare la nullità parziale del contratto ai sensi dell’art. 1419 c.c. nella sola parte asseritamente ritenuta in violazione della normativa di riferimento, ferma per il resto la validità dello stesso;

- in via ulteriormente subordinata: qualora la Banca venisse a qualsiasi titolo condannata al pagamento di somme in favore delle società attrici, disporre comunque la compensazione delle stesse con gli importi che risulteranno a qualsiasi titolo dovuti dalla [REDACTED]

Con vittoria di spese, competenze ed onorari”.

Oggetto: intermediazione mobiliare.

All’udienza del 11/03/2024 i procuratori delle parti concludevano come da verbale in atti.

### **Svolgimento del processo e motivi della decisione**

Con atto di citazione notificato [REDACTED] unitamente alla società [REDACTED] (di seguito, anche [REDACTED]), adivano l'intestato Tribunale esponendo in fatto che:

- la società [REDACTED] nell'esercizio della propria attività avrebbe intrattenuto rapporti bancari con la [REDACTED] convenuta;
- nel 2009 la predetta banca avrebbe proposto la sottoscrizione di uno strumento finanziario derivato a copertura di un finanziamento erogato dalla medesima pari ad € 15.000.000,00;
- in data 5/05/2009 si sarebbe pertanto determinata – in vista di un rialzo dei tassi di interesse – a concludere a copertura del 50% della somma finanziata il contratto IRS 3794945 con nozionale di riferimento pari ad €7.500.000,00 dal 31/07/2009 al 31/07/2020;
- al momento dell'accensione del rapporto la [REDACTED] non avrebbe riconosciuto in favore della [REDACTED] alcun importo a titolo di *upfront*, nonostante il *Mark to Market* (di seguito anche "MTM") fosse negativo a carico della società;
- il derivato che avrebbe dovuto avere funzione di copertura rispetto al rischio di rialzo dei tassi di interesse sarebbe stato acceso quattro mesi prima dell'erogazione del finanziamento;
- con atto del 28/02/2012 la [REDACTED] avrebbe conferito un ramo d'azienda alla [REDACTED], per effetto del quale tutti i contratti sarebbero trasmigrati in capo a quest'ultima, compreso il contratto IRS in argomento che, in data 6/08/2014, sarebbe stato estinto dietro il pagamento di €400.000,00;
- dopodiché sarebbe stato affidato ad una società esperta nel settore il compito di verificare se il predetto contratto fosse stato concluso nel rispetto della normativa di settore, dalla quale ne sarebbe emersa l'illegittimità per diversi motivi;
- l'operazione sarebbe stata squilibrata sin dal momento della stipula per le ragioni meglio espresse nell'atto di citazione (pag. 5 ss.);
- la banca avrebbe violato l'art. 21 del TUF oltreché le norme di cui agli artt. 27,28,31 e 34 del regolamento Consob n. 16190/07 e quanto precisato dalla comunicazione Consob n. 9019104/2009, avendo sottoposto al cliente un prodotto con elevata onerosità;
- sarebbero stati applicati dei costi impliciti - dei quali il cliente non sarebbe stato edotto, pari ad €65.859,19;

- lo strumento di copertura adeguato al profilo ed alle esigenze della società sarebbe stato *l'interest rate Cap* per le caratteristiche intrinseche di tale derivato che non avrebbe comportato le perdite poi in concreto subite;
- il contratto quadro non sarebbe stato peraltro neppure validamente sottoscritto in ragione del fatto che il sottoscrittore non avrebbe avuto alcun potere di firma.

A fondamento della svolta domanda la parte attrice allegava che:

- il contratto derivato sarebbe nullo per difetto di forma scritta dell'accordo quadro in violazione dell'art. 23, primo comma, TUF e dell'art. 1325 c.c. per tutte le ragioni meglio espresse nell'atto di citazione;
- l'IRS sarebbe nullo per violazione dell'art. 30 TUF in ragione dell'assenza in contratto di una clausola disciplinante il diritto di recesso entro 7 giorni dalla sottoscrizione dell'accordo, trattandosi peraltro di contratti conclusi fuori sede;
- al momento della conclusione del contratto la banca non avrebbe corrisposto alcun *upfront* al cliente nonostante il MTM fosse negativo già a quel momento;
- ulteriore motivo di nullità sarebbe ravvisabile ai sensi dell'art. 1418 c.c. e per violazione dell'art. 32 del Regolamento Consob n. 16190/2007 che impone agli intermediari l'obbligo di comunicare le commissioni applicate, nella specie non comunicate né mai rese note al cliente, pur avendo la █████ applicato dei costi impliciti pari ad € 65.859,19;
- non sarebbe stato evidenziato al momento della conclusione del contratto il c.d. *fair value*, e sarebbero stati, altresì, applicati costi occulti in sede di estinzione anticipata del derivato per un importo pari ad € 726,75 in ragione del fatto che alla data di estinzione anticipata del contratto, avvenuta il 6/08/2014, il *Mark to Market* dell'operazione sarebbe stato negativo a sfavore di █████ per €399.273,25, mentre la banca avrebbe addebitato sul c/c di █████ quale costo di estinzione, un importo più elevato pari ad €400.000,00, e dunque un costo implicito pari ad €726,75;
- l'omessa indicazione in contratto e del MtM, delle commissioni praticate e degli scenari probabilistici comporterebbe la nullità del contratto stesso;
- il contratto non potrebbe considerarsi neppure efficace a termini dell'art. 1711, comma 1, c.c. avendo il mandatario compiuto un atto non rispondente all'interesse del mandante ed avendo inoltre compiuto un atto in patente conflitto di interesse in ragione del fatto che dall'operazione in argomento la banca avrebbe tratto diversi vantaggi economici danno del cliente;

- sarebbero stati violati altresì gli obblighi informativi disciplinati dagli artt. 39 e ss. del regolamento Consob 16190 del 2007, oltrechè previsti dall'art. 20 del contratto quadro concluso tra le parti nella parte in cui prescrive l'obbligo da parte della banca di segnalare ed informare il cliente la soglia delle perdite potenziali ed effettive ed il capitale su cui commisurare le perdite;
- vi sarebbe stata violazione dell'art. 55 del regolamento Consob n. 16190/07, non avendo la █████ comunicato le eventuali perdite corrispondenti ad una soglia predeterminata che, nel caso di specie, sarebbe stata fissata al 10% dell'importo di riferimento, con conseguente inadempimento contrattuale e contestuale obbligo risarcitorio in capo alla stessa;
- la banca avrebbe inoltre violato l'art. 21 TUF lett. a) e b) oltrechè gli obblighi previsti dal regolamento Consob n. 16190/2007 come meglio specificati nell'atto di citazione;
- in ogni caso il prodotto di investimento in argomento sarebbe inadeguato al profilo della █████ rispetto alla quale peraltro la predetta banca avrebbe errato altresì nella profilatura ad essa conferita;
- sarebbe pertanto evidente il dolo della banca, rilevante ai sensi dell'art. 1439 e 1440 c.c., nell'aver sottoposto al cliente un prodotto che sarebbe poi risultato conveniente a livello economico solo per essa e certamente sconveniente per il primo;
- il prodotto venduto sarebbe inoltre difforme rispetto a quello rappresentato sì da integrare un *aliud pro alio* e dunque un inadempimento ai sensi dell'art. 1453 c.c.;
- il grave inadempimento della banca comporterebbe in ogni caso l'obbligo in capo alla medesima di risarcire il danno patito dalla società pari ad €1.132.095,56.

Si costituiva in giudizio la banc █████, la quale, contestate tutte le doglianze della parte attrice, eccepiva in via preliminare la prescrizione delle domande dalla predetta spiegate.

Premesse le vicende contrattuali intercorse tra le parti, deduceva nel merito:

- l'infondatezza della domanda di nullità ex art. 23 TUF e 1325 c.c. per difetto di forma scritta del contratto quadro in ragione della documentale esistenza sia di un contratto quadro con apposita sottoscrizione anche con timbro della società e della sottoscrizione del documento di conferma, in ogni caso sottoscritti da soggetto avente i poteri di firma proprio perché ad esso conferiti con la delibera del 7/07/08 precedente alla sottoscrizione del derivato;

- l'inapplicabilità dell'art. 30 TUF alla fattispecie in commento non venendo in rilievo un contratto sottoscritto "fuori sede" ed essendo peraltro il contraente un "cliente professionale di diritto";
- l'inapplicabilità dell'art. 30, comma 6, TUF nel testo modificato dall'art. 56 quater d.l. 21/06/2013 n. 69, conv. in l. 98/2013 norma entrata in vigore in un periodo successivo alla conclusione del contratto in esame;
- l'infondatezza della domanda di nullità del contratto derivato per asserita mancanza di parità di valore al momento della stipula, non essendovi norma alcuna che imponga la corresponsione da parte della banca al momento della conclusione del contratto di una somma a titolo di *upfront* laddove il *MtM* dovesse nel medesimo momento presentare valore negativo;
- l'infondatezza della domanda di nullità del contratto per omessa indicazione del Market to Market che, del pari, non è imposta da norma alcuna ed inoltre il suddetto valore non sarebbe un elemento essenziale del contratto richiesto a pena di nullità;
- il difetto di prova circa l'asserita corresponsione dell'importo di €65.859,19 a titolo di costi impliciti, all'evidenza smentita dalla visura della Centrale Rischi di Bankitalia che evidenzerebbe un valore pari ad €27.332,00 al giugno 2009;
- la non operatività dell'art. 32 Reg. Consob, in ragione della natura di operatori professionali delle attrici;
- l'inapplicabilità alla fattispecie in questione delle norme codicistiche dettate in tema di mandato ed invocate dalla parte attrice, avendo del resto quest'ultima eseguito per molti anni il contratto concluso manifestando dunque la volontà di ratificarlo a mente proprio dell'invocato art. 1711 c.c.;
- l'inconferenza della doglianza concernete la violazione delle norme in tema di conflitto di interessi in ragione del fatto che la banca avrebbe segnalato la sussistenza di potenziali conflitti di interesse, avendo del resto le parti stesse dichiarato di aver ricevuto anche la documentazione relativa alla politica relativa ai conflitti di interesse;
- Non sarebbe ipotizzabile la predicata violazione degli artt. 23, 24 e 25 del TUF;
- Del pari, non sussisterebbe alcuna violazione dell'art. 55 del Regolamento Consob per un verso in ragione del fatto che la suddetta norma non sarebbe applicabile agli operatori professionali, per altro verso il regolamento contrattuale espressamente avrebbe previsto l'obbligo in capo alla banca di informare il cliente nel caso in cui la soglia delle perdite effettive e potenziali fosse del 10% dell'importo di riferimento iniziale, evenienza non configuratasi nel caso di specie;

- l'infondatezza della pretesa violazione dell'art. 21 TUF avendo la banca agito sempre in conformità ai principi di correttezza, buona fede e trasparenza ed avendo sempre dato informazioni in linea con i dettami di cui all'art. 27 Reg. Consob n. 16190/2007 sì da consentire al cliente di prendere decisioni di investimento consapevoli;
- il pieno rispetto di tutte le prescrizioni imposte dalla normativa di settore ed applicabili ai clienti professionali, con la conseguenza che ciascuna doglianza al riguardo espressa dalla parte attrice non sarebbe meritevole di seguito;
- l'omessa allegazione, con riferimento alla domanda di annullamento del contratto per dolo degli elementi costitutivi della stessa; domanda in ogni caso da ritenersi superata dall'avvenuta convalida da parte del contraente;
- l'insussistenza dei presupposti per la configurazione di un *aliud pro alio*, posto che lo swap sottoscritto avrebbe, come da intenti, assolto alla auspicata funzione di copertura;
- il difetto di prova in ordine al *quantum* richiesto a titolo di ripetizione di indebito ovvero di risarcimento del danno.

Con ordinanza dell'11/03/2024 la causa, istruita documentalmente e mediante espletamento di ctu, veniva trattenuta in decisione con concessione alle parti dei termini ex art. 190 c.p.c.

In rito si rappresenta che il tentativo di mediazione esperito tra le parti ha avuto esito negativo.

In via preliminare va respinta l'eccezione di prescrizione formulata dalla banca convenuta posto che, ferma l'imprescrittibilità della domanda di nullità ai sensi dell'art. 1422 c.c., il cui "limite" è da individuarsi nel solo termine di prescrizione decennale dell'azione di ripetizione ex art. 2033 c.c., volendo, inoltre, prescindere dal fatto che la predetta ha omesso finanche di indicare la data coincidente con il *dies a quo* cui ancorarne la decorrenza, genericamente individuato nel momento di sottoscrizione del contratto, si rileva che la richiesta stragiudiziale formulata ex art. 119 TUB dalla parte attrice in data 3/04/2019 vale quale atto interruttivo della prescrizione (come del resto nella stessa esplicitato). Invero, volendo prendere quale data di riferimento proprio la data di sottoscrizione del contratto, coincidente con il 5/05/2009, la messa in mora contenuta nella richiamata richiesta (del 3/04/2019) ha prodotto l'effetto di interrompere la prescrizione della domanda di ripetizione e di risarcimento del danno per inadempimento contrattuale.

Nel merito la domanda di nullità del contratto di *interest rate swap* è fondata e pertanto può trovare accoglimento nei limiti che seguono.

La portata dirimente dell'anzidetta domanda rende superflua ogni indagine circa le doglianze concernenti la classificazione della società in cliente "professionale di diritto", reputata non corretta dall'ausiliario cui è stato demandato il compito di verificare la correttezza o meno dell'operato della banca nel contratto di *swap*, concluso dapprima con la ██████████ ██████████ (ceduto successivamente alla ██████████ in forza del contratto di cessione di ramo d'azienda versato in atti) ed in conseguenza lamentata altresì dalla parte attrice.

Si tratta nel caso posto all'esame di questione che assume portata residuale in ragione del fatto che la correttezza o meno della profilatura del cliente, se è destinata ad incidere sulla applicabilità o meno delle norme di settore di maggior presidio per i clienti "al dettaglio" e dunque su una eventuale violazione degli obblighi informativi – presupposto per l'attivazione dei rimedi risarcitori in tal caso azionabili- è, per contro, irrilevante ai fini della declaratoria di nullità del contratto, sanzione comminata per vizi strutturali dello stesso non influenzabile dalla qualifica, in ipotesi, conferita al cliente.

Sicché, prescindendo dalla suddetta qualificazione, deve rilevarsi che in tema di *Interest Rate Swap* sono intervenute le Sezioni Unite con la ormai nota sentenza n. 8770/2020 – ancorchè in relazione a vicende in cui parte contrattuale fosse un ente pubblico, ma che trova pacificamente applicazione anche al caso posto all'esame – sul cui solco si sono poi poste le successive pronunce nn. 21830/2021, 32705/2022, 7368/2024 ed ai cui principi enunciati si ritiene di aderire.

In particolare, va premesso che il contratto di *swap* nella sua forma più diffusa e semplice c.d. *plain vanilla* (concluso nella specie) è un contratto derivato in base al quale due controparti si impegnano a scambiarsi reciprocamente, per un certo arco temporale un flusso di interessi a tasso fisso ed uno a tasso variabile, denominati nella stessa valuta, calcolato su un determinato ammontare prefissato chiamato "nozionale" sul quale vengono computati gli interessi dovuti in base al tasso variabile rilevato in un dato momento e, per la controparte, in base al tasso fisso predeterminato contrattualmente (*strike price*).

Esso può essere stipulato sia al fine di perseguire una finalità di copertura (con l'obiettivo di contenere il rischio derivante dall'oscillazione dei tassi di interesse in relazione ad un sottostante impegno finanziario), sia al fine di perseguire una finalità puramente speculativa (con l'obiettivo di guadagnare "scommettendo" sull'evoluzione dei tassi).

Indipendentemente dalla finalità per la quale viene stipulato, il contratto di *swap* è un contratto aleatorio. In questo senso si esprime un consolidato orientamento giurisprudenziale e dottrinale, che include la fattispecie atipica in questione nell'ambito dei contratti in cui l'entità della prestazione dipende da fatti incerti o ignoti alle parti, al pari delle scommesse e dei giochi autorizzati, di alcune forme di rendita e per certi versi anche delle assicurazioni.

La Cassazione con la sentenza n. 24014/ 2021 (come del resto in precedenza espresso anche dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 52/2010) definisce il “*carattere intrinsecamente aleatorio*” dei “*contratti aventi ad oggetto strumenti finanziari derivati*”, definizione poi recepita dalla citata sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione.

Il carattere aleatorio del contratto di *swap* si desume in via interpretativa anche dal dato normativo offerto dall'art. 23 comma 5 del TUF che statuisce che “*nell'ambito della prestazione dei servizi e attività di investimento, agli strumenti finanziari derivati nonché a quelli analoghi individuati ai sensi dell'articolo 18, comma 5, lettera a), non si applica l'articolo 1933 del codice civile*” (norma secondo cui “*Non compete azione per il pagamento di un debito di giuoco o di scommessa, anche se si tratta di giuoco o di scommessa non proibiti*”). L'esclusione dell'applicabilità dell'art. 1933 c.c. ha, infatti, senso nei limiti in cui il legislatore ritenga che la natura giuridica del derivato come scommessa autorizzata possa comportare l'applicazione della c.d. eccezione di gioco.

Inquadrata dunque sinteticamente la fattispecie contrattuale in termini generali, rammentato che ad avviso della parte attrice il contratto di IRS ██████████ sarebbe affetto da nullità in ragione del fatto che in esso non fosse indicato il *Mark to Market*, né la formula matematica utilizzata dalla banca per il calcolo dello stesso; ed ancora che, nonostante al momento della conclusione del contratto tale valore fosse negativo e di siffatta evenienza la predetta banca non avrebbe dato evidenza alcuna, non sarebbe stato previsto né corrisposto alcun *upfront* (dunque il contratto sarebbe anche non *par*), né sarebbe stato elaborato alcuno scenario probalistico, funzionale a rendere consapevole il cliente dell'andamento potenziale del prodotto sottoscritto.

La carenza dei suddetti elementi risulta accertata dal consulente nominato d'ufficio, il quale ha in effetti chiarito che dalla documentazione offerta in giudizio e sulla quale è stata condotta la relativa analisi non sono in nessun caso specificati, così come non risultano indicati i costi impliciti che la banca ha applicato sul prodotto.

Orbene, è utile ricordare il contratto – nella specie concluso- in strumenti finanziari derivati del tipo *swap* su tassi di interesse denominato IRS rif. ██████████ con nozionale pari ad € 7.500.000 del tipo *amortizing* (in ammortamento) è stato sottoscritto tra la ██████████ il

5/05/2009 con esecuzione a decorrere dal 31/07/2009 e data scadenza al 31/07/2020 (esecuzione con partenza differita) con regolazione semestrale dei flussi e dei relativi differenziali. Le condizioni finanziarie delle due “gambe” dello swap risultano regolati come segue: la banca, per tutto il periodo contrattuale, corrisponde il tasso Euribor 6 mesi rilevato due giorni lavorativi antecedenti la data di inizio del periodo cedolare (per periodo cedolare si intende il semestre cui si applica il “tasso euribor 6M” osservato sul mercato “spot” con regolazione finanziaria alla fine del semestre); la società per tutta la durata del contratto paga alla banca un tasso fisso del 3,25%. La società ha trasformato, sinteticamente, (limitatamente al 50% del finanziamento) con decorrenza dal 31/07/2009, il sottostante finanziamento (erogato il 31/07/2009), regolato a tasso variabile, in un indebitamento regolato al tasso fisso del 3,25% (maggiorato della componente fissa, lo *spread*, riconosciuto sul sottostante finanziamento). Si rammenta altresì che il contratto è stato estinto prima della naturale scadenza, nel 2014, dietro il pagamento di un costo di estinzione corrisposto dalla cessionaria d'azienda ██████ pari ad €400.000,00.

Il ctu ha a più riprese rilevato che nel contratto di swap IRS rif ██████ del 5/05/2009 non è stato indicato il valore di “*mark to market*”, né il suo valore risulta fornito in altra documentazione contrattuale, precontrattuale e successiva. Né nel contratto di swap, né nel contratto quadro è indicato il modello matematico o il metodo per la sua determinazione.

Pertanto, in nessun documento il cliente è avvertito sulla circostanza che alla stipula il derivato su tassi di interesse possa assumere un “valore negativo” riconducibile alla presenza degli *hedging costs*, al rischio di credito di controparte e al *mark up* in favore della Banca. In nessun documento contrattuale o precontrattuale è indicato il costo dell'operazione.

Orbene, se lo swap stipulato tra le parti è non par, con riferimento alle condizioni corrispettive iniziali, lo squilibrio così emergente esplicitamente dal negozio può essere riequilibrato con il pagamento, al momento della stipulazione, di una somma di denaro al soggetto che accetta le pattuizioni deteriori: tale importo è chiamato *upfront* e i contratti non par che non prevedono la clausola di *upfront* hanno nel valore iniziale dello strumento il costo dell'operazione coincidente con il compenso per l'intermediario, che nella specie è risultato essere pari ad €62.840,00 negativo per il cliente.

Rispetto poi all'omessa indicazione del MtM e della formula utilizzata ai fini della relativa determinazione, può osservarsi che la menzionata pronuncia delle Sezioni Unite, trattando la natura aleatoria dei contratti in argomento ed i limiti entro cui l'ordinamento ne ammette la meritevolezza a termini dell'art. 1322 c.c. e quindi la validità sotto il profilo causale, richiama al riguardo, il principio della sussistenza di un'alea “razionale”, intesa come “misurabile”, in

quanto funzionale alla gestione del rischio ritenuta sottesa a tali strumenti finanziari: razionalità ravvisabile in concreto laddove siano esplicitati e condivisi in accordo con l'investitore, gli elementi che consentono di conoscere la misura dell'alea calcolata secondo criteri scientificamente riconosciuti e oggettivamente condivisi, tramite l'esplicitazione dei costi impliciti – che determinano uno squilibrio iniziale dell'alea -, del MtM e soprattutto dei c.d. scenari probabilistici.

Lo stesso concetto viene dunque in rilievo in relazione alla determinatezza o determinabilità dell'oggetto, nella misura in cui la validità dell'accordo va verificata in presenza di un negozio – tra intermediario e investitore – che indichi o meno la misura dell'alea, calcolata secondo criteri riconosciuti ed oggettivamente condivisi, proprio perché il legislatore autorizza solo questo genere di scommesse sul presupposto dell'utilità sociale di quelle di razionali. Tale accordo sulla misurabilità/determinazione dell'oggetto non deve limitarsi al mark to market ma investire altresì gli scenari probabilistici, poiché il primo è semplicemente un numero che comunica poco in ordine alla consistenza dell'alea. Esso deve concernere la misura quantitativa e qualitativa dell'alea e dunque la stessa misura dei costi pur se impliciti.

In altri termini, l'omessa indicazione di tali elementi si traduce, sostanzialmente nella mancata formazione di un consenso in ordine agli stessi e, dunque, nella inconfigurabilità di una precisa misurabilità/determinazione dell'oggetto contrattuale, allo scopo di ridurre al minimo e di rendere consapevole l'investitore di ogni aspetto di aleatorietà del rapporto (in questi termini Cass. SS.UU. n. 8770/2020; Cass. sent. 21830/2020; da ultimo Cass. ord. 7368/2024).

In definitiva, il vizio involge un elemento essenziale del contratto che è proprio l'accordo che a ben vedere è il contratto stesso.

Nel caso di specie, le considerazioni operate dal CTU non hanno trovato conferme smentite nelle argomentazioni addotte dalla banca convenuta, la quale non ha in effetti inteso, neppure in sede di osservazioni alla ctu, chiarire (a prescindere dall'effettività della funzione di copertura assoluta dal derivato), in che modo l'operatività del contratto, valutata in termini di scambio di interessi tra l'una e l'altra parte, avesse in ogni caso comportato un beneficio per il cliente. Né la convenuta ha inteso smentire le accertate asimmetrie economiche tra l'una e l'altra parte, limitandosi sul punto a rilevare come nessun dettato normativo imponga all'intermediario di esplicitare in contratto i costi impliciti, il Mark to market o comunque la formula utilizzata per il calcolo dello stesso. Altrettanto generiche sono le controdeduzioni in merito alla quantificazione della somma di €1.132.059,56 pretesa in ripetizione dal cliente (che ha poi trovato riscontro nelle risultanze cui è pervenuto il ctu) come conseguenza della declaratoria di nullità del contratto ai sensi degli artt. 1418, 1325, 1346 c.c., 23 TUF.

Né poi può essere in alcun modo assumere pregio la richiesta di nullità parziale formulata dalla medesima banca, ai sensi dell'art. 1419 c.c., vendendo in tal caso in rilievo l'assenza di un elemento essenziale del contratto richiesto a pena di nullità e non anche la nullità di una singola (o talune) clausole venute meno le quali il contratto possa comunque ritenersi valido. Sul punto, peraltro, la predetta non ha oltremodo argomentato.

Per effetto della accertata nullità la banca dovrà pertanto restituire a ciascuna delle due società la somma rispettivamente pagata da entrambe.

Le ulteriori domande restano assorbite.

Le spese di lite seguono la soccombenza e vanno poste a carico della convenuta Banca [REDACTED]

Per analogo principio le spese di ctu – liquidate come da separato decreto – sono poste a carico della stessa parte convenuta.

#### **P.Q.M.**

Il Tribunale di Roma definitivamente pronunciando in persona del dott. [REDACTED] in funzione di giudice unico, così provvede:

- I. accerta e dichiara la nullità del contratto di *Interest rate Swap* [REDACTED] concluso il 5/05/2009 tra la società [REDACTED]
- II. condanna [REDACTED] alla restituzione della somma pari ad € di € 1.132.059,56 di cui € 424.596,07 in favore della società [REDACTED] ed €707.463,48 in favore della società [REDACTED]
- III. condanna la banca [REDACTED] spa a rifondere in favore della parte attrice le spese del presente giudizio che si liquidano in € 19.000,00, oltre IVA, CPA, rimborso spese generali;
- IV. pone le spese di ctu definitivamente a carico della Banca [REDACTED] s.p.a.

Roma, 11/10/2024

il Giudice

dott. [REDACTED]