



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

IL TRIBUNALE ORDINARIO DI SPOLETO

Il Tribunale, in persona del Giudice Unico, Agata Stanga, ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile di I grado, iscritta al n. 384 del ruolo generale per gli affari contenziosi dell'anno 2019, trattenuta in decisione all'udienza del 16.5.2023 e vertente

TRA

Comune di

**Parte attrice**

E

**Intesa Sanpaolo s.p.a.**, P.IVA: in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv.

**Parte convenuta**

CONCLUSIONI

Le parti hanno concluso come da note dattiloscritte trasmesse per l'udienza di precisazione delle conclusioni del 16.5.2023, tenuta con le modalità di cui all'art. 127 ter c.p.c.

MOTIVI IN FATTO E IN DIRITTO

Con atto di citazione parte attrice ha agito in giudizio, esponendo di aver, in data 28.11.2005, emesso un prestito obbligazionario dell'importo nominale di € 19.492.000,00, costituito da 19.492 obbligazioni di valore nominale pari ad € 1.000,00; che il prestito aveva una durata di anni 20 ed era ammortizzabile in 40 quote semestrali crescenti di capitale per



ogni titolo di nominali € 1.000,00; di aver, con due delibere del febbraio e del marzo 2006 e all'esito di trattative con la convenuta, deliberato di addivenire alla conclusione con la convenuta di un'operazione di interest rate swap (i.r.s.), per la rimodulazione dei piani di ammortamento del prestito obbligazionario; che il contratto di i.r.s. era stato dalle parti concluso in data 4.4.2006; di aver riscontrato anomalie in ordine alla pattuizione intercorsa con la convenuta.

In merito a tale ultimo profilo, l'attrice si è doluta della violazione, da parte della convenuta, di norme speciali e delle circolari disciplinanti la stipula dei derivati da parte degli enti locali; della nullità del contratto per mancanza di alea, essendo il contratto connotato dallo scambio di flussi certi; della nullità del contratto per difetto di forma scritta; della nullità del contratto per mancanza di causa, essendo, in spregio al disposto dell'art. 3, d.m. 389/2003, l'operazione priva della finalità di copertura, poiché il prestito obbligazionario sottostante avrebbe un tasso fisso; della nullità del contratto per indeterminabilità dell'oggetto, non essendo stato indicato il valore del mark to market; della nullità del contratto per omessa indicazione della facoltà di recesso; dell'inadempimento della controparte all'obbligazione di consulenza assunta con il contratto; della configurabilità di un aliud pro alio; della violazione dell'art. 41, l. 448/2001, relativo al divieto di contrarre swap per indebitamenti preesistenti; dell'omessa comunicazione di costi occulti da parte della convenuta; della violazione della buona fede in sede di trattative e della normativa in materia di intermediazione finanziaria, con particolare riguardo alla violazione degli obblighi informativi e alla omessa rilevazione della propensione al rischio dell'attore; del conflitto di interesse della convenuta, che avrebbe proposto unicamente l'acquisto di propri prodotti; dell'annullabilità del contratto per errore essenziale.

La condotta della convenuta sarebbe, inoltre, stata produttiva di danni risarcibili in favore dell'attore.

La parte ha concluso chiedendo al Tribunale di *"1) accertare e dichiarare la nullità del contratto quadro e del contratto di Interest rate Swap n. 604040378 del 4 aprile 2004 e la risoluzione del contratto quadro e del contratto di Interest Rate Swap oggetto di causa per grave inadempimento*



della banca e per tutti i motivi descritti in narrativa; 2) accertare e dichiarare la nullità del contratto quadro e del contratto di Interest rate Swap n. 604040378 del 4 aprile 2004 per carenza di forma scritta; 3) accertare e dichiarare la nullità del contratto quadro e del contratto di Interest rate Swap n. 604040378 del 4 aprile 2004 per mancanza di causa in concreto; 4) accertare e dichiarare la nullità del contratto quadro e del contratto di Interest Rate Swap n. 604040378 del 4 aprile 2004 per indeterminazione dell'oggetto in quanto non risulta comunicato il mark to market né la formula matematica per il calcolo dello stesso; 5) accertare e dichiarare la nullità e/o l'invalidità e/o l'annullamento e/o la risoluzione del contratto per operazioni strumenti finanziari derivati stipulato tra la Banca Intesa ed il Comune di \_\_\_\_\_ in data 6.4.2006 per violazione dell'art. 30 del TUF poiché assente l'indicazione del diritto di recesso pur essendo il contratto firmato al di fuori dei locali commerciali della banca;

*In via gradata*

6) dichiarare la risoluzione del contratto quadro e del contratto di Interest rate Swap del 4 aprile 2006 n. 604040378 per grave inadempimento da parte della Banca e per la violazione da parte della Banca convenuta delle norme del codice civile, dei Regolamenti e Circolari Consob e di tutte le normative di settore e comunque delle prescrizioni formali prescritte dagli artt. 30, comma 6 TUF, 27, 28 e 29 Reg. Consob n. 11522/1998, nonché degli articoli 39 - 41 Reg. Consob n. 16190/2007;

*In via subordinata*

7) accertare e dichiarare la responsabilità contrattuale e/o precontrattuale e/o extracontrattuale della banca convenuta e/o la risoluzione del contratto quadro e del contratto di Interest Rate Swap per grave inadempimento della banca per tutti i motivi descritti in narrativa; 8) accertare e dichiarare la responsabilità contrattuale e/o precontrattuale e/o contrattuale della banca convenuta per omessa comunicazione del mark to market e della formula matematica per il calcolo dello stesso; 9) accertare e dichiarare la responsabilità contrattuale e/o precontrattuale e/o contrattuale della banca convenuta per aver proposto al Comune la stipula di un contratto privo di causa in concreto; 10) accertare e dichiarare la responsabilità contrattuale e/o precontrattuale e/o extracontrattuale della banca convenuta e/o la risoluzione del contratto quadro e del contratto di Interest Rate Swap per avere la Banca convenuta violato il suo ruolo di Advisor, ponendo in essere operazioni in conflitto di interessi e, comunque, per



*aver consigliato prodotti non idonei al risultato perseguito dal cliente; 11) dichiarare la responsabilità contrattuale e/o extracontrattuale e/o precontrattuale della Banca convenuta per la violazione delle norme del codice civile, dei Regolamenti e Circolari Consob e di tutte le normative di settore e comunque delle prescrizioni formali prescritte dagli artt. 30, comma 6 TUIF, 27, 28 e 29 Reg. Consob n. 11522/1998, nonché degli articoli 39 - 41 Reg. Consob n. 16190/2007; 12) annullare il contratto quadro ed il contratto di Interest rate Swap n. 604040378 del 4 aprile 2006 per errore essenziale riconoscibile da parte attrice (e/o se del caso anche ex art. 1430 c.c.)*

*e per l'effetto:*

*condannare la Banca convenuta alla restituzione di tutte le somme non dovute pari ai flussi addebitati a carico dell'attore in esecuzione del contratto di swap fino alla definizione del presente giudizio, o di quella maggiore o minore somma ritenuta di giustizia, maggiorata di interessi legali dalla data di addebito di ciascun singolo flusso al saldo, dichiarando non dovuti (e/o ripetibili) gli ulteriori flussi di interesse generati e generandi dal derivato per cui è causa a carico dell'ente e/o ogni eventuale altro esborso riconducibile alla intervenuta sottoscrizione dei contratti swap; condannare la Banca convenuta al risarcimento di tutti i danni arrecati al Comune di \_\_\_\_\_ come descritti in narrativa o di quella maggiore o minore somma ritenuta di giustizia, maggiorata di interessi legali dalla data del contratto al saldo;*

*In via di ulteriore subordinare:*

*13) laddove dovessero essere disattese le domande di invalidità e/o risoluzione del contratto di Interest Rate Swap del 4 aprile 2006, riconosciuto il grave inadempimento della Banca alle proprie obbligazioni, discendenti ex lege nonché contrattualmente, condannare la banca convenuta al risarcimento di tutti i danni subiti dal Comune di \_\_\_\_\_ a titolo di responsabilità precontrattuale e/o contrattuale e/o extracontrattuale in misura corrispondente ai flussi già pagati, oltre che di quelli che risulteranno dovuti sino alla naturale estinzione dei contratti (in caso di riconosciuta validità del derivato), nonché di ogni altro esborso che l'Ente dovesse vedersi addebitato in esecuzione del contratto di derivato”.*

La convenuta, costituitasi in giudizio, ha eccepito, in rito, l'incompetenza per territorio del Tribunale adito, indicando, quale foro competente, il Tribunale di Milano.





In punto di merito la parte ha ricostruito la vicenda negoziale con particolare riguardo alla trattativa intercorsa tra le parti; ha sostenuto di aver agito in ossequio alla normativa di settore; ha eccepito la validità del contratto, siccome stipulato entro il perimetro tracciato dall'art. 41 l. 448 del 2001 e dal d.m. 389/2003 e in forma scritta.

La parte ha, poi, allegato la validità del contratto sul piano causale; l'irrilevanza del parametro del mark to market ai fini della determinabilità dell'oggetto del contratto; l'inapplicabilità della normativa ex adverso citata in punto di obbligatorietà della previsione del diritto di recesso; l'inesistenza di costi impliciti; l'assolvimento degli obblighi informativi in favore dell'attore e la rilevazione della propensione al rischio del medesimo; l'impossibilità di configurare l'errore essenziale ai fini dell'annullabilità del contratto, essendo stato quest'ultimo concluso all'esito di trattativa; la pretestuosità delle avverse richieste risarcitoria e ripetitoria; la temerarietà della lite.

La convenuta ha concluso chiedendo al Tribunale di *"in via preliminare e pregiudiziale: - dichiarare la propria incompetenza per territorio per le ragioni dedotte nella presente comparsa di costituzione e risposta, riconoscendo competente il Tribunale di Milano; in via principale: - rigettare ognuna e tutte le richieste avversarie formulate in via principale, subordinata ed istruttoria per tutti i motivi in fatto ed in diritto di cui alla narrativa del presente atto; - rigettare la richiesta di nullità ai sensi dell'art. 30 Tuf per non applicabilità della normativa alla fattispecie concreta di contratto concluso a seguito di specifica trattativa tra Banca ed Ente Locale, in seguito di richiesta di quest'ultimo; - rigettare tutte le richieste di nullità del contratto di cui è causa per difetto di forma scritta in quanto infondate, inconferenti e pretestuose oltre che documentalmente confutate; - rigettare tutte le richieste di nullità relative al difetto di causa in virtù di quanto esposto in narrativa; - rigettare tutte le richieste di nullità/invalidità/annullabilità del contratto di cui è causa per indeterminatezza del mark to market per i motivi esposti in narrativa, in considerazione del fatto che esso non risulta elemento essenziale del contratto; -rigettare la richiesta di nullità per violazione della normativa relativa alla stipulazione di contratti derivati con controparti pubbliche ai sensi dell'art. 41 della legge finanziaria 2002 per avere il contratto palese finalità di copertura nel pieno rispetto dei più stringenti vincoli previsti dalla speciale normativa e per violazione della legge n. 389/2003 per essere il contratto*



*pienamente conforme al dettato normativo; - rigettare la richiesta di nullità per violazione di obblighi informativo-comportamentali (Tuf e Reg. Consob 11522/1998) da parte della Banca, avendo la stessa, come emerge dagli atti sempre agito in completa trasparenza, correttezza e buona fede; - rigettare la richiesta di ripetizione dell'indebito e di risarcimento danni, contrattuali, precontrattuali o extracontrattuali, in virtù di quanto argomentato in narrativa in relazione a tutte le doglianze di parte attrice; - rigettare qualsiasi richiesta alla corresponsione di somme di danaro, a qualsiasi titolo domandate; - rigettare in quanto infondate in fatto e in diritto per i motivi di cui in narrativa le richieste di risarcimento del danno per grave inadempimento delle proprie obbligazioni da parte della Banca convenuta; - dichiarare inammissibili e per l'effetto rigettare e/o dichiarare inutilizzabile la produzione istruttoria di controparte alla luce di quanto sopra esposto; - condannare l'attrice al pagamento delle spese di lite, anche ai sensi dell'articolo 96 c.p.c. anche generali, diritti ed onorari di giudizio. "*

La causa è stata istruita in via documentale.

\*\*\*\*\*

1. In primo luogo va disattesa l'eccezione di incompetenza per territorio sollevata dalla convenuta, che ha indicato il Tribunale di Milano quale foro competente a conoscere la controversia.

Va premesso in diritto che gli artt. 28 e 29 c.p.c. prevedono un'eccezione di carattere generale al principio della inderogabilità della competenza sancito all'art. 6 cpc, stabilendo che la competenza per territorio possa essere derogata per accordo delle parti, tranne nei casi di inderogabilità espressamente indicati dalla legge.

Pertanto le parti, con accordo stipulato prima del processo, possono stabilire che, nel caso in cui sorgano delle controversie in ordine ad un determinato rapporto, la lite sia decisa da un Giudice diverso da quello territorialmente competente secondo le regola ordinarie.

Il comma 2 dell'art. 29 c.p.c. precisa poi che l'accordo sulla competenza territoriale non attribuisce al Giudice designato competenza esclusiva, laddove ciò non sia espressamente stabilito; come a dire che la volontà delle parti in questo senso debba emergere inequivocabilmente dalla clausola contrattuale.



Sul punto, la Cassazione ha in più occasioni chiarito come l'espressione inserita in una clausola contrattuale recante la formula *"per qualsiasi controversia"* sia inidonea ad identificare un foro esclusivo, perché diretta soltanto ad individuare l'ambito oggettivo di applicabilità del foro convenzionale e ritenendo, invece, necessario che l'esclusività del foro competente risulti espressamente dalla clausola convenzionale (Con le sentenze Sez. 3, ord. 5 giugno 2009 n. 13033 e Cass. Sez. 3, ord. 9 agosto 2007 n. 17449). E invero, secondo la dominante giurisprudenza di legittimità *"la designazione convenzionale di un foro territoriale, anche se coincidente con uno di quelli previsti dalla legge, non attribuisce a tale foro carattere di esclusività in difetto di pattuizione espressa in tal senso, pattuizione che, pur non dovendo rivestire formule sacramentali, non può essere desunta in via di argomentazione logica da elementi presuntivi, dovendo per converso scaturire da una non equivoca e concorde manifestazione di volontà delle parti ad escludere la competenza degli altri fori previsti dalla legge"* (Cass. Sez. 3, 18 maggio 2005 n. 10376 che si esprime sulla linea di Cass. Sez. 1, 15 febbraio 2001 n. 2214, Cass. Sez. 2, 15 maggio 1998 n. 4907 e Cass. Sez. 1, 27 marzo 1997 n. 2723; Cass. Sez. 6-2, ord. 4 settembre 2014 n. 18707).

Nel caso di specie, dalla documentazione versata in atti e, segnatamente, dal contratto quadro, all'art. 20.2 (doc. n. 7, all. comparsa di costituzione e risposta), emerge che le parti hanno individuato un Giudice diverso da quello territorialmente competente, ma non lo hanno indicato come foro "esclusivo".

La competenza del tribunale adito non può ulteriormente porsi in discussione alla luce del criterio concorrente di determinazione della competenza per territorio previsto dall'art. 20 c.p.c., secondo cui per le cause relative a diritti di obbligazione è anche competente il Tribunale del luogo in cui l'obbligazione è sorta.

Nel caso di specie le obbligazioni sorgono dal contratto di cui si discute, da ritenersi concluso in Spoleto: pacifica è la conclusione telefonica del contratto in parola; nei contratti conclusi per telefono, luogo della conclusione è quello in cui l'accettazione giunge a conoscenza del proponente ed in cui questi, attraverso il filo telefonico, ha immediata e diretta conoscenza dell'accettazione, con la conseguenza che nel predetto luogo si radica il



primo dei fori alternativi previsti dall'art. 20 c.p.c. (Cass., n. 16417/2009); la convenuta è parte accettante nel contratto di deposito amministrazione, negoziazione ricezione e trasmissione di ordini su titoli e strumenti finanziari (cfr. pag. 14, doc. n. 6, all. comparsa di costituzione e risposta); il contratto si è, telefonicamente, concluso in Spoleto, luogo in cui il proponente, parte attrice, ha avuto conoscenza dell'accettazione della convenuta (art. 1326, c. 1, c.c.), con conseguente radicamento della competenza per territorio del Tribunale adito.

2. Nel merito va premesso che chi esperisce un'azione deve fornire la prova della fondatezza della propria domanda; ciò, in applicazione della regola generale desumibile dall'art. 2697 c.c., ai sensi del quale chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento, mentre chi eccepisce l'inefficacia di tali fatti ovvero eccepisce che il diritto si è modificato o estinto deve provare i fatti su cui l'eccezione si fonda.

La ripartizione degli oneri di allegazione e di prova incide in modo significativo sull'esito della controversia, a seconda della posizione processuale delle parti. Nei giudizi promossi dal "cliente" – correntista o mutuatario - per far valere la nullità di clausole contrattuali, o l'illegittimità degli addebiti in conto corrente, in vista della ripetizione di somme richieste dalla Banca in applicazione delle clausole nulle o, comunque, in forza di prassi illegittime, grava senz'altro sull'attore, innanzitutto, l'onere di allegare in maniera specifica i fatti posti alla base della domanda e, in secondo luogo, l'onere di fornire la relativa prova.

Come sopra detto, infatti, in ossequio alle regole generali in tema di onere della prova di cui all'art. 2697 c.c., in caso di ripetizione di indebito, incombe all'attore fornire la prova non solo dell'avvenuto pagamento, ma anche della mancanza di *causa debendi* ovvero del successivo venir meno di questa (Cfr. *ex multis*, Cass. Sez. 3, Sentenza n. 7501 del 14/05/2012, Rv. 622359 – 01, secondo cui "*Chiunque allega di avere effettuato un pagamento dovuto solo in parte, e proponga nei confronti dell' "accipiens" l'azione di indebito oggettivo per la somma pagata in eccedenza, ha l'onere di provare l'inesistenza di una causa giustificativa del pagamento per la parte che si assume non dovuta*").

2.1. Posta questa premessa, va rilevato che l'attore era gravato dell'onere di provare il contenuto delle clausole contrattuali asseritamente "nulle" e di produrre tutta la





documentazione necessaria a dimostrare la fondatezza della domanda: sarebbe stata necessaria la produzione del menzionato contratto di i.r.s., al fine di verificare la fondatezza delle doglianze attoree.

Tuttavia l'attore non ha prodotto detto contratto, per cui sono mancati gli elementi da cui inferire la effettiva incidenza di quanto lamentato sul rapporto in concreto intrattenuto con la banca convenuta.

Fermo il deficit probatorio sopra evidenziato, viene vagliata, per quanto possibile, la fondatezza delle doglianze formulate dall'attore in merito alla vicenda negoziale controversa.

2.2. Secondo la tesi attorea il contratto di derivato sarebbe nullo, perché prevederebbe soltanto lo scambio di flussi certi: la doglianza è smentita dalla documentazione acclusa dalla convenuta alla prima memoria istruttoria (doc. n. 9), ricapitolativa dei flussi relativi ad alcuni degli anni in cui il rapporto negoziale ha avuto corso, dalla quale emerge che lo scambio di flussi tra le parti non ha avuto un andamento certo e costante.

2.3 Non merita condivisione la deduzione di nullità del contratto quadro e del contratto di i.r.s. per difetto di forma scritta.

L'attore non si è, in argomento, doluto, in alcun punto dell'atto di citazione, della nullità dei rapporti controversi perché non suggellati dalla stipulazione dei relativi contratti in forma scritta, avendo, piuttosto, desunto la nullità del contratto -in tesi non redatto in forma scritta- dall'inottemperanza della banca convenuta alla richiesta ex art. 119 t.u.b. (cfr. pag. 9, atto di citazione): tale inottemperanza è una circostanza del tutto neutra rispetto alla questione della nullità posta dall'attore, posto che non arreca alcuna utilità probatoria alla tesi attorea.

Le difese dell'attoree sul difetto di forma scritta non meritano condivisione anche sulla scorta delle considerazioni che di seguito si espongono.

Il contratto quadro è stato versato in atti dalla convenuta (doc. n. 6 e 7, all. comparsa di costituzione e risposta); l'attore ha, in un primo momento, disconosciuto la sottoscrizione all'udienza del 4.6.2019; detto disconoscimento è da ritenersi connotato da genericità, siccome non riferito a tutti gli organi rappresentativi dell'ente (il disconoscimento della scrittura privata da parte di una persona giuridica, perché sia validamente effettuato e sia idoneo ad



onerare l'avversario di richiederne la verificaione, necessita, invero, di un'articolata dichiarazione di diversità della firma risultante sul documento rispetto alle sottoscrizioni di tutti gli organi rappresentativi, specificamente identificati od identificabili, atteso che, nel caso della persona giuridica, assistita da una pluralità di organi con il potere di firmare un determinato atto, sussistono più sottoscrizioni qualificabili come proprie dell'ente (Cass., n. 3620/2010 e n. 7240/2019); successivamente l'attore ha rinunciato al disconoscimento di sottoscrizione così eseguito.

Le difese attoree sono, poi, imperniate sulle illegittimità contrattuali lamentate dalla parte e presuppongono l'esistenza e la disamina di un contratto stipulato in forma scritta con la convenuta; peraltro la censura di nullità per mancanza di forma scritta risulta incompatibile con la richiesta, indirizzata dall'attore alla convenuta, rivolta ad ottenere il contratto ex art. 119 t.u.b., posto che detta richiesta postula l'ammissione, da parte dell'attore, della stipulazione del contratto in forma scritta.

Infine la deduzione della nullità dei contratti per difetto di forma scritta è smentita dalla documentazione prodotta proprio dall'attore e, segnatamente, dalla delibera n. 33/2006 del 7.2.2006, con cui l'attore ha approvato il contratto quadro in contestazione e ha dato mandato al dirigente della direzione risorse finanziarie per la sottoscrizione (doc. n. 4, all. atto di citazione); dalla delibera dalla delibera n. 54/2006 del 27.3.2006, con cui l'attore ha dato mandato al dirigente della direzione risorse finanziarie per conclusione dell'i.r.s. (doc. n. 5, all. atto di citazione). I mandati alla sottoscrizione sono elementi indicativi dell'esistenza di una stipulazione in forma scritta.

2.4. Del pari non merita condivisione il rilievo di nullità del contratto per difetto di causa, siccome stipulato in spregio al disposto dell'art. 3, d.m. 389/2003: l'operazione non avrebbe rivestito alcuna finalità di copertura, poiché il prestito obbligazionario sottostante avrebbe un tasso fisso.

In primo luogo va osservato che la funzione di copertura non concorre ad individuare la causa del contratto in esame: secondo il condivisibile recente insegnamento del Supremo Collegio (v. Cass. S.U. n. 8770/20), la causa dell'interest rate swap, per la cui individuazione



non rileva la funzione di speculazione o di copertura in concreto perseguita dalle parti, non coincide con quella della scommessa, ma consiste nella negoziazione e monetizzazione di un rischio finanziario, che si forma nel relativo mercato e che può appartenere o meno alle parti, atteso che tale contratto, frutto di una tradizione giuridica diversa da quella italiana, concerne dei differenziali calcolati su flussi di denaro destinati a formarsi durante un lasso temporale più o meno lungo ed è espressione di una logica probabilistica, non avendo ad oggetto un'entità specificamente ed esattamente determinata.

Nel caso di specie la causa perseguita dall'attore con la negoziazione in questione non è neppure collegata -dall'attore medesimo- alla funzione di copertura del rischio connesso all'aumento del tasso del prestito obbligazionario, ma attiene, piuttosto, alla rimodulazione del piano di ammortamento del prestito, "al fine di ottenere un profilo di carico del debito stesso più omogeneo nel tempo in termini di valore attuale, diversamente da quello in essere che si presenta decrescente e quindi con i pagamenti concentrati sui primi anni [...]" (cfr. delibere n. 33 e 54 citate).

Detta finalità è rispettosa della lettera f), art. 3, c. 2, d.m. 389/2003, secondo cui sono consentite "altre operazioni derivate finalizzate alla ristrutturazione del debito, solo qualora non prevedano una scadenza posteriore a quella associata alla sottostante passività (cfr. pag. 12, atto di citazione)"-richiamata nelle delibere sopra menzionate-, nonché dell'art. 41, c. 2, secondo alinea, l. 448/2021, secondo cui "gli enti possono provvedere alla conversione dei mutui contratti successivamente al 31 dicembre 1996, anche mediante il collocamento di titoli obbligazionari di nuova emissione o rinegoziazioni, anche con altri istituti, dei mutui, in presenza di condizioni di rifinanziamento che consentano una riduzione del valore finanziario delle passività totali a carico degli enti stessi" -pure richiamato nelle delibere sopra menzionate-.

2.5. L'omessa indicazione del mark to market, parimenti invocata dall'attore quale causa di nullità del contratto, non incide sulla determinabilità dell'oggetto del negozio: tale valore non fa parte dell'oggetto del contratto e, d'altro canto, lo stesso non è inserito dalla Suprema Corte (v. [Cass. S.U. n. 8770/20](#)) tra gli elementi essenziali di un interest rate swap; il mark to



market non esprime affatto un valore concreto ed attuale, ma esclusivamente una proiezione finanziaria basata sul valore teorico di mercato in caso di risoluzione anticipata; il valore del mark to market, infatti, è influenzato da una serie di fattori ed è quindi sistematicamente aggiustato in funzione dell'andamento dei mercati finanziari, dovendosi poi attrarre nell'ambito dei relativi parametri di determinazione anche l'up front erogato e l'utile per la banca (v. Cass. pen. 47421/11 e [Cass. n. 9644/16](#)).

Anche di recente la Suprema Corte ha affermato che (v. [Cass. S.U. n. 8770/20](#)) il mark to market rappresenta il costo al quale una parte può anticipatamente chiudere il contratto o un terzo estraneo all'operazione è disposto, alla data della valutazione, a subentrare nel derivato, così da divenire il valore corrente di mercato dello swap (il metodo de quo consiste, insomma, in una simulazione giornaliera di chiusura della posizione contrattuale e di stima del conseguente debito/credito delle parti).

Il mark to market esprime, in un determinato momento, il valore del contratto in base alla previsione degli andamenti futuri dei flussi finanziari; corrisponde quindi al prezzo di mercato teorico che un terzo sarebbe disposto a sostenere per subentrare nel contratto, venendo in rilievo specie in caso di risoluzione anticipata dello swap, quale costo preteso dalla banca per tale estinzione.

Non si tratta, quindi, di un costo necessariamente pagato dal cliente, con la conseguenza che non può essere qualificato come essenziale, ai sensi degli [artt. 1325](#) e [1418 c.c.](#), un elemento che rileva solo eventualmente. Inoltre, ai sensi dell'art. 2426, n. 11-bis c.c., il valore del derivato (fair value) deve essere iscritto a bilancio e quindi ogni società deve essere in grado di calcolarlo. L'eventuale diversità di calcolo con la banca darebbe luogo ad una controversia su un aspetto non regolato in contratto e quindi rimesso alla forza contrattuale delle parti, oppure devoluto al giudice in caso di mancato accordo.

La mancata indicazione del suddetto valore non costituisce, allora, un vizio genetico del negozio, quale è l'invocata nullità.





2.6. Secondo parte attrice il contratto di i.r.s. sarebbe nullo ai sensi dell'[art. 30, comma 7, TUF](#), in quanto non conterrebbe la clausola di recesso entro sette giorni, necessaria in caso di conclusione del contratto fuori dalla sede della banca.

Tale diritto di recesso ha la finalità di ripristinare, "a posteriori", la carenza di adeguata riflessione preventiva dell'investitore, la quale può essere mancata nel caso di sollecitazione all'acquisto da parte del promotore (Cass., 25996/2018).

Con maggiore impegno esplicativo, viene evidenziato che la circostanza che l'operazione d'investimento si sia perfezionata al di fuori dalla sede dell'intermediario rende necessaria una speciale tutela per l'investitore al dettaglio (la normativa non si applica agli investitori professionali, come chiarisce il secondo comma del citato art. 30), perché ciò significa che, di regola, l'iniziativa non proviene da lui.

È logico cioè presumere che, in simili casi, l'investimento non sia conseguenza di una premeditata decisione dello stesso investitore, il quale a tale scopo si sia recato presso la sede dell'intermediario, ma costituisca invece il frutto di una sollecitazione, proveniente dai promotori della cui opera l'intermediario si avvale; sollecitazione che, perciò stesso, potrebbe aver colto l'investitore impreparato ed averlo indotto ad una scelta negoziale non sufficientemente meditata.

Il differimento dell'efficacia del contratto, con la possibilità di recedere nel frattempo senza oneri per il cliente, vale appunto a ripristinare, a posteriori, quella mancanza di adeguata riflessione preventiva che la descritta situazione potrebbe aver causato.

Se questa, come pare difficilmente contestabile, è l'esigenza di tutela in vista della quale il legislatore ha introdotto la disciplina del recesso nei contratti di collocamento di strumenti finanziari stipulati fuori sede dall'intermediario, nel caso di specie va escluso l'effetto sorpresa della offerta fuori sede, che fa scattare la presunzione che la sottoscrizione del prodotto finanziario sia avvenuta per iniziativa dell'intermediario e non del cliente.

Sul punto assumono rilievo le seguenti circostanze: l'iniziativa negoziale è stata assunta dall'attore, il quale, analizzata la composizione del proprio indebitamento, ha ritenuto opportuno e coerente con la propria politica territoriale affidare alla convenuta la



presentazione di un progetto volto alla rimodulazione del proprio piano di ammortamento del prestito obbligazionario; la convenuta ha, quindi, predisposto uno studio dietro richiesta dell'attore (cfr. delibera n. 54 citato); detto studio è stato precisamente calibrato su richiesta dell'attore in base alle esigenze dal medesimo manifestate alla convenuta; l'attore ha, poi, avuto contezza dello studio in questione e del contratto di i.r.s. prima di procedere alla stipulazione del negozio (doc. n. 14, all. atto di citazione).

Alla luce dello svolgimento delle fasi della trattativa negoziale, non si ravvisa -nell'ipotesi all'esame del Tribunale- l'esigenza di tutela della ponderazione del cliente, sottesa alla previsione di cui all'art. 30 t.u.f., che non trova, pertanto, applicazione nel caso di specie.

Ne consegue che l'omessa previsione del diritto di recesso, previsto dalla menzionata disposizione di legge, non è causa della nullità del contratto, contrariamente a quanto supposto dall'attore.

2.7. Venendo, a questo punto, alla censura di violazione, da parte della convenuta, dei compiti connessi alla consulenza svolta nell'interesse attoreo, la medesima è infondata.

La censura poggia sull'assunto della omessa funzione di copertura del prodotto finanziario in contestazione, sulla infondatezza della quale si richiamano le motivazioni svolte sub 2.4.; sull'assunto, non meglio circostanziato, dell'esistenza di prodotti identici sul mercato a costi più favorevoli; sull'assunto -formulato in difetto di una puntuale analisi del contratto di cui l'attore non sarebbe in possesso- del superamento, da parte dell'onere finanziario del contratto, dei tassi legali sanciti dal Ministero del Tesoro.

2.8. Nessuna precisa allegazione sorregge, d'altra parte, la domanda di risoluzione del contratto per consegna di aliud pro alio e la presunta applicazione da parte della convenuta di costi occulti, genericamente lamentata in base ad un indimostrato difetto di corrispondenza tra le informazioni contenute nella modulistica fornita dalla banca e la reale struttura del prodotto finanziario.

2.9. Altrettanto generiche si rivelano le censure relative alla violazione, da parte della convenuta, della normativa rilevante in materia di buona fede nelle trattative contrattuali e di obblighi informativi gravanti sulla convenuta.



Quest'ultima ha, per contro, dimostrato di aver informato l'attore circa le caratteristiche del prodotto finanziario di cui discute (doc. n. 5, all. comparsa di costituzione e risposta, già doc. n. 14, all. atto di citazione), oltre ad aver proceduto alla rilevazione della propensione dell'attore agli investimenti finanziari (doc. n. 4, all. comparsa di costituzione e risposta).

L'assolvimento degli obblighi informativi da parte della convenuta denota anche l'infondatezza della domanda attorea di annullamento del contratto per errore essenziale, imperniata sull'erronea prospettazione del prodotto finanziario da parte della convenuta.

2.10. Quanto alla posizione di conflitto di interessi della convenuta, pure lamentata dall'attore, la medesima assume carattere fisiologico nella specifica vicenda negoziale: nei contratti di i.r.s. l'intermediario è in una situazione di naturale conflitto di interessi poiché, assommando le qualità di offerente e consulente, è tendenzialmente controparte del proprio cliente (v. [Cass. S.U. n. 8770/20](#)).

3. Tirando le fila del ragionamento esposto, le domande attoree si rivelano infondate e vengono respinte.

4. Le spese di lite seguono la soccombenza dell'attore e si liquidano nel dispositivo che segue, ai sensi del D.M. 55/2014 e ss.mm., tenendo conto del valore indeterminabile e della media complessità della controversia.

Non trova, infine, accoglimento la domanda della convenuta di condanna della controparte ai sensi dell'art. 96, c. 3, c.p.c.: in virtù della collocazione sistematica nell'ambito dell'art. 96 c.p.c. di tale comma, si ritiene, pur nel silenzio della legge, che la condanna postuli da parte soccombente un'azione od una resistenza contraddistinta, sotto il profilo soggettivo, da malafede o colpa grave. Presupposto indefettibile dell'applicazione di questa ipotesi di responsabilità è, quindi, l'allegazione e la dimostrazione, nel caso di specie non fornita, quanto meno della colpa grave nell'agire o resistere in giudizio in capo alla parte soccombente, che ha posto in essere una condotta consapevolmente contraria alle regole generali di correttezza e buona fede e tale da risolversi in un uso strumentale ed illecito del processo, in violazione sostanziale anche del canone costituzionale del dovere di solidarietà (in tal senso, Tribunale di Palermo 6.11.2019; Tribunale di Milano 9.1.2020).



P.Q.M.

Il Giudice Unico del Tribunale di Spoleto, definitivamente pronunciando, così provvede:

- 1) respinge le domande attoree;
- 2) condanna, per l'effetto, l'attore al pagamento, in favore della convenuta, delle spese di lite, che liquida in € 5.431,00 per compensi, oltre a i.v.a., c.p.a. e spese generali del 15%.

Così deciso in Spoleto, il 29.6.2023

Il Giudice

Agata Stanga

